



Derecho y Realidad



Uptc[®]

Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Revista Derecho y Realidad ISSN 1692-3936

Vol. 20 Núm. 40 Julio - Diciembre 2022



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 20 / Número 40 Julio - Diciembre 2022 (10-198)

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 20 / Número 40 Julio - Diciembre 2022 (11-198)

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

Búhos Editores Ltda

Calle 57 N°. 9 - 36.

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 que marcan 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



Editorial	11
A New Sociality for a Solidarity-based Society: The Altruistic Relationships <i>Emiliana Mangone</i>	15
Autonomía política de las mujeres en Colombia y Argentina: un análisis de derechos humanos y políticas públicas <i>Ruth Astrid Mora Cuervo</i>	33
Contribución al estudio del concepto, delincuente de cuello blanco o “white collar crime” <i>Carlos Alberto Botero Chica</i>	47
Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad según la jurisprudencia del Consejo de Estado <i>Víctor Mauricio González Vargas</i>	69
La responsabilidad civil de la persona jurídica por los daños en los derechos humanos y fundamentales <i>William J. Parra</i>	87
Pluralismo político en el marco del postconflicto y frente a la situación de defensores de derechos y líderes sociales en Colombia <i>Segundo Eurípides Marín Beltrán</i>	111
La gestión comunitaria de los acueductos rurales en la provincia comunera. Una aproximación a su estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico <i>César Guauque Torre</i>	125

Normativa colombiana sobre contratación de personal: enfoque al trabajo digno (decente) y habilidades blandas

Luis-Edilio Jaime-Barón

Lila-Inés Reyes-Vargas

Auly-Fernando Paredes-Casas.....143

Aportes críticos para una mirada otra a la salud y seguridad en el trabajo

Ismael E. Carreño-Hernández

Camilo A. Riaño-Peña165

El Derecho a la salud en Colombia: una mirada a su aplicación como derecho humano fundamental y en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Margy Geraldine Araque Ortiz.....181

LA GUERRA COMO CONTINUACIÓN DE LA POLÍTICA

Carl Von Clausewitz dijo que la guerra es la continuación de la política por otros medios. Decían que el Tratado sobre la Guerra de este oficial prusiano era el libro de cabecera del máximo comandante de las FARC Manuel Marulanda. El mismo se sigue estudiando en todos los centros de formación militar. Varios escenarios en el año 2022 permiten observar la vigencia del militar, lo cual va en contravía del derecho a la paz, tan caro a la civilidad y a la racionalidad.

Ya habíamos tenido en 2020 la toma del Capitolio en Washington a ciencia y paciencia de Trump, que está acusado de conspirar contra el Estado y de tratar de desconocer los resultados que dieron vencedor a Joe Biden. Posteriormente algo parecido ocurrió con el triunfo de Lula sobre Bolsonaro; éste último repite la estrategia Trump de desconocer los resultados y hablar de fraude, sin prueba alguna, como en Estados Unidos. La detención de 24 personas en Europa que intentaron revivir el nazismo y derrocar al Gobierno socialdemócrata en Alemania, de una red de más de medio centenar de filonazis, demuestra que “la culebra está viva”. Y, finalmente, el encierro y la operación derrumbe de las elites peruanas contra el Presidente Pedro Castillo, que —en su desesperación— intentó realizar un autogolpe que concluyó con su detención y defenestramiento, con un saldo trágico de varios muertos entre los manifestantes que lo defendían; la incursión violenta de Putin en Ucrania y la financiación de la OTAN hacia Zelensky en una guerra que se prolongó más allá de los cálculos iniciales, demuestra cuán frágil es la paz mundial, máxime cuando se habla de amenazas nucleares.

El lawfare, o judicialización de la política, es otro escenario de guerra judicial, donde casos como los de Dilma Rousseff y Lula fueron claros ejemplos de persecución judicial. Petro en Colombia logró desmontarlos con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La guerra mediática y cibernética es otro escenario donde la postverdad entra a operar de manera determinante dentro de la inclinación de la balanza en uno u otro sentido. El Brexit, la derrota del plebiscito por la paz en Colombia, el triunfo de Trump y la derrota de la Convención constituyente chilena, son claros ejemplos de su letalidad.

No observamos que las instituciones internacionales —con sus severas limitaciones de todo tipo— puedan avanzar en la solución de las controversias. ¿Dónde está la Corte Penal Internacional? Ni se ve, ni se escucha. Se requiere una reingeniería del andamiaje internacional para que se supere la impunidad reinante.

Por lo pronto, los utópicos defensores de la paz seguiremos construyendo Ministerios e Infraestructuras de Paz, como la propuesta en el VII Cumbre de Gamip en la UPC en octubre de 2021, el Tribunal Internacional de Opinión TRINO y otros escenarios que desde la sociedad civil sigan generando opinión y conciencia entre las personas.

Luis Bernardo Díaz

Editor Revista Derecho y Realidad



Artículos / Articles

A New Sociality for a Solidarity-based Society: The Altruistic Relationships

*Una nueva socialidad para una sociedad solidaria:
Las relaciones altruistas*

Autor: Emiliana Mangone

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.13917>

Para citar este artículo:

Mangone, E. (2022). A New Sociality for a Solidarity-based Society: The Altruistic Relationships. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 15-32.



A NEW SOCIALITY FOR A SOLIDARITY-BASED SOCIETY: THE ALTRUISTIC RELATIONSHIPS*

UNA NUEVA SOCIEDAD PARA UNA SOCIEDAD SOLIDARIA: LAS RELACIONES ALTRUISTAS.

Emiliana Mangone

Associate professor
University of Salerno. Department of Political and Communication Sciences
emangone@unisa.it
Código ORCID: 0000-0002-9958-4346

Recepción: Mayo 5 de 2022

Aceptación: Septiembre 13 de 2022

ABSTRACT

One should not imagine that the social sciences discovered altruism only when Comte coined the term – understood as a powerful impulse to the intellectual and moral development of humanity towards which the latter must tend as its future state. Indeed, since ancient times, scholars have attempted to explain (cause-effect) and understand (sense and meaning) why in certain situations some men behave positively towards others (altruistic behaviour) while similar situations the same men behave differently. While not claiming to be exhaustive either theoretically or temporally, we will present an overview on the theme through the ideas of some sociologists (Comte, Durkheim, Mauss, and Sorokin) who have contributed the most to shed light to this object of study. We will argue that the rediscovery of altruism can be

seen as a new form of sociality between *Ego/Alter for a solidarity-based society*.

KEYWORDS:

Altruism; Sociology; Comte; Durkheim; Mauss; Sorokin; Ego/Alter relationship.

RESUMEN

Las ciencias sociales no descubrieron el altruismo cuando Comte utilizó este término -entendido como un poderoso impulso al desarrollo intelectual y moral de la humanidad que debe apuntar a él como su estado futuro-. Desde la antigüedad los estudiosos trataron de explicar (causa-efecto) y comprender (sentido y significado) las razones por las que en determinadas situaciones algunos hombres ponen en marcha conductas positivas hacia los demás (conducta altruista) y las razones por las que

* Artículo de reflexión.

en situaciones similares los mismos hombres no se comportan de la misma manera. En este sentido, se presentará un marco (no exhaustivo ni temporal ni teóricamente) de este tema a través de las ideas de algunos sociólogos (Comte, Durkheim, Mauss y Sorokin) que, en el panorama de la sociología, más contribuyeron a enfocar sobre de este objeto de estudio, y cómo el redescubrimiento del altruismo se puede asumir como una nueva forma de sociabilidad entre Ego/Alter para una sociedad solidaria.

PALABRAS CLAVE:

Altruismo; Sociología; Comte; Durkheim; Mauss; Sorokin; Relación Ego/Alter

THE SOCIOLOGY REDISCOVER ALTRUISM

As specialists in the field well know, the term altruism was first used by Comte (1851-1854, 1852). This term commonly refers to all actions whose benefits fall on others rather than on the agent (actor): altruism means “*vivre pour autrui*” [*Live for Others*].

The centrality acquired by reason¹ with the Enlightenment – where reason is an “infinite” force that controls and inhabits the world, and that is understood as consciousness, freedom, and the ability to create – gains a new guise with Romanticism. If these are the assumptions and essential concepts that influenced the thought of the 18th and first half of the 19th century, the 1950s saw the early signs of further revision. Positivism transpose in science the Romantic tendency to identify finite and infinite, and to consider the former as the progressive realization of the latter.

Comte stands out as a prophet of a new religion stemming from philosophy and is confident to the point of writing *The*

Catechism of Positive Religion (Comte, 1852), which first introduces the term *altruism*, derived from the Italian word *altrui* (the other person). In other words, for Comte, *Live for Others*, is the simplest summary of the whole moral code of Positivism (Comte, 1851-1854, p. 566).

Of particular importance is Comte’s doctrine of science, since the science of nature has shown that the latter can be governed for the social development of humanity only by knowing its laws. On this basis, Comte argues for the need for a science of society – and here he coins another term, *sociology*, that will become for him the science of society – and for knowing the laws of human conduct to establish authentic social engineering (Comte, 1830-1842) that must tend towards the *religion of humanity*. Science is – or must be – positive knowledge, that is, knowledge which renounces the awareness of causes, restricting itself to the verification of phenomena and their relations, constructing general laws to make science pragmatic for social ends.

Altruism is one of the two terms coined by Comte that became paramount for the development of social sciences². Since the birth of the expression, although with ups and downs, altruism becomes an analytical construct of the social sciences. The numerous attempts at definitions produced over the centuries, after Comte, have not fully clarified the concept, which remains highly ambiguous. Its high degree of relativity is due to various features, among which two are paramount: on the one hand, the processes and common forms of human sociability, and, on the other, their constant and repeated functional correlations in time and social space. Nevertheless, all the definitions of altruism agree on some details, skilfully identified and organised by Simmons: it

(1) seeks to increase another’s welfare, not one’s own; (2) is voluntary; (3) is intentional, meant to help someone else;

1. The term reason has taken on two interpretations: as “feeling” and as “absolute reason”. The former is understood as an activity free from any determination and manifested precisely in those activities more closely connected to feeling, such as religion and art, while the latter moves from one determination to another.

2 The other term being, indeed, “sociology”. Comte also coined others, such as “sociocracy” and “biocracy”, but these did not find proselytes, nor did they catch on like the first two.

and (4) expects no external reward” (1991, p. 3).

These aspects constitute the essential elements of human relationality: *a)* the presence of a variously defined *other*; *b)* the willingness to interact and to relate with the other; *c)* a precise sense and meaning; and finally, *d)* the absence of expectations towards the other.

The importance of altruism in the social sciences can be detected in many classics (Wuthnow, 1993; Bykov, 2017). For example, Durkheim explains the basis of social solidarity in modern society through the contrast between altruism and egoism (Durkheim, 1893). He defines its implications in his well-known work *Suicide* (Durkheim, 1897) by counterposing altruistic and selfish suicide, identifying what will later become the most famous type of suicide.

Despite this interest, since the 1950s, theoretical and empirical studies show the progressive estrangement of social scientists from this object of study. The only exception is Sorokin who, in 1949, founded *The Harvard Research Center in Creative Altruism* and whose intellectual heritage was collected in the United States by various scholars (Johnston, 2001; Krotov, 2012; Weinstein, 2000). In recent years, however, studies on these issues seem to slowly regain vigour, especially in the United States, driven by the newly founded section *Altruism, Morality & Social Solidarity* within the American Association of Sociology (Nichols, 2012), established in 2012. These three points (altruism, morality, and social solidarity) are considered a single disciplinary field (Jeffries *et al.*, 2006) as they are significantly interdependent in the sociocultural reality (Jeffries, 2014). In Europe, studies on altruism are being resumed particularly in French-speaking sociology, especially from the numerous retakings on Marcel Mauss' work on the gift (1925) and following the birth of the *Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales* (MAUSS)³. The movement

3. Among the main promoters of MAUSS (the acronym was not accidental to express esteem for Marcell Mauss),

was promoted by Alain Caillé (1988), who laid his foundations on the critical theory of economics, and the studies of Moscovici's school of social representations (2000) which led to the definition of the elementary forms of altruism.

From this renewed vitality of studies on altruism, we will try to sketch, through the intellectual heritage of some classics of sociology, how this rediscovery of altruism can lead to a new configuration of the *Ego/Alter* relationship in contemporary society.

THE INTELLECTUAL LEGACY OF SOCIOLOGY

In the following pages, we will try to outline how this rediscovery of altruism can lead to a new configuration of sociological studies, shedding that *modus operandi* that accentuates only negative or pathological phenomena without ever highlighting positive and healthy ones. This work is based on the hypothesis that there is no such thing as altruism or egoism in the behavioural sense, as argued by sociobiologists⁴ or

besides Caillé, were Gérard Berthoud, Jaques T. Godbout, Jean-Louis Laville, Serge Latouche and Guy Nicholas.

4. For sociobiologists, who base their discipline on Darwin's notions of individual selection and survival of the fittest, altruism presents a major theoretical problem. For these scholars, altruism is achieved through either kin or group selection, with the necessary exceptions, such as those identified by Monroe (1994, 1996) of individuals who sacrifice themselves for relatives. It follows that evolutionists and sociobiologists, when they claim to study altruism, refer to statistical trends, in the long-range genetic selection of behaviours, which can fit the common idea of altruism. The sociobiological hypothesis, by extending Darwin's model (Darwin, 1871; 1872), claims that the maximization of their overall identity is the main reason for action for human beings. If this hypothesis holds, it is because natural selection has led to the multiplication of "behaviour-specific" or "cultural-generic" genes that govern human social behaviour. As Durham, an anthropologist, states: "Where the natural selection theories of sociobiology have been right in their prediction or explanation of human behaviour, it has often been for the wrong reasons. The apparent consistency between biological theory and human behaviour suggests *not* that there is necessarily an underlying biological basis that guides, steers, controls, programs, predisposes, or inclines every human activity, but rather that the traditions and customs produced by cultural processes are often adaptive in the 'biological sense'. I believe that these coherences can best be explained by the joint evolution of biology and human culture" (Durham, 1979, p. 41).

behaviourists. There are, instead, “altruistic relationships” and “selfish relationships”. We will try to demonstrate this starting from the intellectual heritage of some classical authors who more than others have concretely contributed to the development of these studies (Comte, Durkheim, Mauss, and Sorokin)⁵. These scholars allow us to deduce references to those conducts whose benefits are directed to other individuals than the actors, thus making it possible to reconfigure the *Ego / Alter* relationship.

The birth of the concept of *altruism*: Auguste Comte

To understand why Comte considered altruism as superior to egoism, it is necessary to frame the surrounding theoretical and social context (Coser, 1977; Pickering, 2009). This concept became then the groundwork on which he built his project of a *Religion of Humanity* (Comte, 1852) that was to direct and accompany the improvement of modern society, free from the influence of religion or the army. The concept of altruism appeared during the transition to modernity as the nascent society needed a new moral guide. Comte leaves open the question of when and to whom to be altruistic but at the same time he points out that individuals can be altruistic or pursue their own interests, thus allowing for the possibility that prosocial altruistic behaviours are motivated by selfish interests.

Comte’s main objective was to create a new science that, along the line of natural sciences, could explain the development of society to predict its future. The new positive science studies the social order and the elements that determine its stability; therefore, the cornerstones of this new system are *social statics* and *social dynamics*:

5. It does not mean that other notable sociologists have not studied this social process but they have done it indirectly, for example, both Weber and Marx, while not using the term altruism as such, refer to it indirectly. The first, when describing the ethics of love of charismatic authority as opposed to legal and rational authority, the second, when raging against Christian charity. The limited space of the present work does not allow to deepen these authors as well, referring to the respective literature the insights.

that is, the study of all the components that produce stability or change for society.

The new science, therefore, laid its foundations on reasoning and observation as the only legitimate means of acquiring knowledge that was to be translated into social utility for the improvement of human conditions. According to Comte, “the fundamental problem of human nature, [is] the subordination of Egoism to Altruism.” (1851-1854, p. 592).

The social sciences – or rather sociology – play a crucial role in attaining this subordination. The task of sociology is to identify the laws that govern society, as the natural sciences do for nature. According to the French scholar, social actions are neither arbitrary nor fortuitous: individuals tend to pursue their interests in a society based mainly on the Hobbesian principle *Homo homini lupus*, and the identification of laws aid individuals in setting limits to their actions and, at the same time, to understand that they are also able to change the course of social laws for the pursuit of their interests. The new positive science that used observation, experimentation, and comparison as tools to explain the laws and perturbations of society, had, therefore, the task of teaching people to look at things not in absolute but in relative terms. Relativity rejects all-encompassing and universal social solutions, regardless of their characteristics, and lies on the conviction that solutions must adapt to the actual state of the society to which they refer. Sociological comparison is particularly relevant as it allows us to compare the different plight of societies in various parts of the world. It is necessary because, although humanity has substantially planned its development in uniformly, it has not been accomplished similarly or regularly in different parts of the world. Not all societies have reached the same statuses, and, above all, they have not attained them at the same time, so we need a historical vision of this evolution.

And it is precisely on this evolution that Comte conceives his *Law of human progress*

or *Law of three stages*⁶ according to which humanity has evolved through three main consecutive stages, where the next phase is reached only through the destruction of the previous one. The same process affects the organizational system of society, as well as the structure of ideas, alternating “organic” periods (balance) and “critical” periods (imbalance).

Comte’s reflection must be included in what he defines as his “normative theory”, which is also the most relevant for the present considerations. In the eyes of his contemporaries, Comte appears – willingly – as the prophet of a new religion, transforming philosophy (the new positive science represented by sociology) into a creed. He believes it so much as to write *Catéchisme positiviste* (Comte, 1852) in which he described a new society that is being oriented towards – and regulated for – the common good, with great associative spirit and altruistic feeling. The latter also becomes a religious feeling, having Humanity as its new god. In other words, for Comte

The individual must subordinate himself to an Existence outside itself in order to find in it the source of his own stability. And this condition cannot be effectually realised except under the impulse of propensities prompting him to live for others. The being, whether man or animal, who loves nothing outside himself, and really lives for himself alone, is by that very fact condemned to pass his life in a miserable alternation of ignoble torpor and uncontrolled excitement. Evidently the principal feature of Progress in all living things is that the general consensus which we have seen to be the essential attribute of vitality should become more perfect. It follows that happiness and worth, as well

in individuals as in societies, depend on adequate ascendancy of the sympathetic instincts. Thus the expression, *Live for Others*, is the simplest summary of the whole moral code of Positivism (Comte, 1851-1854, Eng. trans. 1875-77, I, pp. 565-566).

An altruist is someone who selflessly aims their actions at other people’s good. According to Comte’s formula, the new positive order has *Love as Principle, Order as Base*, and *Progress as Objective*. In this way, the individuals would be full of love for their fellow human beings.

The evolution of altruism involves the subordination of self-love to that for others and the satisfaction of their needs as a source of well-being for both the individual and the whole of society. Comte believed that some inclinations of human beings – including selfishness and altruism – came from specific areas of the brain. Altruism can be successfully implemented against selfish instinct only if it is exercised together with the rational capacity of human beings to negotiate within the system of needs by mediating between individual and social needs. Following this logic, both intellect and rationality best serve human needs when they do so through the practice of altruism. Combined with rationality and intellect, altruism acknowledges the freedom of others to compete for their existence and fulfilment. Individual freedom is built not *at the expense* but *on* that of the other. To the extent that individuals are limited by the freedom of others, it is imperative to complete individual freedom through dedication to the other. The individual is a pure abstraction if he is not conceived in these terms in the social system. One way to achieve salvation is to act in the spirit of the whole and the feeling of duty.

On this moralistic vision of altruism, that Comte wishes to become universal for humanity, he dwells in all his latest works. *The Religion of Humanity* is not pure worship but aims to coordinate social life. Comte’s establishment of the “Religion of Humanity” had no other purpose than to make the social sphere hallowed, because he firmly believed

6. The three stages are divided into *i*) theological stage, governed by priests and the military (Ancient times); *ii*) metaphysical stage, controlled by clergymen and jurists (Middle Ages and Renaissance); and, finally, *iii*) the positive stage, ruled by industrialists and moral and scientific guides (Modern age). The main factor in this development is what Comte defined as “intellectual evolution”, while acknowledging the influence of many other circumstances in the evolution of humanity.

that only the social man (*homo sociologicus*) could exist. We can state that Comte – whose thought greatly influenced the development of systems of ideas from the Enlightenment onwards in the Western world – speculated that human altruism is an instinct entirely similar to selfishness. They differ in one particular: the latter tends towards the safeguard of the individual, while the former is oriented towards the preservation of the species, sometimes playing a decisive role in the maintenance and social development of mankind.

Organic solidarity vs mechanical solidarity: Émile Durkheim

If with Comte we virtually record the birth of sociology, with the work of Émile Durkheim this discipline reaches a crucial stage. The scholar intended to create a social science that could provide a solid groundwork for public action, albeit he was aware that the progress of sociological research was not such as to allow this new discipline to underpin specific legislation.

The Frenchman is widely considered the natural father of sociology and his approach presents elements of sharp innovation compared to the field of moral statistics, which represented at the time the positivist mainstream. According to Durkheim, the social order (structure or system) constitutes the essential prerequisite for individual and collective action: the whole explains the parts. Individuals regulate their behaviour in groups and society according to a complex system of rules that are consciously or unconsciously internalised, *i.e.* they become an integral part of them. Consequently, the structure (or system) always comes before the individuals, as it precedes them and assumes for them a legitimate explanatory value.

This difference between individual and social is outlined in stark dualistic contrasts: organic solidarity vs mechanical solidarity, altruism vs egoism, social fact vs psychic fact, collective representation vs individual representation, sacred vs profane, social order vs anomie. The theme of social

solidarity permeates all of Durkheim's work, as it is considered the element that binds and integrates individuals *to* and *in* society. The social prevails over the individual, the organic solidarity over the mechanical one, the collective representations over the individual ones, acquiring meaning through the institutions, where the latter are a constant compared to the variability of individuals. Society cannot be explained through individual actions and motivations, but through the external and constricting social facts that creep into the individual consciousness (substratum of individual representation) constituting the collective consciousness (substratum of collective representations).

The emphasis is on the origin of regulatory power. For example, in the context of altruistic and egoistic suicide (Durkheim, 1897), it is considered internal to the individual as it originates from their process of socialization. Regulatory power arises mainly in the phase of the internalization of norms by each individual; it then differentiates in collective content (*collective consciousness*) and individual content (*individual consciousness*). But how is this regulating power – which can be identified in the consciousness – defined? According to Durkheim, the *collective consciousness*

No doubt, it has not a specific organ as a substratum; it is, by definition, diffuse in every reach of society. Nevertheless, it has specific characteristics which make it a distinct reality. It is, in effect, independent of the particular conditions in which individuals are placed; they pass on and it remains. [...] it does not change with each generation, but, on the contrary, it connects successive generations with one another. It is, thus, an entirely different thing from particular consciences, although it can be realized only through them. It is the psychical type of society, a type which has its properties, its conditions of existence, its mode of development, just as individual types, although in a different way (Durkheim, 1893, Eng. trans. 1960, pp. 79-80).

It follows that the collective consciousness is thoroughly autonomous from individuals, it is almost a form of external coercion for the subjects, to the point of attributing negative definition to the action that imperils the integrity of the consciousness of a given collective. Nevertheless, collective consciousness should not be confused with social consciousness:

As the, terms, collective and social, are often considered synonymous, one is inclined to belief that the collective conscience is the total social conscience, that is, extend it to include more than the psychic life of society, although, particularly in advanced societies, it is only a very restricted part (*Ibid.*, p. 80).

The collective consciousness represents the life force of a community; therefore, anything that tends to weaken or diminish it disturbs the individuals. In the same work, the French sociologist uses the term *representation*, which will not replace the idea of *collective consciousness*, even though it is similarly defined. The first, being a phenomenon, affects consciousness: a representation

is not simply a mere image of reality, an inert shadow projected by things upon us, but it is a force which raises around itself a turbulence of organic and psychical phenomena. [...] Thus, the representation of a sentiment contrary to ours acts in us in the same sense and in the same manner as the sentiment for which it is a substitute. It is as if it had itself become part of our conscience (*Ibid.*: 97).

Durkheim, however, chose not to accentuate this analogy. He will continue to consider the collective consciousness as the primary form of glue that holds individuals together within society, as well as the preeminent explanation of social cohesion (an element that produces integration). So much so as to mark the *mechanical solidarity* typical of traditional societies, in which individuals are similar to each other and share rules and values. Furthermore,

representations are considered, at least in this first study, as a negative element because they almost always contrast with consciousness. In any case, they are considered less important than the problem of meaning in social life.

Mechanical solidarity

can be strong only if the ideas and tendencies common to all the members of the society are greater in number and intensity than those which pertain personally to each member. It is as much stronger as the excess is more considerable. [...] Solidarity which comes from likenesses is at its maximum when the collective conscience completely envelops our whole conscience and coincides in all points with it. But, at that moment, our individuality is nil (*Ibid.*, pp. 129-130).

The establishment of the principle of the division of labour promotes the development of a new type of solidarity (*organic solidarity*), based on the recognition of differences and with less emphasis on norms and values.

The collective conscience leaves open a part of the individual conscience in order that special functions may be established there, functions which it cannot regulate. The more this region is extended, the stronger is the cohesion which results from this solidarity. [...] the individuality of all grows at the same time as that of its parts. Society becomes more capable of collective movement, at the same time that each of its elements has more freedom of movement. (*Ibid.*, p. 131).

As the division of labour progresses, the collective consciousness becomes weaker and the division of labour itself becomes the source of solidarity. Although this is as Durkheim's position, at least in his youth, he already speculates that the division of labour may not be a normal phenomenon in a society where the relations of its organs are unregulated because of an anomic state. By affirming that society has a higher

value than the individual, Durkheim wants to make it clear that society can only be explained through social facts. Men become an integral part of the social – the organs of an organism – only after they have overcome their individualistic nature. The collective consciousness so conceived transcends social divisions to form the main glue of the community and ensure its continuity over time. Although spiritual, it imposes modes of thought and action on individuals, unfolding in institutions through social, moral, juridical, or political rules, as well as in religious visions, through collective beliefs or rituals.

From secondary to primary sociality: Marcell Mauss

If the one above was Durkheim's idea of society, as Steiner (2016) pointed out, Mauss's contribution extends Durkheim's thought by easing the passage from a stark altruism/egoism juxtaposition to gifts and counter-gifts. Indeed, studies on altruism must combine the system with individuals through forms of relationships.

Following this logic, we will now reflect on an aspect of society – and above all the relationships between individuals – which recalls altruism but has its own definition: the gift. We will refer to Marcel Mauss' classic work: *Essai sur le don* (1925). In this work, Mauss describes the sociality of the gift in archaic society by mentioning two rituals: the *potlatch* (ceremony of some Native American tribes of the Northwest Pacific coast of the United States and Canada) and the *kula* (symbolic exchange of gifts in the Trobriand islands between the indigenous populations). The reader may now be wondering why we mention the gift when talking about positive pro-social relations (hetero-directed), but the following section will dispel his perplexity. Gift-giving no longer pertains only to archaic societies: these practices exist also in modern society with forms and ways most often linked to organizations, which makes these exchanges more complex closer to those taking place in the market. Gift-giving produces exchanges that are not governed by a contract;

therefore, it allows for more initiative by encouraging creativity and it strengthens social ties. The differences from a contract are at least three: *i)* gift-giving is free, done by choice. There is no constraint prompting individuals to donate or reciprocate (the obligation to reciprocate is purely moral and the lack of reciprocation is not sanctioned); *ii)* there is no guarantee of return; the exchange is based on trust and therefore on the evaluation that is made of the other individual (the recipient of the gift):

The key point is that “giver” and “receiver” are in a very complex relationship, which is located in a relational network characterized by increasing changes in all its elements; moreover, it is too often believed that any asymmetry in this type of relationship is due to the communicative behaviour of the “giver,” who highlights his dominance. Actually, the differences are more due to cultural factors and identity construction than to factors intrinsic to the relationship: the distance between “giver” and “receiver” forms a model of rational organization, which codifies and finalizes the relationship and that could be defined as Taylorist-utilitarian (Mangone, 2019, p. 37).

But if, in general terms, trust and distrust can be considered an expectation of the individual's experiences (the former with a positive value and the latter with a negative one), the former entails a cognitive and/or emotional burden that allows one to overcome the threshold of mere hope and therefore consider a relationship in a positive sense; *iii)* gift-giving requires reciprocity, there is no abolition of debt (unlike trade contracts). It is, in fact, exactly the opposite: the gift induces indebtedness towards the other and the longer the period of repayment the more active the bond between the two parties. In this way, the approach shifts from reducing individual actions to mere exchange (*do ut des*) to focusing on the overall interactions between exchange aspects and all other relevant social and cultural variables. Mauss summarises these aspects as follows:

The gift is therefore at one and the same time what should be done, what should be received, and yet what is dangerous to take. This is because the thing that is given itself forges a bilateral, irrevocable bond (Mauss, 1925, Eng. trans. 2002, p. 76).

The paradigm of the gift, therefore, underlines the positive and normative, sociological, economic, ethical, political, and philosophical importance of this type of action.

But what did Mauss envision with his essay? He points out some fundamental aspects of the nature of the gift that can also be transposed to Western societies.

The first of these aspects is the *obligatory sociality* of the gift, which is represented by the cycle *give / receive / reciprocate* strongly present in the primitive societies studied: one must *give* to show their power and wealth. The obligation to gift-giving stems from community and honour bonds: those who cannot find and own objects to introduce into the gifting cycle are excluded from the community. Furthermore, one must receive to guarantee a peaceful relationship (refusing the gift is an offence to the giver). Finally, one must *reciprocate* by offering a return gift of equal or higher value, or else they will, once again, offend the giver. But what determines the last form of obligation (reciprocation)?

According to Mauss, the objects donated and received have symbolic, mythical, and religious characteristics that bind and influence the individual who gives or receives them. He referred to the Maori *hau*, which designates, like the Latin *spiritus*, both the wind and the soul – more precisely, at least in some cases, the soul and power within inanimate and vegetable things, reserving the word *mana* for men and spirits. When the object received has a soul, its *hau* tends to return to its place of origin; therefore, the receiver must get rid of it through a return gift. If this does not happen, the spirit contained in the object becomes evil.

Mauss also stresses how in primitive communities the *thing (res)* had a higher value than in modern society. The difference is that for primitive societies the cycle “give/receive/reciprocate” was useful, not in the utilitarian economic sense, but because giving and receiving benefited both giver and receiver. The individual who shuns the gift is marginalised from society. Similarly, the receiver who does not accept, or who does not reciprocate, offends the giver, and undermines his ties with the community. The gift described by Mauss in primitive societies is therefore not gratuitous and selfless: it sets up a perpetual cycle of exchanges so that everyone is engaged – and has an interest – in its closure. Not only does the gift determine a form of “credit”, an expectation of reciprocation, but it also determines the “power” of the giver towards the receiver.

A further aspect is that the gift strengthens and preserves social and community bonds between individuals, between individuals and the community, and between communities. The obligation to close the gifting cycle promotes and intensifies a dense network of social and community relationships within primitive tribes. Gift-giving is a social ritual that strengthens cohesion as it reinforces the relationships of all parts of society. Finally, Mauss defines the gift as a *total social fact*. According to Mauss, these are a powerful tool for the scholar: a basic structure through which it was possible to resolve and interpret complex dynamics such as gift-giving.

The gift, therefore, falls within what Mauss defines as the total services system⁷ [*système des prestations totales*] which, involving all social classes and all forms of community life, is both a social and economic system. It shows that in archaic societies, unlike modern ones, there is no separation between the economic and the social-affective sphere. In line with his

⁷ We espouse the translation choices made in the 2002 edition of “The Gift”, published by Taylor & Francis and use, for brevity’s sake, “total services” to translate the French term “prestations totales”, which has no direct English equivalent. In Mauss’ text, it represents the actual act of exchange of gifts and rendering of services.

demonstration that all sociality based on gift-giving has as its foundation the search for interest and profit, Mauss concludes his essay with a compelling interpretation of *Homo oeconomicus*. According to Mauss, the distinctive character of modern *Homo oeconomicus* is not his search for profit and interest (already existing in primitive societies) but the rationalization and technicalization of this research.

The Harvard Research Center in Creative Altruism: Pitirim A. Sorokin

Research has too often neglected the positive aspects of everyday life – such as altruism, solidarity, etc. – since these are not considered a problematic (negative) facet of society but rather a regular aspect of human and social events. To counter this, we will present Sorokin's theories on altruism by examining the characteristics, dimensions, and aims of altruism (Mangone and Dolgov, 2020; Mangone, 2020). Pitirim A. Sorokin's theories are deeply rooted in a continuous search for an integration of the points of view and methodologies of the various human and social sciences. We aim to underline how his arguments – especially those on positive actions such as altruism – are still relevant today (Mangone, 2018). In one of his last works, Sorokin stated,

At the present juncture of human history, a notable increase of an unselfish, creative love (goodness) in the superorganic world is the paramount need of humanity” (Sorokin, 1958a, p. 184).

This arduous task belongs to humanity as a whole. Sorokin is so convinced of this that in 1949 he founded the *Harvard Research Center in Creative Altruism*, thanks to an endowment from Eli Lilly and the Lilly Endowment to the Harvard University that lasted for about eight years. It enabled him to continue the research already underway on altruism. The centre aimed to study – in an interdisciplinary way, through the promotion of research and symposia – the theme of altruism, investigating its various types, aspects, and dimensions, as well as its effects

on the individual, social and biological life. It is possible to reconstruct its activities quite analytically following the reports published by Sorokin himself (1955, 1963 chap. 15, 1995).

Two assumptions underpinned the Centre's research activities: 1) no intervention, including international ones, had succeeded in eliminating or reducing conflicts or bloody struggles between peoples; 2) creative love, of which little is still known, is virtually a power – the *mysterium tremendum et fascinans*. The activities of the Centre can easily be divided into two phases. The first one aimed mainly at outlining and formulating an operational definition of creative love and confirming the state of the art in the contemporary sciences. This validated the assumptions underpinning the birth of the Centre, leading to the second phase of its activities, focused on investigating the procedures and factors of formation and transformation of altruism (Sorokin, 1954b), and to test (where possible) the effectiveness of the approaches of altruistic education starting from Yoga ancient techniques.

The above-mentioned researches yielded substantially four lines of results: *a)* the first states that there are three types of altruists⁸; *b)* the second confirms the *law of polarization* previously formulated (Sorokin, 1942/2010), according to which many individuals in a community hit by a catastrophe transform their behaviour egoistically (*carpe diem*) or, conversely, altruistically; *c)* the third leads to the revision of the prevailing theory of the structure and integration of the personality (Sorokin, 1962); and, finally, *d)* the fourth brought out, through the detailed study of the

8. Sorokin's threefold typology is based on self-identification and distinguished into «the early-fortunate», «the late-matured» or «late-catastrophic», and finally «the intermediary». The first type of altruist identifies himself from early childhood with the value system and is born in or belongs to environments that encourage altruistic development. In the second type, the behaviour modification is due to a sudden change in the life of the individual (an event that divides life into pre-altruistic and altruistic), which can be long- or short-lasting and reintegrates the value system. The last type, as the name suggests, lies mid-way between the previous two, accentuating the characteristics of one or the other.

ways of achieving altruistic transformation in group affiliations, as well as of the values and actions of the individual, the strategies to accomplish this task.

It is worth noting that these studies could only originate from a profound knowledge of the society, culture and value system in which individuals live and act. With Sorokin's retirement as Emeritus at the end of 1959, the Centre's activities also officially ceased. The centre allowed Sorokin to call the attention of the researchers on themes such as love and altruism, previously disregarded by the social sciences, too keen to seek negative values instead of positive ones. According to Sorokin, change must start from the rediscovery of man's positive values, and science arises as a guide by overcoming strictly sensate models of knowledge.

The idea of love fits into this theoretical framework as "the supreme and vital form of human relationship" (love relationship) and as such the ways, forms, and power of this energy (love energy) are to be studied. This force is likened, for their similarities, to an iceberg: «Love is like an iceberg: only a small part of it is visible, and even this visible part is little known. Still less known is love's transempirical part, its religious and ontological forms. For the reasons subsequently given, love appears to be a universe inexhaustible qualitatively and quantitatively. Of its many forms of being the following can be differentiated: religious, ethical, ontological, physical, biological, psychological, and social» (Sorokin, 1954, p. 3). These forms refer to the very aspects of love: (a) religious love, refers to the experience of love for God or the Absolute; (b) ethical love,

is identified with goodness itself. Love is viewed as the essence of goodness inseparable from truth and beauty» (Sorokin, 1954, p. 6);

(c) ontological love, is considered the highest form of unifying, integrating, and harmonizing creative power or energy. This is the "core" of love because it makes the world go round and without it, the

physical, biological, and social world would collapse; (d) physical love, refers to love expressed through the unifying, integrative, and ordinating energies of the universe; (e) «The biological counterpart of love energy manifests itself in the very nature and basic processes of life. This energy, still little known, and often called the 'vital energy' that mysteriously unites various inorganic energies into a startling unity of a living – unicellular or multicellular – organism» (Sorokin, 1954, p. 9); (f) psychological love includes all the intellectual aspects of emotional, affective and desire experiences. For its very nature, psychological love is an "altruistic" experience; (g) social love is the last of the forms identified by Sorokin «on the social plane love is meaningful interaction – or relationship – between two or more persons where the aspirations and aims of one person are shared and helped in their realization by other persons» (1954, p. 13). It follows that love not only has many aspects and forms, but it also has various dimensions, of which Sorokin identifies five: intensity, extensity, purity, adequacy, and duration.

Sorokin avoids any psychometric analysis for these dimensions, given that they have both scalar and non-scalar characteristics. However, he believes that it is empirically possible to find evidence or proofs. It should be noted that the words "love" and "altruism" had been interchangeable during all the activities of the Centre, as well as in the book *The Reconstruction of Humanity* (1948), in which, incidentally, he also describes the various types of altruism.

Sorokin does not just describe the aspects and dimensions of altruistic creative love but considers it an energy that can be produced, accumulated and distributed by individuals and institutions:

If love can be viewed as one of the highest energies known, then theoretically, at least, we can talk about the production or generation, the accumulation (or loss), the channelling, transmission, and distribution of this particular energy (Sorokin, 1954, p. 36).

He identifies five steps through which to produce and improve the love energy: (1) *The Increase of Creative Heroes of Love*, meaning the great creators and thinkers (e.g., Plato, Dante, Shakespeare, Mozart, etc.) and the heroes or apostles of love (e.g., Buddha, Christ, Francis of Assisi, Gandhi, etc.); (2) *The Increase of Creative Heroes of Truth and Beauty*, thinkers and creators in different fields of science and the arts are great forges for some of the components (truth and beauty) of the highest value (love energy). Sorokin himself, in subsequent works, clarifies that these elements are inseparable and together represent the *summum bonum* of mankind:

Among all the meaningful values of the superorganic world there is the supreme integral value – the veritable *summum bonum*. It is the indivisible unity of Truth, Goodness, and Beauty. Though each member of this supreme Trinity has distinct individually, all three are inseparable from one another [...]. These greatest values are not only inseparable from one another, but they are transformable into one another» (Sorokin, 1958a, p. 184).

What is needed is a growth in the love of parts of society: What is necessary, therefore, is a growth in love in certain social spheres: (3) *The Increase of Love by the Rank and File*, (4) *An Increase in the Production of Love by Groups and Institutions*, and finally (5) *The Increase Love-Production by Culture and the Total Culture*.

If this is how love energy can be generated or increased, it is no utopia to think that it can also be accumulated and distributed (King, 2004). Chapter IV in *The Ways and Power of Love* describes the benefits of the power of creative love in the social life and activities of human beings through numerous findings. This chapter concludes the description of the aspects, dimensions, production and management of love, as well as its power. The remaining two-thirds of the book is left to a detailed description of the types of altruism, the growth of altruism and the means to transform individuals and

groups into altruists. The over five hundred pages end with the chapter *From Tribal Egoism to Universal Altruism* in which, using a medical metaphor, Sorokin states that sick humanity can find a cure in the affirmation of universal altruism.

Love acted as an antidote. Its force created little islands of health amid great sickness. It is this that gives me hope for today [...]. Some day – perhaps soon – mankind will learn what individuals have always known: that love is the only truly creative force in the world (Sorokin, 1958b, p. 17).

In *The mysterious energy of love* (published in 1959, the year in which the Harvard Centre closed its doors) Sorokin argues that, although little is known of this energy and of how it is produced and used, it is enough to justify the hypothesis that the “grace of love” is one of the three highest energies known to man (along with truth and beauty). These are the peculiarities that make creative altruistic love a powerful tool for the reconstruction of humanity, which was falling into a marked sensism due to the transformations of its cultural mentality.

ALTRUISTIC RELATIONSHIPS FOR A NEW SOCIALITY FOR A SOLIDARITY-BASED SOCIETY

Over the last two centuries, societies have reached an increasingly higher degree of complexity –in both relationships and processes – with gradual unfolding depending on geographical areas and above all on the socio-cultural contexts of reference. Three processes are at work here: secularization (loss of relevance of religion in social life), rationalization (predominance of purposive rationality) and, finally, individualization (*Gemeinschaft vs Gesellschaft* with the replacement of Durkheim’s mechanical solidarity with organic solidarity). All these have transformed both the social representations and the beliefs through which individuals interpret the surrounding society. Furthermore, they changed the values by which they orientate themselves

within it, and on which they base their relations. In light of this, and considering the brief literature review above, it follows that studies on altruism must combine the system with individuals. They must be able to combine objective and subjective aspects considering all the dimensions, levels and factors involved in the expression of altruism. Its analysis must take into account the multidimensionality and multifactoriality characterising it as derived from human relationships. This way privileges the spaces of social relations within social processes, including those relating to altruism, since all social phenomena, attitudes, and actions are built in an environment that has its own places, times and symbols, which are fundamental in the cognitive processes of self-signification activated by individuals for the construction of social realities in their everyday relational experience.

Therefore, studies on altruism must focus on the individual who is capable of significant interactions in a cultural context (see, Mauss' give/receive/reciprocate cycle or Sorokin's love relationship). These relationships are influenced on the one hand, by culture and, on the other, by the indissoluble bond with everyday life and context. Consequently, in the study of social phenomena, it is possible to transition from an approach aimed at searching for a cause (causality) to one focusing on the overall significant interactions. This passage outlines the reciprocity between life-world and social system and represents the pivotal moment in which attention is paid not only to the individual as the recipient of decisions but to the individual as "subject" and active participant in relational processes.

In his essay *Les formes élémentaires de l'altruisme* (2000), Moscovici states two fundamental assumptions for the study of altruism. First, that both altruism and egoism can be problematic behaviours depending on their interpretation, which in turn is based on the social and cultural expectations of the reference society. Second, that altruism is linked to the relationship between individuals (intensity and duration) as well as to the situation they live in.

This suggests that the renewed interest of the social sciences in altruism can be considered as an attempt to reconfigure the *Ego/Alter* relationship starting from the transformations of society and the "doings and beings" of human beings. As mentioned above, the second aspect identified by Moscovici was examined by both Mauss (2002) and Sorokin (1954). The former referred to the need to close the gifting cycle (give/receive/reciprocate), while the latter discussed the elementary forms of altruism. Both highlight how these actions hang on the relationality of individuals. Sorokin, moreover, in his last years of research fully dedicated to the activities of *The Harvard Research Center in Creative Altruism* focuses his attention on the transformation of human solidarity that would be replaced by the *love relationship* that the Russian-American sociologist considered as *the supreme and vital form of human relationship*.

What should be investigated, therefore, is neither altruism nor egoism, but the relationship. This procedural and methodological order overcomes the altruism/egoism dichotomy since these two static terms are replaced by processes: "altruistic relationships", for society (pro-social or hetero-directed) and *selfish relationships*, for oneself (anti-social or self-directed).

To synthesise, we can state that altruism and selfishness, in contemporary society, disconnected from the elements that linked them only or almost exclusively to human nature or purely economic aspects, play a role in the daily life of individuals and their subjectivity that needs further investigation to better explain and understand both its dynamics and outcomes. Nevertheless, neither individuals nor communities are always able to activate the ability to respond (reflection) to situations requiring *altruistic relationships*. The term activation stresses the active role of the subject in determining the causes or the premises of events that affect behaviour, while pro-action means recognising that also the possibilities of action offered by the social context fall under individual responsibility. Individuals,

therefore, tend to adopt a position of re-action rather than pro-action. The former is typical when those social relations that give rise to the processes of reflexivity that, in turn, allow for conscious and responsible decision-making are absent or scarce.

For this reason, we cannot speak of altruism or selfishness, but *altruistic or selfish* relationships. Every form of sociality fluctuates between the exchange of information and symbolic action on the other, thus embodying some ambiguity. The interactions implemented and experienced by individuals are, therefore, a problematic action that most often does not allow for reciprocity and recognition of the subjects, paramount for the consolidation of modes of action linked to primary sociality. And it is precisely this recognition that can direct sociality towards altruism or selfishness: the lower the anonymity of the other, the more we tend towards an altruistic relationship. In this way, the *Ego/Alter* relationship is no longer based on aspects of inequality (in what) but aspects of differentiation (for whom). Attention should be paid to *Ego's* attitudes, who perceives himself as equal to/different from *Alter* in a given symbolic sphere, as well as to *Alter's* responses within a relational framework built on expectations that can play a role on determining closeness/distance and openness/closure. The reference to anonymity introduces the topic of remote and face-to-face social interaction (Berger and Luckmann, 1966): the more anonymous the contact with the Other (remote interaction) the more difficult it is to find common elements allowing for civil cohabitation – e.g. discrimination against minorities or weaker parts of society). Analysing this process further, it emerges that the recognition of otherness refers to a wider and more complex process

of categorisation that unearths both the *Ego/Alter* nexus (the basis of social identification) and the near/far dimension. The *Ego* strengthens and unfolds positively by defining the *Alter* negatively. This process is particularly significant when individuals are already *defending their world*. The opposite happens, instead, in a primary relationship based on trust and what Moscovici (2000) defined as *participatory altruism*. This form of altruism gives rise to an *Us* that connects and binds together the members of the group, community, or society, and it is for this *Us* that individuals are ready to sacrifice themselves. Individuals still defend *their world*, but this is no longer individualized and refers instead to the collective: humanity. In this case, the altruistic relationship is aimed at supporting that bond that must be maintained for the survival of the group (humanity), regardless of its form. In a way, *Ego* connects with *Alter* in the *Us*, becoming almost interchangeable, to such an extent that we can no longer distinguish when we are doing something for the other or for *Us*.

It is, therefore, necessary to activate the transformation of the perceptive and cognitive system of individuals, so that their experience unfolds as a synthetic re-interpretative experience of the *Ego/Alter* relationship. A widespread idea in contemporary society is that globalization hindered the *humanitarian ethos* aimed at the communicative interaction for two acting subjects to *understand* each other, where the subjects refer to each other and act taking into account their reciprocal intentions, motivations, and expectations. And yet this ethos should be considered as a precious opportunity for individual growth, in the perspective of changing everything that hampers the construction of a new civil and solidaristic coexistence.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Bykov, A. (2017). Altruism: New perspective of research on a classical theme in sociology of morality. *Current Sociology Review*, 65(6), pp. 797-813.
- » Berger, P.L. & Luckmann, T. (1966). *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*. New York, NY: Doubleday & Co.
- » Caillé, A. (1988). Critique de la raison utilitaire. Manifeste du MAUSS. Paris, France : Éditions la Découverte.
- » Comte, A. (1830-1842). *Cours de philosophie positive* (Voll. 6). Paris: Bachelier.
- » Comte A. (1851-1854). *Système de politique positive, ou Traité de sociologie* (Voll. 4). Paris: L. Mathias, & Caeilian-Goeuey and V^{or} Dalmont (Eng trans. *System of Positive Policy* (Voll. 4). London: Longmans, Geeen, and Co., 1875-1877).
- » Comte A. (1852). *Catéchisme positiviste*, Paris, Chez l'Auteur (Eng. trans., *The Catechism of Positive Religion* (R. Congreve, Trans.). London: J. Chapman, 1858).
- » Coser, L. A. (1977). *Masters of sociological thought. Ideas in historical and social context*. New York, NY: Harcourt Brace Javanovich.
- » Darwin, C. (1871). *The Descent of Man*. London, UK: John Murray.
- » Darwin, C. (1872). *The Expression of the Emotions in Man and Animals*. London, UK: John Murray.
- » Durham, W.H. (1979). Toward a Coevolutionary Theory of Human Biology and Culture. In N.A. Chagnon & W. Irons (Eds.), *Evolutionary Biology and Human Social Behavior. An Anthropological Perspective* (pp. 39-59). North Scituate, MA: Duxbury Press.
- » Durkheim, É. (1893). *De la division du travail social*. Paris: Alcan (Eng trans., *The Division of Labor in Society*. Glencoe: The Free Press of Glencoe, 1960).
- » Durkheim, É. (1897). *Le suicide. Etude de sociologie*. Paris : PUF (Eng trans., *Suicide. A Study in Sociology*. London and New York: Routledge, 2005).
- » Jeffreis, V. (2014) (Ed.). *The Palgrave Handbook of Altruism, Morality, and Social Solidarity: formulating a field of study*. New York, NY: Palgrave Macmillan.
- » Johnston, B. V. (2001). Integralism, altruism, and social emancipation: a Sorokinian model of prosocial behavior and social organization. *Catholic Social Science Review*, 6, pp. 41-55.
- » King, U. (2004). Theories of Love: Sorokin, Teilhard and Tillich. Love-A Higher form of Human energy in the work of Teilhard de Chardin and Sorokin. *Zygon*, 39(1), pp. 77-102.
- » Krotov, P. (2012). Pitirim Sorokin Studies in Russia in the Context of the New Section on Altruism, Morality, and Social Solidarity in the American Sociological Association. *The American Sociologist*, 43(4), pp. 366-373. doi.org/10.1007/s12108-012-9166-1.
- » Mauss, M. (1925). Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques. *L'Année Sociologique*, Tome 1 (1923-1924), pp. 31-186 (Eng. trans. *The Gift. The form and reason for exchange in archaic societies*. London: Routledge, 2002).

- » Monroe, K.R. (1994). A Fat Lady in a Corset: Altruism and Social Theory. *American Journal of Political Science*, 38(4), pp. 861-893.
- » Monroe, K.R. (1996). *Heart of Altruism: Perceptions of a Common Humanity*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- » Nichols, L. T. (2012). North Central Sociological Association Presidential Address. Renewing sociology: Integral science, Solidarity, and Loving kindness. *Sociological Focus*, 45(4), pp. 261-273.
- » Mangone, E. (2018). *Social and Cultural dynamics. Revisiting the work of Pitirim A. Sorokin*. Cham: Springer.
- » Mangone, E. (2019). Gratitude and the Relational Theory of Society. *Human Arenas* 2(1), pp. 34-44. Doi: 10.1007/s42087-018-0040-8.
- » Mangone, E. (2020). Pitirim A. Sorokin's Contribution to the Theory and Practice of Altruism. *Revue européenne des sciences sociales*, 58(1), pp. 149-175. doi: 10.4000/ress.6497.
- » Mangone, E. & Dolgov, A. (2020). Sorokin's "Altruistic Creative Love": Genesis, Methodological Issues, and Applied Aspects. *Human Arenas*, 3(1), pp. 6-22. doi: 10.1007/s42087-019-00058-w.
- » Moscovici, S. (2000). Les formes élémentaires de l'altruisme. In S. Moscovici (Ed.), *Psychologie sociale des relations à autrui* (pp. 71-86). Paris, France : Nathan.
- » Pickering, M. (2009). *Auguste Comte. An Intellectual Biography*, Volume III. New York, NY: Cambridge University Press.
- » Simmons, R.G. (1991). Presidential Address on Altruism and Sociology. *The Sociological Quarterly*, 32(1), pp. 1-22.
- » Sorokin, P.A. (1948). *The Reconstruction of Humanity*. Boston: The Bacon Press.
- » Sorokin, P.A. (1954). *The Ways and power of Love. Types, Factors and Techniques of Moral Transformation*. Boston: Beacon Press.
- » Sorokin, P.A. (1955). Les travaux du Centre de recherches de Harvard sur l'altruisme créateur. *Cahier internataux de sociologie*, 19, pp. 92-103.
- » Sorokin, P.A. (1958a). Integralism is My Philosophy. In Whit Burnett (ed.), *This is my Philosophy. Twenty of the World's Outstanding Thinkers reveal the Deepest Meaning they have found in Life* (pp. 180-189). London: George Allen & Unwin Ltd.
- » Sorokin, P.A. (1958b). *Love - The Most Effective Force in the World*. *Guideposts*, 13(2), pp. 16-17.
- » Sorokin, P.A. (1959). *The Mysterious Energy of Love*. *Science of Mind*, XXXII, pp. 3-7.
- » Sorokin, P.A. (1963). *A Long journey. The Autobiography of Pitirim A. Sorokin*. New Haven: College and University Press.
- » Sorokin, P.A. (1995). Studies of thr Harvard Research Center in Creative Altruism. In B.V. Johnston (ed.), *Pitirim A. Sorokin. On the Practice of Sociology* (pp. 305-316). Chicago: Chicago University Press.
- » Sorokin, P.A. (2010/1942). *Man and Society in Calamity*. New Brunswick and London: Transaction Publishers.
- » Steiner, P. (2016). *Donner... Une histoire de l'altruisme*. Paris: PUF.

- » Weinstein, J. (2000). Creative Altruism: restoring Sorokin's Applied Sociology. *Journal of Applied Sociology*, 17(1), pp. 86-117.
- » Wuthnow, R. (1993). Altruism and Sociological Theory. *Social Service Review*, 67(3), pp. 344-357.

Autonomía política de las mujeres en Colombia y Argentina: un análisis de derechos humanos y políticas públicas

Political autonomy of women in Colombia and Argentina: an analysis of human rights and public policies

Autor: Ruth Astrid Mora Cuervo

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15409>

Para citar este artículo:

Mora Cuervo, R. (2022). Autonomía política de las mujeres en Colombia y Argentina: un análisis de derechos humanos y políticas públicas. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 33-45.



AUTONOMÍA POLÍTICA DE LAS MUJERES EN COLOMBIA Y ARGENTINA: UN ANÁLISIS DE DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS.*

POLITICAL AUTONOMY OF WOMEN IN COLOMBIA AND ARGENTINA: AN ANALYSIS OF HUMAN RIGHTS AND PUBLIC POLICIES.

Ruth Astrid Mora Cuervo

Abogada, Magister en Derechos Humanos, Jurídica Fundación Alianza Sur para la Cooperación y el desarrollo, Directora jurídica Soluinder S.A.S., Tunja.
astridmora01@gmail.com.

Recepción: Marzo 5 de 2022

Aceptación: Junio 29 de 2022

RESUMEN

La reivindicación de los derechos políticos de las mujeres ha sido una lucha constante por su autonomía e igualdad de género, adquiridos en los consensos internacionales de derechos humanos y materializados en las políticas públicas. El objetivo de este artículo es analizar la garantía de derechos humanos que las políticas públicas de equidad/ igualdad de género de Colombia y Argentina establecen para lograr el empoderamiento y autonomía política de las mujeres. Esto se logra bajo un enfoque cualitativo, documental y de estudio de caso múltiple. Bajo un enfoque de evaluación normativa y de análisis de contenido de las políticas públicas se analiza cómo se garantizan los mínimos establecidos en la Agenda Regional

de Género para lograr la autonomía política de las mujeres. Lo anterior contrasta con las cifras de desigualdad política que existe en los dos países analizados, tanto en participación como en acceso a cargos de poder. Estos resultados demuestran la necesidad de evaluar periódicamente la inclusión de los contenidos mínimos de derechos establecidos en los compromisos internacionales en la formulación e implementación de las políticas públicas.

PALABRAS CLAVES

Política y gobierno; Igualdad de oportunidades; Derechos humanos; Evaluación comparativa.

* Artículo de reflexión.

ABSTRACT

The vindication of women's political rights has been a constant struggle for their autonomy and gender equality, acquired in international consensus on human rights and materialized in public policies. The objective of this article is to analyze the guarantee of human rights that the public policies of gender equity / equality in Colombia and Argentina achieved to achieve the empowerment and political autonomy of women. This is achieved under a qualitative, documentary and multiple case study approach. Under a normative evaluation approach and content analysis of public policies, it is analyzed how the public policies of the countries analyzed use most of the minimum content established in the Regional Gender Agenda to achieve political autonomy for women. The foregoing contrasts with the figures of political inequality that exist in Argentina and Colombia both in participation and access to positions of power. These results show the need to periodically evaluate the inclusion of the minimum content of rights established in international commitments in the formulation and implementation of public policies.

KEYWORDS

Politics and government; Equal opportunities; Human rights; Comparative evaluation.

INTRODUCCIÓN

La desigualdad de género es un problema con connotaciones sociales, políticas y económicas complejas que tienen un trasfondo histórico y cultural. A nivel institucional se ha abordado a través del reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres y los mecanismos, estrategias y acciones para garantizar que estos se cumplan en las sociedades. Esto ha permitido el surgimiento de legislación, políticas, planes y programas gubernamentales que involucran la perspectiva de género y que se han propuesto eliminar la discriminación hacia las mujeres.

Desde la Declaración de Derechos Humanos (1948), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) y en la Declaración de Beijing (1995) se ha promulgado la igualdad de derechos de la mujer en las diferentes esferas de la vida y los gobiernos han adquirido compromisos en ámbitos de especial preocupación en relación con la discriminación contra las mujeres. A partir de allí, los estados miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) han adquirido compromisos puntuales para impulsar y acelerar el logro de la igualdad de género en Latinoamérica, bajo lo que se ha reconocido como la Agenda Regional de Género y es un compromiso político regional –asumido por los estados miembros de la CEPAL– para garantizar los derechos de las mujeres y la igualdad de género. Además, articula y acumula problemáticas, lenguajes y enfoques de cada una de las Conferencias Regionales sobre las Mujeres que se han desarrollado cada tres años desde la década de 1990.

Pese a estos esfuerzos, en Latinoamérica el Índice Global de Brechas de Género se encuentra en un 72.2%, lo que implica una diferencia de 27.8% entre hombres y mujeres en economía, educación, salud y política (World Economic Forum, 2019). Aún falta un camino por recorrer para cerrar brechas, ante lo cual se deben llevar a cabo esfuerzos institucionales. Colombia y Argentina son los países de Suramérica que mejor posición tienen en dicho índice. El primero está en la posición 22, con un índice de 0.7580 y Argentina está en la posición 30 y su índice es de 0.7460.

El logro de la igualdad de género empieza por garantizar y otorgar autonomía a las mujeres en diferentes ámbitos; la autonomía política, por ejemplo, implica la presencia de las mujeres en los diferentes niveles de poder del Estado y su participación en igualdad de condiciones (Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, 2019) y también les permite empoderarse e influir en la eliminación de conductas discriminatorias

o en las condiciones desfavorables que aún permanecen en la sociedad.

La inadecuada formulación de políticas públicas es uno de los aspectos que puede obstaculizar el logro de la igualdad de género, porque si bien deberían ser herramientas que materializaran la obligación del Estado en la garantía de los derechos, suelen –por el contrario– generar conductas desiguales hacia la mujer, cuando se inscriben en determinada orientación política o su implementación no es efectiva (Canto-Chac, 2010). Si las políticas públicas no cuentan con una formulación adecuada y sus objetivos, metas y acciones no se orientan a cumplir los compromisos internacionales de la igualdad de género, se originan condiciones para que permanezcan la desigualdad y la discriminación.

La forma como se formula, planea y sanciona una política pública tiene efectos en su implementación y resultados, puesto que puede crear realidades sobre lo que está permitido o no, o sobre lo que es importante frente a la igualdad de género (Canto-Chac, 2010; Segato, 2016); por lo tanto, es relevante evaluar el contenido y la normativa de las políticas públicas de igualdad de género como un aporte académico – hasta el momento ausente– frente a esta problemática histórica.

El objetivo de este artículo es analizar la garantía de derechos humanos que las políticas públicas de equidad/igualdad de género de Colombia y Argentina establecen para lograr el empoderamiento y autonomía política de las mujeres, por lo cual requiere contrastar los compromisos asumidos frente a los derechos humanos de las mujeres en el ámbito político internacional y describir sus avances en la participación política de las mujeres a la luz de cifras e indicadores oficiales.

Este artículo tiene cuatro secciones generales. La primera describe los elementos conceptuales que se tuvieron en cuenta para el análisis planteado; la segunda expone la metodología y enfoques utilizados para realizar el análisis de política pública; la

tercera presenta los resultados del análisis de las políticas públicas de igualdad de género de Colombia y Argentina frente a los compromisos internacionales de la Agenda Regional de Género y la cuarta finaliza el artículo con las conclusiones relevantes de la investigación.

1. ELEMENTOS CONCEPTUALES

El género¹ es una categoría que se construye socialmente, es decir, las diferencias sexuales están marcadas y formadas por prácticas discursivas arraigadas en lo político, económico y cultural y atravesadas por las relaciones sociales históricas (Butler, 2002). Este se diferencia del sexo, el cual es un hecho biológico, mientras que el género es la significación social que se le otorga (Gamba, 2008). Así, los roles, tareas y responsabilidades diferenciadas que ha asignado la sociedad según el sexo, produce las condiciones y modelos de ser hombres o mujeres. Las relaciones de género son procesos inestables y complejos que se construyen por y a través de las partes relacionadas (Flax, citado por Rodríguez, 2006), de allí que ser hombre o mujer tenga un significado diferente en la historia y las diversas culturas, predominando la desigualdad, dominación y subordinación entre hombres y mujeres.

La igualdad de género refiere a la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres en las diferentes esferas y con garantía de realizar la vida que se desee (UNESCO, 2014). Esta es una igualdad en el ejercicio de los derechos, el desarrollo de capacidades y el reconocimiento recíproco de los actores sociales (CEPAL, 2014, 2018, 2019). En este sentido, la igualdad implica el reconocimiento de que toda persona es titular de derechos fundamentales reconocidos por ley, pero, además, la capacidad y el ejercicio pleno de hacer efectivos estos derechos universales en la vida cotidiana (CEPAL, 2016). Esto

1. En este artículo se adopta una posición dual frente al género, de hombres y mujeres, lo cual no desconoce la visión más amplia de reconocimiento de identidades de género reivindicadas por el movimiento feminista y el movimiento LGBTI.

determina que exista un tratamiento idéntico entre varones y mujeres desde la igualdad formal, pero complementado con un tratamiento diferenciado (con acciones positivas) cuando, por razones biológicas o sociales relacionadas con el género, se requiere una distinción para ejercer los derechos y lograr una igualdad sustantiva.

La existencia de acciones positivas se sustenta en las ideas de Lagarde (2012), quien afirma que la igualdad esencialista de los derechos humanos entre hombres y mujeres, desconoce la desigualdad histórica y limita la igualdad real; por eso, hablar de igualdad sin buscarla realmente en los resultados, genera que las mujeres sean invisibles, no sean nombradas o no tengan derechos específicos. No es suficiente establecer legislaciones que promulguen la igualdad de género, sino que se deben dotar de acciones positivas que, de manera temporal, logren una verdadera reducción de la desigualdad y la discriminación.

Las políticas públicas abarcan uno o varios objetivos colectivos considerados como necesarios y deseables, acciones y medios necesarios para alcanzarlos por parte del organismo público y organizados coherentemente para cambiar el comportamiento de actores individuales o colectivos y dar solución a una situación percibida como insatisfactoria (Roth, 2002). Estas políticas pueden lograr la igualdad de género por medio de diferentes estrategias y atendiendo a los compromisos internacionales, muchos de ellos relacionados con el empoderamiento y autonomía de las mujeres en diferentes esferas de la vida.

El empoderamiento se refiere a la capacidad de agencia y de decisión de las mujeres sobre aspectos estratégicos de sus vidas, en los ámbitos político, social y económico (Calcagni y Cortínez, 2016; Denham y Kaberon, 2012; Kabeer, 2008). En los compromisos y consensos multilaterales, el empoderamiento abarca los poderes positivos que pueden desarrollar las mujeres para vivir y la autonomía que pueden construir y defender (Lagarde, 1998). Esta

autonomía se fundamenta filosóficamente en la libertad, establecida a partir de la experiencia de cada mujer y su ámbito de vida, y se debe trabajar desde la visibilización de la opresión de género (Lagarde, 1998). De esta manera, la defensa y garantía de los derechos específicos de las mujeres ha estado acorde al concepto de autonomía.

La desigualdad de género es estructural, está arraigada en las relaciones sociales y difundida por el patriarcado, el capitalismo y la globalización, por lo tanto, el logro de la igualdad no necesariamente viene de instituciones globales, sino que se debe impulsar desde ellas mismas, mediante la autoorganización (Federici, 2014). El logro de la igualdad de género requiere de condiciones materiales específicas y entornos favorables para que las mujeres generen capacidades propias, especialmente en los países latinoamericanos, que no siempre han favorecido su autonomía (Federici, 2014). Bajo estas mismas ideas, Segato (2018) argumenta que la autonomía de las mujeres proviene de la sociedad misma y no del Estado, sin embargo, propone llevar un camino de dos vías, dentro y fuera del Estado.

La autonomía política o en la toma de decisiones hace referencia a la presencia, participación plena y en igualdad de condiciones de las mujeres en los diferentes niveles del poder del Estado (Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, 2019). El empoderamiento político de las mujeres consta de cinco aspectos estratégicos, con el fin de avanzar hacia la democracia paritaria: 1) medidas afirmativas para promover la democracia paritaria; 2) inclusión de la perspectiva de género a nivel institucional y las políticas; 3) capacitación y generación de redes de mujeres para fortalecer su liderazgo; 4) promover la igualdad sustantiva en los partidos políticos y 5) eliminación de la discriminación y estereotipos sexistas en todos los ámbitos (ONU Mujeres, 2014). La autonomía política es un camino que les permite a las mujeres lograr la igualdad de género con sus propias capacidades y bajo sus propios intereses.

Este sustento teórico evidencia cómo la autonomía política de las mujeres se enmarca en las concepciones de género y la desigualdad histórica que han tenido; y, a su vez, permite evidenciar cómo desde la política pública se materializan los consensos internacionales para garantizar sus derechos. En consecuencia, este marco deja clara la importancia de verificar que los compromisos frente al empoderamiento y autonomía política de las mujeres en la Agenda Regional de Género se encuentren contemplados dentro de las políticas públicas formuladas en Colombia y Argentina.

2. RECORRIDO METODOLÓGICO

La investigación tuvo un *enfoque cualitativo*, en el que se priorizaron las descripciones, compromisos y comparaciones de política pública y el *estudio de caso múltiple*, fue el tipo de investigación por medio del cual se estudiaron un conjunto de unidades de análisis para examinar coincidencias o diferencias entre ellos (Ragin, 1992, 2011). También fue documental, de manera que se establecieron relaciones, diferencias, posturas, entre otros (Bernal, 2010). Esta investigación describe y evalúa –desde una perspectiva comparada– dos casos: las políticas públicas de igualdad de género de Colombia y Argentina, a partir de los documentos escritos donde se encuentran tanto las formulaciones como los acuerdos internacionales de derechos humanos.

Las políticas públicas de los dos países fueron elegidas teniendo en cuenta los siguientes criterios de inclusión: 1) Son herramientas formuladas como política pública para promover la igualdad y/o equidad de género entre hombres y mujeres; 2) Su formulación y aprobación se han hecho en los últimos 10 años; 3) Tienen alcance nacional; 4) Son instrumentos de planificación estratégica reconocidos por las Naciones Unidas; y 5) Poseen un plan de acción definido, con metas e indicadores.

En estos dos países se han desarrollado progresivamente marcos regulatorios para lograr la equidad e igualdad de género,

materializándolos en políticas públicas durante la última década. Por ejemplo, en diciembre de 2018, Argentina formuló el Plan de Igualdad de Oportunidades y Derechos (PIOD) y Colombia estableció la Política Pública Nacional de Equidad de Género (PPNEG), el cual reglamentó a través del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES Social 161) y del Decreto 1930 de 2013. Su vigencia inicial estuvo planteada para el periodo 2013–2016 y a la fecha no se ha emitido otra que la remplace.

Para el análisis de política pública se adoptó un enfoque normativo de la evaluación en el que dichas políticas son calificadas teniendo en cuenta los principios externos que el evaluador escoge con independencia (Guerrero, 1995; Meny y Thoenig, 1992). Los principios externos en esta investigación son los referentes a los derechos humanos que, en la Agenda Regional de Género, tanto Colombia como Argentina se han comprometido a garantizar referentes a la autonomía política de las mujeres en cada país.

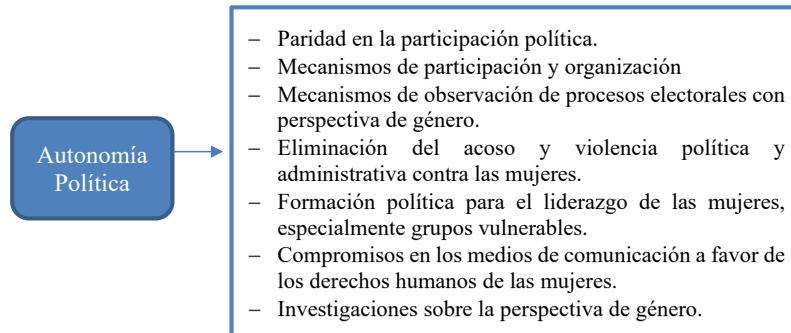
La utilización de los principios externos establece en la evaluación lo condenable o deseable de la política pública (Guerrero, 1995); esto se hace por medio de listas de chequeo, como lo realizaron Boix y Gimeno (2018) y que ahora se retoma dada su utilidad en la sistematización y racionalización del análisis comparativo.

En cuanto a las políticas públicas se utiliza el análisis de contenido, ya que su objetivo es describir y ofrecer una crítica a la política en particular de acuerdo con su desarrollo y fundamentos teóricos, de valores o jurídicos (Parsons, 2007) y aplica una evaluación normativa. En concreto, no se busca evaluar resultados o impactos de las políticas sino el diseño de las mismas, a partir del análisis del documento final aprobado por el gobierno central. En otras palabras, determinar cómo las políticas de igualdad o equidad de género de Argentina y Colombia en sus objetivos, metas y acciones cumplen con los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres en la esfera de la autonomía política.

Las categorías de análisis establecidas se fundamentan en los contenidos mínimos de derechos humanos respecto al empoderamiento político de la Agenda

Regional de Género (CEPAL, 2017; Naciones Unidas - CEPAL, 2013). Ver el siguiente cuadro 1.

Cuadro 1. Contenidos mínimos de derechos humanos para lograr la autonomía política de las mujeres.



Fuente: Consenso de Santo Domingo (2013) y Estrategia de Montevideo (2016).

3. RESULTADOS

3.1 Políticas públicas de igualdad de género en Argentina y Colombia, su arreglo a los estándares de derechos humanos en el ámbito político.

En los acuerdos internacionales se han establecido garantías a los derechos políticos de las mujeres. En la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) se reconoció su participación en políticas, su derecho al voto, el acceso a cargos públicos y la posibilidad de representar al gobierno en el plano internacional. Posteriormente en la Conferencia de Beijín (1995) se remarcó la igualdad y capacidad para acceder y participar en las estructuras de poder y toma de decisiones.

En la Agenda Regional de Género, el Consenso de Santo Domingo (2013) en su acuerdo F reconoce estos principios globales y los enmarca como apuestas

para la región frente a la paridad en la participación política, acceso a puestos de poder, apoyo a mecanismos de participación y observación política, promoción de espacios de comunicación, eliminación de la violencia y acoso, formación de liderazgo político e investigación en esta área con perspectiva de género. En la Estrategia de Montevideo (2016) se robustecen elementos transversales en el tema de autonomía política, haciendo énfasis en migración, conflictos y procesos de paz.

A continuación, se comparan y analizan siete contenidos mínimos identificados en la Agenda Regional de Género frente a la garantía de los derechos políticos de las mujeres en las dos políticas de igualdad de género de Colombia y Argentina.

3.1.1. Paridad en la participación política y acceso a puestos de poder.

Según la información de la presidencia de Argentina, frente a la paridad en la participación política y el acceso a puestos

de poder político, el PIOD tiene metas de empoderamiento de las mujeres de la administración pública nacional, paridad de género tanto en la vigilancia para la igualdad de oportunidades como en la conformación de comités y asociaciones (2017). Si bien existen la Ley 27.412 de Paridad de Género y la Ley 25.674 de Cupo Sindical que buscan representación igualitaria; no se mencionan acciones específicas para lograrlo.

Por su parte, la PPNEG de Colombia posee objetivos y metas frente a incluir la perspectiva de género en la política pública de participación ciudadana, seguimiento de los cargos ocupados por mujeres en el nivel directivo y promoción del cumplimiento de la Ley de Cuotas (Ley 581 de 2000), en la cual se asegura la participación de la mujer en niveles decisorios del poder público (CONPES, 2013).

Las políticas de género de estos dos países tienen en común el reconocimiento, monitoreo y promoción del cumplimiento de legislación de cupos y/o paridad de género a nivel de la administración pública. Como diferencias, el PIOD de Argentina posee acciones para procurar la igualdad de género limitadas al sector público, mientras que el PPNEG de Colombia incluye además objetivos de participación de las ciudadanas en la formulación de políticas públicas.

En cuanto a logros ya obtenidos frente a esta paridad de la participación política, en Argentina se ha logrado por ley que el 50% de las listas electorales sean conformadas por mujeres, mientras que en Colombia dicha paridad no se ha promovido, lo que limita que las acciones positivas que se planteen, no logren la igualdad *de facto* para las mujeres.

3.1.2 Apoyo a los mecanismos de participación y organización de movimientos de mujeres.

En la participación y organización de movimientos de mujeres, el PIOD de Argentina se propone elaborar una guía para la equidad de género en organizaciones sindicales y generar oportunidades para las

mujeres en el sector transporte (Presidencia de Argentina, 2017). Mientras tanto, la PPNEG de Colombia se plantea fortalecer redes y organizaciones de mujeres, mejorar su participación en corporaciones de elección popular y acompañar a los entes territoriales para mejorar la participación ciudadana de las mujeres en el ámbito local (CONPES, 2013).

Frente a los establecimientos de la Agenda Regional de Género, ninguna de las políticas analizadas menciona el apoyo a la participación del movimiento feminista, pero sí tienen metas de apoyo a la participación y organización de movimiento de mujeres. Particularmente, el PIOD de Argentina se enfoca en apoyar el movimiento sindical, mientras que la PPNEG tiene un sentido más general político y territorial a organizaciones y redes de mujeres. En resumen, ambas políticas están limitadas al no incluir algunos grupos de mujeres en sus metas, ya sea feministas, sindicalistas o población en general.

3.1.3 Fortalecimiento de mecanismos de observación de procesos electorales con perspectiva de género.

En los mecanismos de observación de procesos electorales, las políticas de Argentina y Colombia establecen la creación y/u operación de observatorios de la igualdad de género. En Argentina, el PIOD propone el Observatorio de Paridad de Género como una estrategia de protección de la autonomía política de las mujeres y el cumplimiento de la paridad de género (Presidencia de Argentina, 2017). En Colombia, la PPNEG refiere al Observatorio de Asuntos de Género como una estrategia de seguimiento de la equidad de la mujer en todas las áreas, incluso la política, por medio de estadísticas (CONPES, 2013).

Ambas políticas dan cumplimiento a lo predispuesto por la Agenda Regional de Género frente a los mecanismos de observación y acompañamiento a procesos electorales, como un camino para la garantía

de los derechos de representación política de las mujeres. No obstante, aún se deben establecer mecanismos que vayan más allá de la observación y que permitan la denuncia y restablecimiento de derechos.

3.1.4 Eliminación del acoso y violencia política y administrativa contra las mujeres.

En ninguna de las dos políticas analizadas existen acciones o metas específicas frente al acoso y violencia política y administrativa contra las mujeres. No obstante, en ambos países se tienen metas frente a los derechos físicos y al logro de una vida libre de violencia, con metas generales sobre la prevención y protección de la mujer. De manera indirecta Argentina y Colombia buscan garantizar en las mujeres el ejercicio político libre de violencia y el acoso en dicho ámbito.

Es importante resaltar que, en Argentina, después de la formulación del PIOD y sin tener una meta específica para ello, se modificó la Ley 26.485 para introducir la violencia política y pública-política dentro de los tipos de violencias contra las mujeres, por medio de la Ley 27533. Lo anterior implica que la planeación de la política no contempló un aspecto de la protección de derechos políticos de las mujeres que posteriormente se vio materializado por iniciativas diferentes a las propuestas en el PIOD.

3.1.5 Formación política para el liderazgo de las mujeres, especialmente de grupos vulnerables.

La Agenda Regional de Género ha planeado la formación política de mujeres, particularmente aquellas que pertenecen a grupos vulnerables, jóvenes, rurales, indígenas, afrodescendientes, LGBTI. En este aspecto, el PIOD de Argentina ha diseñado un programa de mentoría y empoderamiento para las mujeres del gobierno, sin extenderlo a toda la población nacional

(Presidencia de Argentina, 2017). Por su parte, la PPNEG de Colombia establece la formación de consejeras de cultura y lideresas en diferentes sectores sociales, el impulso de estrategias de capacitación en gestión pública, democracia y control social (CONPES, 2013).

Se identifica entonces que en el PIOD de Argentina la formación política es escasa para grupos vulnerables, mientras que la PPNEG de Colombia si tiene en cuenta estos grupos sociales. Por lo tanto, en Argentina las metas planteadas en este contenido mínimo no son suficientes para logra una igualdad real para todas las mujeres.

3.1.6 Promoción de espacios y compromisos a favor de los derechos de las mujeres en los medios de comunicación.

En la promoción de los derechos de las mujeres en los medios de comunicación y evitar la reproducción de estereotipos que van en contra de su dignidad, el PIOD de Argentina plantea acciones para una comunicación inclusiva a nivel gubernamental, la difusión de contenidos con enfoque de género y la eliminación de mensajes e imágenes que fomenten la explotación sexual. En Colombia, la PPNEG establece la visibilización de experiencias significativas de participación de las mujeres por medio de la creación de consejos de redacción en radio y desarrollo de contenidos con enfoque de género.

La promoción de compromiso y espacios en los medios de comunicación para divulgar el enfoque de género es parte de los objetivos de las dos políticas, lo cual permite paulatinamente generar acciones positivas para transformar creencias y valores culturales que generan discriminación contra las mujeres en ambos países.

3.1.7 Diseño y promoción de investigaciones sobre la perspectiva de género en espacios de comunicación social.

El PIOD de Argentina no establece acciones frente a la promoción de investigaciones sobre la igualdad de género en escenarios de comunicación social. Mientras tanto, la PPNEG de Colombia tiene objetivos referentes a la investigación, publicación y distribución de historias que hagan visibles a las mujeres y sus aportes a la construcción de nación, incluidas las vividas en el marco del conflicto armado. En Argentina está limitada la indagación sobre las experiencias, perspectivas o historias de igualdad de género en los diferentes medios de comunicación.

3.1.8 Algunos elementos del Compromiso de Santiago (2019).

En la XIV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe se generó el compromiso de Santiago, que se enfoca en la autonomía económica de las mujeres en tiempos cambiantes. Este compromiso fue un acuerdo posterior a la formulación de ambas políticas, se vislumbra que en el ámbito político se buscó una mayor

representación y protección de los derechos de las mujeres, especialmente quienes tienen discapacidad, y la participación efectiva y plena de las mujeres en procesos de paz.

En este sentido, el PIOD de Argentina no aborda ninguno de estos tópicos, mientras que el PPNEG de Colombia visibiliza a las mujeres que han estado o se han afectado por el conflicto armado, pero no hace explícita su participación activa ni expresa una garantía especial de derechos a las mujeres con discapacidad en los aspectos políticos. Pese a algunos acercamientos, el Compromiso de Santiago (2019) no se ha aplicado a ninguna de las políticas estudiadas.

3.2 Autonomía política de las mujeres en cifras

Las cifras de participación política de las mujeres en Argentina y Colombia permiten acercarse al estado actual del logro de la igualdad en el ámbito político o la toma de decisiones en posiciones de poder. La Tabla 1 resume algunas de las principales cifras y, en primer lugar, evidencia que la participación de las mujeres en gabinetes ministeriales fue paritaria en Colombia, con el 50%, mientras que en Argentina aún falta un camino por recorrer, con el 13.3%.

Tabla 1. Indicadores de igualdad de género respecto a la autonomía política de las mujeres en Argentina y Colombia, cifras disponibles entre 2013 y 2019.

Indicador	Argentina	Colombia
Participación de mujeres en gabinetes ministeriales, último período presidencial disponible (en porcentajes).	13.3	50.0
Mujeres electas en los parlamentos nacionales, 2019 (en porcentajes).	38.9	18.7
Mujeres en el máximo tribunal de justicia, último año disponible (2018 Arg. 2017 Col.) (en porcentajes).	20.0	13.0
Mujeres alcaldesas electas, último año disponible (2013 Arg. 2017 Col.) (en porcentajes).	12.1	10.2
Mujeres concejalas electas, 2018 (en porcentajes).	N.D	17.6
Nivel jerárquico de los Mecanismos para el Adelanto de la Mujer (MAM) (Por nivel de jerarquía, en porcentajes).	Alto	Medio

Nota: Los datos corresponden a las cifras más actualizadas disponibles, según las fechas de cambio de gobierno y distribución de carteras ministeriales.

Fuente: Cepalstat (2020).

Por otro lado, se identifica que, en los parlamentos nacionales, Argentina está más cerca de lograr paridad de género, puesto que el 38.9% de los puestos de este órgano de poder está ocupado por mujeres. Dicho porcentaje es del 18.7% para Colombia, lo que permite deducir que en este país las mujeres tienen menor autonomía política, debido a que, pese a que la mitad de los ministerios están ocupados por mujeres, ellas solo ejecutan las legislaciones que se dictaminan desde los parlamentos, donde sólo una quinta parte de ellas participa en la creación y modificación de leyes. De manera análoga, en Argentina existe una mayor proporción de mujeres que participan en las decisiones legislativas y una menor proporción ejecutándolas en posiciones ministeriales.

La paridad está más lejos de lograrse en los tribunales de justicia de ambos países, puesto que en Argentina el 20% de los cargos de este órgano judicial están ocupados por mujeres y en Colombia el 13%. De manera similar, solo el 12.1% de las mujeres en Argentina han sido electas como alcaldesas, cifra que en Colombia es del 10.2%. Todas estas cifras muestran que en ambos países las mujeres tienen poca participación en las tres ramas del poder, tanto a nivel nacional, como local.

Finalmente, los Mecanismos para el Adelanto de la Mujer (MAM) es un indicador cualitativo de la importancia y jerarquía dada a los mecanismos institucionales encargados de dirigir y coordinar las políticas de igualdad de género en cada país. En Argentina los MAM están en un nivel alto porque tienen un rango institucional de ministerio y su titular tiene plena participación en el gabinete. En Colombia los MAM tienen un nivel medio, lo que significa que estos mecanismos no tienen un grado ministerial y dependen de la presidencia, sin participación en el gabinete. En este sentido, existe una institucionalidad política más fuerte en Argentina que en Colombia para la garantía de igualdad de género para la mujer.

CONCLUSIONES

Las políticas públicas de igualdad de género de Colombia y Argentina dan cumplimiento a la mayoría de los contenidos mínimos de derechos humanos de las mujeres en la esfera política. Ambas políticas tienen acciones positivas para el monitoreo, protección y promoción de la igualdad de la mujer en la política. Argentina tiene un mayor logro legislativo frente a la paridad de la participación de la mujer en puestos de poder y la eliminación de la violencia política. Mientras tanto, Colombia es más fuerte en su enfoque de política con grupos de mujeres vulnerables, formación política e investigación en temas de género.

Las cifras de desigualdad política en Argentina y Colombia muestran que la participación y acceso de las mujeres a puestos de poder aún está lejos de la paridad en los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales; tanto a nivel nacional como regional. Comparativamente, Argentina posee mayor proporción de mujeres tomando decisiones en los órganos legislativos y tiene mecanismos de adelanto de la mujer con mayor poder de decisión a nivel ministerial, mientras que Colombia más alta proporción de mujeres tomando decisiones en los órganos ejecutivos.

La ausencia de las mujeres en el poder se tomó por mucho tiempo como un hecho natural, pero en los últimos años ha sido más visible en los medios de comunicación la falta de mujeres en los gabinetes de gobierno y se ha mejorado la calidad de la información sobre su escasa participación política. Pese a este reconocimiento, aún existen resistencias y obstáculos que se deben eliminar para que exista igualdad de género en los derechos políticos, por ejemplo, los patrones culturales discriminatorios, desigualdad en la responsabilidad del cuidado, cultura del privilegio, concentración del poder y relaciones de jerarquía. Todos estos obstáculos se deben eliminar para que los preceptos establecidos en las políticas de igualdad de género permitan una paridad en la participación política de las mujeres.

Se deben revisar las nuevas formulaciones de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe con el fin de ir incluyendo nuevas transversalidades, enfoques y problemáticas a las formulaciones de políticas de igualdad de género en los

países estudiados y Latinoamérica. A su vez, el seguimiento a la implementación de dichas políticas también es recomendable hacerse teniendo en cuenta los contenidos mínimos de derechos a los que se han comprometido los países con la Agenda Regional de Género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación: Administración, Economía, Humanidades y Ciencias Sociales* (3a ed.). Pearson Educación.
- » Boix, A., & Gimeno, C. (2018). La mejora y evaluación de la calidad normativa. En J. Romero, *Evaluación de políticas públicas en la Comunidad Valenciana y propuestas de mejora*. Universitat de València. <https://avap.es/wp-content/uploads/2018/07/Evaluacion-politicas-publicas-comunidad-valenciana-y-propuestas-mejora2.pdf>
- » Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan*. Paidós.
- » Calcagni, M., & Cortínez, V. (2016). *Territorios, empoderamiento y autonomía económica: Diversas trayectorias para avanzar en equidad de género en Chile*. Grupo de Trabajo Inclusión Social y Desarrollo - Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural.
- » Canto Chac, M. (2010). Políticas públicas y derechos humanos. En A. Estévez & D. Vázquez (Eds.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales: Una perspectiva multidisciplinaria* (1. ed). FLACSO México: UNAM, CISAN. <http://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2012/08/La-antropologia-frente-a-los-DH.pdf>
- » CEPAL (Ed.). (2014). *Pactos para la igualdad: Hacia un futuro sostenible; trigésimo quinto período de sesiones de la CEPAL; Lima, 5 a 9 de mayo 2014*. Naciones Unidas, CEPAL.
- » CEPAL. (2016). *Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40633/4/S1601248_es.pdf
- » CEPAL (Ed.). (2018). *La ineficiencia de la desigualdad. Síntesis; trigésimo séptimo período de sesiones de la CEPAL; La Habana, 7 a 11 de mayo 2014*. Naciones Unidas, CEPAL.
- » CEPAL. (2019). *La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- » CEPALSTAT. (2020). *Estadísticas e indicadores de género*. CEPAL. https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/estadisticasIndicadores.asp
- » CONPES. (2013). *CONPES 161. Equidad de género para las Mujeres*. Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- » Denham, J., & Kaberon, R. (2012). Culture Is King: How Culture Contributes to Innovation: Culture is King. *Journal of Product Innovation Management*, 29(3), 358-360. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5885.2012.00908.x>
- » Federici, S. (2014). *La inacabada revolución feminista: Mujeres, reproducción social y lucha por la común*.

- » Gamba, S. (2008). ¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género? *Mujeres en Red. Periódico feminista*. <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1395>
- » Guerrero, J. (1995). La evaluación de políticas públicas: Enfoques teóricos y realidades en nueve países desarrollados. *Gestión y Política Pública*, 4(1), 47-115.
- » Kabeer, N. (2008). *Paid work, women's empowerment and gender justice: Critical pathways of social change*. Institute of Development Studies. <http://www.pathwaysofempowerment.org/>
- » Lagarde, M. (2012). *El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*. Instituto de las Mujeres de la Ciudad de México. <http://www.mujiresenred.net/IMG/pdf/ElFeminismoenmiVida.pdf>
- » Lagarde, M. (1998). *Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres*. Puntos de Encuentro. https://www.caladona.org/grups/uploads/2013/04/claves-feministaspara-el-poderio-y-autonomia_mlagarde.pdf
- » Meny, I., & Thoenig, J.-C. (1992). *Las políticas públicas*. Ariel.
- » Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. (2019). *Autonomías* [Text]. Observatorio de Igualdad de Género. <https://oig.cepal.org/es/autonomias>
- » ONU Mujeres. (2014). *Guía estratégica. Empoderamiento político de las mujeres: Un marco para una acción estratégica*. Oficina Regional para las Américas y el Caribe.
- » Parsons, W. (2007). *Políticas públicas: Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas* (A. Acevedo, Trad.). FLACSO, Sede Académica de México.
- » Presidencia de Argentina. (2017). *Plan de Igualdad de Oportunidades y Derechos*. Instituto Nacional de las Mujeres de Argentina.
- » Ragin, C. (2011). *Constructing social research: The unity and diversity of method*. SAGE Publications.
- » Ragin, C. (1992). Introduction: Case of "What is a case? En: C. Ragin & H. Becker (Eds.), *What is a Case? Exploring the Foundations of Social Inquiry* (pp. 1-17). Cambridge University Press.
- » Rodríguez, I. (2006). Sobre el término género. En M. Carballo de la Riva (Ed.), *Género y desarrollo: El camino hacia la equidad* (pp. 31-54). Catarata.
- » Roth, A.-N. (2002). *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora.
- » Segato, R. L. (2016). *La guerra contra las mujeres* (Primera edición). Traficantes de Sueños.
- » UNESCO. (2014). *Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo. Manual metodológico*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf
- » World Economic Forum. (2019). *Global gender gap report 2020 insight report*. World Economic Forum.

Contribución al estudio del concepto: delincuente de cuello blanco o *White collar crime*

*Contribution to Study of the Concept, White Collar or White
collar crime*

Autor: Carlos Alberto Botero Chica

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15410>

Para citar este artículo:

Botero Chica, C. (2022). Contribución al estudio del concepto: delincuente de
cuello blanco o *White collar crime*. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 47-67.



CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL CONCEPTO: DELINCUENTE DE CUELLO BLANCO O *WHITE COLLAR CRIME*

Contribution to Study of the Concept, White Collar or White collar crime

Carlos Alberto Botero Chica

Doctor en Ciencias Pedagógicas por la Universidad Pinar del Río, de ciudad Pinar del Río, Cuba. Especialista en Administración de Empresas de Escuela de Administración de Empresas Barcelona España. Especialista en Economía de la Empresa en Barcelona, España, Economista industrial por la Universidad de Medellín, Colombia.
Código ORCID: 0000-0002-7474-514
cabotero78@hotmail.com

Recepción: Mayo 5 de 2022

Aceptación: Junio 11 de 2022

RESUMEN

El objetivo general del presente artículo es hacer una contribución al estudio del concepto: delito de cuello blanco, destacando la incorporación de una nueva terminología, que genera aportes a la teoría de la delincuencia no convencional. Es una investigación básica, que posee una metodología de tipo cualitativo, sustentada en el estudio de casos, sobre delincuentes de cuello blanco, con visión holística y transdisciplinar; que se adapta al entorno del mundo actual, apoyada en algunas disciplinas del saber que se articulan a la criminología, como rama del derecho para enriquecer su conocimiento.

PALABRAS CLAVES

Criminología; delincuencia;
derecho; química; terminología.

ABSTRACT

This article establishes as a general objective make a contribution to the study of the concept: "white collar crime", highlighting the incorporation of a new terminology, which generates theoretical contributions to the theory of unconventional crime. It is a basic research, which has a qualitative methodology, based on the study of cases, on white collar criminals, with a holistic and transdisciplinary vision, which adapts to the current world environment, supported by some disciplines of knowledge that are articulated to criminology, as a branch of law to enrich their knowledge.

KEYWORDS

Criminology; Chemistry; Delinquency; Law; Terminology.

* Artículo de reflexión

INTRODUCCIÓN

Investigadores pertenecientes al grupo de la Escuela de Chicago plantearon por primera vez la existencia de un nuevo tipo de conducta delictiva que la denominaron delincuencia económica o no convencional. Han pasado 85 años desde que Edwin Sutherland publicó el libro denominado *Ladrones profesionales* (1937); luego, lanzaría otro, en la Universidad de Indiana, titulado: *Los delincuentes de cuello blanco* (1949).

En ambos libros se revelan una serie de violaciones a la ley cometidas por personas de clase alta que pertenecían a corporaciones y empresas privadas y concuerdan con estudios y postulados de la teoría positivista que estaba en auge sobre conductas delictivas. Según indica Cámara los postulados de Sutherland son perfectamente compatibles con la epistemología de la Criminología positiva clásica (2020, p. 5).

Con base en hallazgos de evasiones fiscales, delito cometido por contadores con la anuencia de empresarios pertenecientes a clases altas, lanza el término *delincuente de cuello blanco*. Afirma Portilla de Edwin Hardin Sutherland, sociólogo de la Universidad de Chicago, acuñó el concepto del delincuente de cuello blanco, desafiando creencias de que un aristócrata no quebrantaba la ley. Para el FBI, estos delincuentes engañan y no usan fuerza (2021, p. 1).

Las investigaciones de Sutherland provienen de una serie de denuncias que había empezado a documentar desde 1928, sobre evasiones de impuestos al estado. Para Sutherland, la delincuencia económica era diferente de la convencional, las personas que cometían los delitos denominados de cuello blanco, lo hacían sin agresión y violencia. Pertenecían a clases altas y el dinero robado era por cuantiosas sumas comparadas con las de los pillos convencionales. Al respecto, explica Rosado en el delito de cuello blanco, el sujeto activo que comete una transgresión de ley es una persona respetable y de estatus social alto (2022, p. 4).

Las evasiones fiscales –motivo de preocupación de Sutherland– empezaron a denunciarse en la década de 1930, coincidiendo con una de las peores crisis del capitalismo. El capitalismo mundial ha pasado por varias etapas: se aplicaron modelos keynesianos para superar la crisis y en la década de los cincuenta del siglo pasado, se montaron modelos de desarrollo paternalistas para superar la destrucción ocasionada por la Segunda Guerra Mundial. Ya en los sesenta se consolidaron empresas transnacionales y grandes conglomerados.

A finales de los ochenta surgió el intervencionismo y el nuevo orden económico mundial de la globalización. Con el advenimiento del siglo XXI se originaron otros esquemas productivos, dando lugar al inicio de modalidades de corrupción de delincuentes de cuello blanco que es necesario estudiar y tipificar. Corporaciones financieras, conglomerados y empresas extractivas de recursos naturales –con el afán de obtener contratos– sobornan gobiernos y funcionarios públicos. Se ha vuelto frecuente que los ciudadanos también se convierten en víctimas de defraudaciones de bancos y firmas de inversiones que se declaran en quiebra.

Esta investigación se estructura en cuatro secciones. La primera contiene la introducción, problemática y metodología utilizadas; la segunda, está direccionada a los fundamentos teóricos que describen las ciencias, relaciones, principios y las bases teóricas utilizadas; la tercera, se enfoca en el análisis de resultados y, en la cuarta, se expone una propuesta que contiene –como aporte teórico– cuatro nuevos términos que enriquecen la teoría del delincuente no convencional, lo que finalmente da lugar a las conclusiones y la discusión presentada.

El aporte teórico expuesto se justifica por la contribución teórica de la nueva terminología que incorpora al concepto de: delito de cuello blanco o *White collar crime*, objeto de esta investigación permitiendo complementar y enriquecer el concepto expuesto por Sutherland, dando la posibilidad de adaptarla a conceptos

asociados con delitos de cuello blanco que han venido surgiendo con el fenómeno de la globalización. Para López la terminología es una disciplina que se dedica a la recopilación, descripción y presentación de los campos de la especialidad (2018, p. 1).

Método

La búsqueda de información bibliográfica se consultó en diferentes bases de datos que contienen bibliografía científica; Scielo, Redalyc y Dialnet y las palabras clave se validaron con el (Tesoro de la Unesco, 2022).

Siguiendo la explicación de Hurtado (2020, p. 106) la investigación documental es el proceso que, mediante la aplicación de métodos científicos, procura obtener información relevante, fidedigna e imparcial, para extender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento. La búsqueda bibliográfica se enfocó en consultar: organismos internacionales y de gobierno, como: transparencia internacional, Banco Mundial e Infolfalt, revistas científico-técnicas indexadas publicadas por universidades, libros, tesis de grado, portales de organizaciones no gubernamentales y cuerpos colegiados dedicados a la anticorrupción.

Para verificar la existencia del concepto: delincuente de cuello blanco, se consultaron páginas web donde aparecieron artículos indexados, libros académicos y en otros; lo cual permitió evidenciar que el término está acuñado y es utilizado en forma frecuente.

Con base en lo expresado por Kanaves la investigación básica busca ampliar el conocimiento teórico y general, mientras que la investigación aplicada se propone, sobre todo, entregar soluciones que impacten a la sociedad. La contribución expuesta es el resultado de una investigación básica, en donde uno de sus propósitos se enfoca en la búsqueda de terminología asociada al concepto objeto de investigación que contribuya a enriquecer el conocimiento teórico (2020, p. 7).

El método utilizado es de tipo cualitativo, basado en la selección de casos y su propósito es analizar la terminología asociada al concepto de estudio. Como afirman Piza, Amaiquema y Beltrán, los métodos cualitativos de investigación están compuestos por un grupo de técnicas que utilizan una variedad de herramientas para recopilar datos y construir una teoría fundamentada (2019, p. 8).

Los nuevos términos aportados, al ser analizados en forma independiente, están íntimamente relacionados con el todo, en lo particular al concepto delincuente blanco. Siguiendo a Nivelá y otros, desde la hología y la holopraxis se considera que está basado en un enfoque mixto con principios de comprensión de la realidad considerados por la visión holística, favoreciendo una integración perfecta (2020, p. 420).

Desde lo instrumental, se utilizó la metodología de caso, la cual es utilizada en ciencias sociales y en áreas del conocimiento como el derecho, la educación, la psicología, estudios de familia y fortalecimiento de teorías existentes. Al respecto, Carazo explica que el método de estudio de caso es una estrategia metodológica de investigación científica útil en la generación de resultados que posibilitan el fortalecimiento, crecimiento y desarrollo de las teorías existentes o el surgimiento de nuevos paradigmas científicos; por lo tanto, contribuye al desarrollo de un campo científico determinado (2006, p.189).

En esta investigación se analizaron 66 casos: para la terminología existente relacionada con la teoría de criminal de cuello blanco o *White collar crime*. Se seleccionaron 34 casos y para la propuesta se presentan como evidencia 32.

Esta metodología se basó en los cinco componentes propuestos por Yin: 1. pregunta de estudio, 2. proposiciones, si hubieran, 3. unidad(es) de análisis, 4. la lógica que se une los datos a las proposiciones, y 5. criterio por interpretar los resultados (1989, p. 14).

Utilizando el método inductivo se estructuraron algunas preguntas que permitieron guiar la investigación y enriquecer el conocimiento sobre el concepto de delincuente de cuello blanco. ¿Cuándo surgió el concepto? ¿Quién lo acuñó? ¿Cuál fue la motivación para proponerlo? ¿Cuáles otros conceptos que se utilizan están asociados al mismo? ¿Por qué justifica proponer otros? ¿Cuál es el objetivo de la investigación? ¿Qué tipo de aporte persigue la investigación? Según lo planteado por García (2020, p.10) el método inductivo es el razonamiento que, partiendo de casos particulares, se eleva a conocimientos generales. Este método permite la formulación de hipótesis, investigación de leyes científicas y las demostraciones.

Para hacer esta documentación se seleccionaron como variables: Caso, Nombre del condenado, Nacionalidad, Delito cometido, Fecha, El autor que acuñó el término de la denominación de la tipología del delincuente y el cómo catalogarlos con base en los delitos y se articuló al análisis del concepto de delincuente de cuello blanco. Una vez, recolectada, procesada e interpretada la información obtenida, se procedió al análisis de resultados.

Retomando, el objetivo general de esta investigación es contribuir al estudio del concepto de delito de cuello blanco y consultar la terminología existente relacionada con el término delito de cuello blanco desde los rasgos y características con el fin de proponer aportes teóricos que permitan complementar el conocimiento de la teoría del delincuente no convencional, planteando una propuesta que incorpore algunos nuevos términos que estén en armonía con el mundo actual.

Acervo teórico

Los conceptos que hacen parte de la fundamentación teórica están relacionados con el de delincuente de cuello blanco o *White Collar Crime*, para lo cual se consultaron categorías de varias disciplinas del conocimiento: Derecho, economía, psicología, química y criminología, lo que

otorga a esta investigación la característica de interdisciplinariedad. De acuerdo con Bolio, la transdisciplinariedad es complementaria al enfoque disciplinario; hace emerger de la confrontación de las disciplinas nuevos datos que las articulan entre sí y da una nueva visión de la naturaleza y de la realidad (2019, p. 6).

Una rama del derecho es la criminología, por su carácter interdisciplinario, se apoya en la comunicación iconolingüística, la cual estuvo presente en la teoría del derecho positivista anglosajón desde finales del siglo XIX. Ya en la década de los treinta, Edwin Sutherland utilizó los colores blanco y azul para exponer su teoría de la delincuencia no convencional del delito e introdujo los conceptos de cuello blanco y azul. Según Vilorio, los colores se pueden integrar de forma ordenada y coherente en códigos de comunicación y pensamiento de manera que automáticamente se asigne un significado concreto a estos sin la necesidad de una explicación detallada (2020, p. 2).

Después de 2015 es frecuente escuchar el término criminología verde en los estrados judiciales de algunos países latinoamericanos, donde se ha condenado a delincuentes por delitos contra el medio ambiente. Con base en la afirmación de Jarque se puede definir como criminología verde a la rama de la criminología que involucra el estudio de daños y delitos contra el medio ambiente ampliamente concebido y que incluye el estudio del derecho, la política y la justicia ambiental desde una perspectiva criminológica (2020. p. 77).

Otros autores han introducido el concepto de cromática criminológica, retomando colores, una rama de la química, para describir conceptos. Siguiendo el planteamiento de López de Arcaute, Aitor y Ranilla, consiste en atribuir un significado en colores a los diferentes componentes del entramado criminológico; en un intento de aproximar el lenguaje icónico del color a este campo de conocimiento (2012, p. 22); esto significa que la cromática como rama de la química, ha venido haciendo aportes a la criminología.

El principio que rige esta investigación es la complementariedad, en concordancia con el propósito de agregar algunos términos a los ya existentes, en torno al concepto de delincuente de cuello blanco con la finalidad de complementar e enriquecer el concepto de la teoría de la delincuencia no convencional. Según señalan Achig y Ricardo la complementariedad es un principio de inclusión de opuestos para formar un todo integral. Se incluyen a los opuestos que son complementarios y que no son contrapuestos ni mutuamente excluyentes (2020, p. 2).

Delincuente de cuello blanco o *White collar crime* son aquellas personas que aprovechándose de los altos cargos que ocupan cometen ilícitos como desfalcos, sobornos, desvíos de dinero en beneficio propio. Como declara Pérez, el delito de cuello blanco se puede definir, como aquel cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación. (...) Lo significativo del delito de cuello blanco es que no está asociado con la pobreza o con las patologías sociales y personales que acompañan la pobreza (2020, p. 20).

El término delincuente de cuello azul fue acuñado por Sutherland y surge en la década de los treinta. Sutherland acuña el término *White collar crime* para referirse a ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional (Saccani, 2022 p. 1).

En las primeras décadas del siglo XX, los obreros usaron como uniforme, overoles azules y se les denominaba, trabajadores de cuello azul para diferenciarlos de los empleados de cuello blanco que utilizaban corbatas y camisas blancas. Los obreros han sido considerados de clase baja y los empleados como clase media. Reurink cita a Sutherland para indicar que usó el término cuello blanco como una metáfora para distinguir el estatus ocupacional de aquellos que estaban empleados en edificios de oficinas, especialmente a los gerentes y ejecutivos, de quienes laboraban en las fábricas o de otros empleados de cuello azul (1989, p. 5).

Se debe a Sutherland el término crímenes de cuello azul y no tiene una clasificación legal. En una reseña citada por Anzit manifiesta que Sutherland contempla también una delincuencia ligada a una actividad profesional, la delincuencia de cuello azul, cuyos autores no siempre pertenecen a los estratos sociales privilegiados (2020, p. 2). Dentro de estas actividades delictivas se incluye, entre otras, la de los profesionales liberales. Allí incluyó: médicos, arquitectos, contadores ingenieros y administradores corruptos.

El término delincuente de Cuello Rosa o *Pink collar crime* fue acuñado por Kathleen Daly en Australia en 1989, se refiere a aquellas defraudaciones o malversaciones cometidas por mujeres, una de las causas de esta conducta se debe a la marginalidad de la mujer. También considera que la marginalidad ocupacional, no la movilidad, explica mejor la forma delincencial de cuello blanco de las mujeres (1989, p. 769). Gottschalk cita a Daly para expresar que una delincente de cuello rosa es una delincente de cuello blanco que abusa de su posición profesional para cometer y ocultar delitos financieros que pueden beneficiarla a ella o a la empresa. En relación con esto Cordón argumenta que el color rosa es un distintivo femenino, los delitos de mujeres se denuncian en periódicos o crónicas rosa, dedicadas a las mujeres (2017, p. 71).

El primero en acuñar el término, delincuente de cuello rojo o *Red collar crime* fue Fran Perri. Los delincentes de cuello blanco, en algunos casos se tornan violentos cuando son acusados, se sienten perseguidos, se ven acorralados o sienten que serán capturados; e, incluso, asesinan o mandan a matar para no ser delatados. En algunos casos cuando en la familia se descubre a otro familiar cometiendo fraude, este último manda a matar, a quien lo descubre. Sobre el particular Perri afirma que el crimen de cuello rojo no solo impregna el ámbito laboral sino también lugares inesperados como la familia (2016, p. 62). Perri en una entrevista manifestó que el término delincuente de cuello rojo lo acuñó cuando le correspondió llevar un caso de malversación, en 2005,

como consecuencia del cual, un vendedor – su cliente– terminó condenado por destrozarse el cráneo de un compañero con un martillo de carpintero. Este hecho sucedió porque el vendedor temió ser delatado (2022, p.3).

Michael J. Lynch definió delincuente de cuello verde o *Green collar crime* como los delitos contra el medio ambiente (2015, p.129). Rodríguez, citando a South, dice que la criminología verde se usó por primera vez a partir de que Lynch publicó el libro: El enverdecimiento de la criminología: una perspectiva de 1990. El término se popularizó después del 18 de abril de 2013, cuando un tribunal en el Reino Unido condenó a Ian David Macdonald y David John Downes, por una estafa de 9 millones de dólares en un caso de medio ambiente. El Lisa Institute, por su parte, afirma que el delito verde se refiere a los cometidos contra el medio ambiente y la *criminología verde* estudia todo lo relacionado con este tipo de delitos (2021, p. 1).

De otra parte, el término delincuente de cuello negro o *Black color crime* se hizo famoso por las denuncias de abusos sexuales contra la iglesia en Estados Unidos, haciendo alusión al color negro de las sotanas que usan

los sacerdotes; incluso, algunos diccionarios lo han incorporado, por ejemplo, el Diccionario Urbano lo define como los delitos cometidos por líderes religiosos miembros del clero (2022, p. 1).

El director de comunicaciones de Transparencia Frank Vogl Internacional se ha referido al concepto cleptócrata como a un funcionario del sector público que abusando del poder y atribuciones de su cargo defrauda al erario para beneficio propio buscando enriquecerse (Vogl, 2021, p. 1). Algunos diccionarios electrónicos aluden al término como: un gobierno cuyos líderes corruptos (cleptócratas) usan el poder político para apropiarse de la riqueza de su nación, por lo general mediante la malversación o la apropiación indebida de fondos del gobierno a expensas de la población en general (Hmong.es, wiki 2022, p. 1).

Recapitulando, en la Tabla 1 se presentan siete (7) términos que suelen utilizarse: delincuente de cuello blanco y azul –pertenecientes a la teoría del delito no convencional, descrita por Edwin Sutherland– y delincuente de cuello blanco, azul, rosa, rojo, verde, negro y el cleptócrata.

Tabla 1. Términos y autores sobre el concepto delincuente de cuello blanco o *White Collar Crime* antes de la propuesta de esta investigación.

Terminología	Autor	Año de creación
Delincuente de cuello blanco o <i>White collar</i>	Edwin Sutherland	1937
Delincuente de cuello azul o <i>Blue collar</i>	Edwin Sutherland	1937
Delincuente de cuello rosa o <i>Pink collar</i>	Katleen Daly	1989
Delincuente de cuello verde o <i>Green collar</i>	M. J. Linch	1990
Cleptócrata	Frank Vogh	2015
Delincuente de cuello rojo o <i>Red collar</i>	Fran Perri	2016
Delincuente de cuello negro o <i>Black collar</i>	n/r	n/r

Fuente: Elaboración propia.

El término delincuente de cuello negro o *Black collar* que se muestra en la tabla anterior (N/R no registra autor).

Análisis de resultados

En las tablas 2 a 6 se presentan 34 casos de delincuentes no convencionales clasificados así: de cuello blanco 10, de cuello rosa 8, de cuello verde 6 y cleptócratas 10.

En la tabla 2, se presentan diez (10) casos de delincuentes de cuello blanco o *White collar crime*.

Tabla 2. Diez (10) casos de delincuentes de cuello blanco latinoamericanos vinculados a los sectores público y privados

Nombre	Pais	Cargo	Delito
Carlos Menen	Argentina	Presidente	Extrasueldos a Ministros
Marcelo Odebrechth	Brasil	Ejecutivo	Sobornos a funcionarios públicos
Samuel Moreno Rojas	Colombia	Alcalde	Contratación indebida
Armengol Ceballos Díaz	Ecuador	Ejecutivo	Pago de sobornos
Elías Antonio Sacas	El Salvador	Presidente	Lavado de Activos
Álvaro Cobar Bustamante	Guatemala	Banquero	Lavado de dinero
Raúl Salinas de Gortari	México	Asesor Presidencial	Lavado de activos
Matías Krull	Panamá	Banquero	Lavado de dinero
Alberto Fujimori	Perú	Presidente	Lavado de activos
Jorge Peirano Facio	Uruguay	Banquero	Lavado de activos y fraude

Fuente: Elaboración propia.

En la Tabla 3 se muestran diez (10) casos de delincuentes de cuello blanco o *White collar crime*, que se muestran en la Tabla 2 y según la clasificación de Edwin Sutherland todos serían delincuentes de cuello blanco.

Tabla 3. Diez (10) casos de delincuentes de cuello blanco latinoamericanos según la clasificación de Edwin Sutherland.

Nombre	Pais	Cargo	Denominación de la tipología del Delincuente
Carlos Menen	Argentina	Presidente	Delincuente de cuello blanco
Marcelo Odebrechth	Brasil	Ejecutivo	Delincuente de cuello blanco
Samuel Moreno Rojas	Colombia	Alcalde	Delincuente de cuello blanco
Armengol Ceballos Díaz	Ecuador	Ejecutivo	Delincuente de cuello blanco
Elías Antonio Sacas	El Salvador	Presidente	Delincuente de cuello blanco
Álvaro Cobar Bustamante	Guatemala	Banquero	Delincuente de cuello blanco
Raúl Salinas de Gortari	México	Asesor Presidencial	Delincuente de cuello blanco
Matías Krull	Panamá	Banquero	Delincuente de cuello blanco
Alberto Fujimori	Perú	Presidente	Delincuente de cuello blanco
Jorge Peirano Facio	Uruguay	Banquero	Delincuente de cuello blanco

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Estas personas fueron condenadas a pagar penas por cortes y jueces.

En la Tabla 4 se relacionan (8) casos de delincuentes de cuello rosa o *Pink collar crime* referente a mujeres que cometieron delitos de estafa o defraudación en algunos países latinoamericanos, según la clasificación de Katleen Daly.

Tabla 4. Ocho 8 Casos de delincuentes de cuello rosa o Pink Color Crime latinoamericanos según la clasificación de Katleen Daly .

Nombre	Pais	Cargo	Denominación de la Tipología del Delincuente
Amparo Rodríguez Cardona	Colombia	Falsedad de documento en 2020	Delincuente de cuello rosa
Liliana Campos	Colombia	Proxenetismo y explotación sexual	Delincuente de cuello rosa
Jaller Jabboul	Colombia	Estafa en 2019	Delincuente de cuello rosa
Yeny Idali Ríos Delgado	Colombia	Estafa y falsedad en documento 2021	Delincuente de cuello rosa
Erica Soto Navarro	Costa Rica	Defraudación fiscal	Delincuente de cuello rosa
Marllory Chacón	Guatemala	Narcotraficante, gerente logística	Delincuente de cuello rosa
Enedina Arellano Félix	México	Narcotraficante, gerente financiera	Delincuente de cuello rosa
Tonya Xiomara	Panamá	Explotadora sexual	Delincuente de cuello rosa

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Estas personas fueron condenadas por cortes y jueces, a pagar penas.

En la Tabla 5 se presentan (6) casos de delincuentes de cuello verde o *Green collar crime* de delincuentes que atentaron contra el medio ambiente en bosques de algunos países latinoamericanos.

Tabla 5. Seis (6) casos de delincuentes de cuello verde o *Green collar crime*, latinoamericanos según la clasificación de Michel J Linch.

Nombre	Pais	Año	Denominación de la Tipología del Delincuente
Ramiro Remoroni	Argentina	Mató puma en 2018	Delincuente de cuello verde
Luis Miguel Gómez	Colombia	Mato oso en 2016	Delincuente de cuello verde
Isaac Miguel Bedoya Guevara	Colombia	Traficante de osos 2015	Delincuente de cuello verde
Li Mi Jing	Bolivia	Traficante de colmillos de jaguar 2018	Delincuente de cuello verde
Campesino en Azuay (No registra nombre)	Ecuador	Mató cóndor en 2014	Delincuente de cuello verde
Luis Alfredo O.	Ecuador	Mató jaguar en 2015	Delincuente de cuello verde

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Estas personas fueron condenadas por cortes y jueces a pagar penas por corrupción

En la Tabla 6 se muestran diez (10) casos, algunos de estos, son delincuentes de cuello blanco o *White collar crime*, presentados en las tablas 2 y 3 bajo la clasificación de Edwin Sutherland. Al clasificarlos con la terminología de Frank Vogl, los funcionarios públicos corruptos serían catalogados como cleptócratas, término adecuado para la realidad que vive Latinoamérica hoy.

Tabla 6. Diez (10) casos de delincuentes de cuello blanco latinoamericanos según la clasificación del Frank Vogl.

Nombre	País	Cargo	Denominación de la Tipología del Delincuente
Carlos Menen	Argentina	Presidente	Cleptócratas
Raúl Salinas de Gortari	México	Asesor presidencial	Cleptócratas
Alberto Fujimori	Perú	Presidente	Cleptócratas
Elías Antonio Sacas	El Salvador	Presidente	Cleptócratas
Samuel Moreno Rojas	Colombia	Alcalde	Cleptócratas
Iván Moreno Rojas	Colombia	Senador	Cleptócratas
Elmer Cáceres Ilica	Perú	Gobernador Arequipa	Cleptócratas
Marcelo Córdoba Rosario	Perú	Senador	Cleptócratas
Alejandro Toledo	Perú	Presidente	Cleptócratas
Ernesto Pérez Balladares	Panamá	Presidente	Cleptócratas

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Estas personas fueron condenadas por cortes y jueces, a pagar penas.

La propuesta: origen e incorporación de los cuatro nuevos términos a la terminología existente

La propuesta expuesta es teórica y complementa el concepto del delincuente de cuello blanco, el cual hace parte de la teoría de delincuente no convencional expuesta por Edwin Sutherland. Para Acosta una propuesta de mejora puede ser teórica y práctica a la vez, como el caso de las metodologías y métodos; también puede ser eminentemente teórica, como en el caso de los modelos teóricos y concepciones o eminentemente práctica como el caso de las estrategias, programas (2021, p. 5).

Los términos planteados en esta propuesta se originaron con base en la ausencia de una denominación específica para algunos delincuentes de cuello blanco por el tipo de delito que cometieron, el sector

donde se realizó el ilícito, los actores que lo perpetraron y las consecuencias que traerían de manera que es necesario asignarles un nombre, así como han surgido otros con la consolidación de la globalización y en los inicios del siglo XX.

Los términos surgidos entre 1987 a 2015, documentados en la Tabla 1 surgieron para cubrir un vacío de nominación para los actores y sectores, donde se cometían los delitos. Conforme se fue legislando con motivo de la expansión de la corrupción y tipificando los delitos para combatirla fue surgiendo la terminología cromática que ya se ha descrito. La necesidad de la terminología propuesta afloró con base en una línea de investigación sobre corrupción que ha venido adelantando el profesor Carlos Alberto Botero Chica desde hace tres años en donde se analizaron cuatro modalidades para los sectores: público, privado, educativo y construcción de infraestructura. Al analizar

una base de más de 300 casos, se evidenció que existe tipificación para los delitos, pero hace falta asignar denominaciones para los autores del hecho, que hagan alusión específica al sector donde se perpetúan los hechos.

Los nombres asignados a los cuatro (4) términos planteados en esta propuesta y los treinta dos (32) casos relacionados, se presentan en las tablas 7, 8, 9 y 10: Cleptoempresario (10) casos, Delincuente de Cuello Beige siete (7) casos, Delincuente de Cuello Púrpura ocho (8) casos y Delincuente de cuello Sepia siete (7) casos. Adicionalmente se describe el sector en donde labora el delincuente y el cargo que ocupan. Los colores asignados a esta terminología provienen de la simbología que representan.

Cleptoempresario

El término cleptoempresario se apoyó en la definición del Diccionario Panhispánico de

Español Jurídico RAE (2022, p. 1) en el cual la palabra empresario es una persona titular de una empresa o que dirige u organiza un proyecto empresarial.

En esta investigación se define al cleptoempresario como aquella persona que, ejerciendo un cargo de alta dirección en una empresa dedicada a la producción de bienes o servicios, abusa de su cargo y comete actos ilícitos para enriquecerse o beneficiar sus propios intereses.

En la Tabla 7 se presentan (10) casos que, en su mayoría, provienen de las tablas 2 y 3, los cuales, bajo la clasificación de Sutherland serían Delinquentes de cuello blanco o *White collar crime*, asumiendo la clasificación propuesta por Carlos Alberto Botero Chica, estos empresarios, banqueros y contratistas corruptos que trabajaron en el sector privado de algunos países latinoamericanos, serían catalogados como cleptoempresarios.

Tabla 7. Diez (10) casos de cleptoempresarios latinoamericanos, según la clasificación de Carlos Alberto Botero Chica.

Nombre	País	Cargo	Tipo de delito
Jaime Gutiérrez Moscoso	Bolivia	Banquero	Estafa y destrucción de documentos
Marcelo Odebrecth	Brasil	Ejecutivo	Corrupción pasiva y lavado de dinero
Rodrigo Jaramillo	Colombia	Fundador de Interbolsa	Concierto para delinquir y fraude accionario
Tomas Jaramillo Botero	Colombia	Ejecutivo	Concierto para delinquir y fraude accionario
Armengol Ceballos Díaz	Ecuador	Ejecutivo	Pago de sobornos para obtener contratos
Álvaro Cobar Bustamante	Guatemala	Banquero	Lavado de dinero
Roberto Manuel Segovia Olivotto	Guatemala	Banquero	Estafa y lavado de dinero
Roberto David Castillo	Honduras	Empresario y Constructor	Mandó a asesinar a un opositor de un macroproyecto
Carlos Djemal Nehmad	México	Abogado de banqueros	Lavado de dinero y testaferrato
Matías Krull	Panamá	Banquero	Lavado de dinero
Jorge Peirano Facio	Uruguay	Banquero	Maniobras fraudulentas como autoqueiebras

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Estas personas fueron condenadas por cortes y jueces a pagar penas.

El término delincuente de cuello beige o *Beige collar crime*

Refiriéndose a la psicología del color, afirma Villanueva (2019, p. 2) es una rama de la psicología que está dedicada a estudiar cómo influyen los colores en la conducta humana. Algunos psicólogos manifiestan que el beige transmite espiritualidad y equilibrio, es un color que hace alusión a la concentración, la meditación, y aprendizaje.

El color beige se considera un color neutro, asociado a la academia, como se muestra en la explicación que se da respecto a los colores del escudo del centro de educación Unidades Tecnológicas de Santander (2022, p.10). El color beige expresa calidez, moderación,

piEDAD, opacidad y flexibilidad. Invita a la neutralidad, la amabilidad, la tranquilidad, la relajación y la generosidad en nuestras actuaciones o relaciones con los demás actores de la comunidad académica.

Con base en la relación que presenta el color beige con la academia, la reflexión y el aprendizaje, en esta investigación se define al delincuente de color beige o *Beige collar crime* como aquel funcionario, rector, administrador académico, maestro o profesor que –en ejercicio de sus funciones académicas– abusa de los estudiantes o alumnos. En la Tabla 8, se relacionan siete (7) casos de delincuentes de color beige o *Beige collar crime*, según la clasificación de Carlos Alberto Botero Chica.

Tabla 8. Siete (7) casos de delincuentes cuello beige o *Beige collar crime* latinoamericanos, según la clasificación del Carlos Alberto Botero Chica.

Nombre	Pais	Cargo	Tipo de delito analizado
Jaime Alberto Leal Afanador	Colombia	Rector	Irregularidades en contratación y gestión de recursos en Universidad Abierta y a Distancia–UNAD
Ramses Jonás Vargas	Colombia	Rector	Desviación de Recursos en la Universidad Autónoma del Caribe
Manuel Jaller Raad	Colombia	Rector	Universidad Metropolitana
Amanda Azucena Castillo	Colombia	Rectora	Discriminación y persecución a estudiante en el Colegio Gimnasio Castillo Campestre
Jorge Gabriel Jiménez Tuñón	Colombia	Profesor	Abuso sexual contra alumna
Luis Antonio Gatica Fuentes	Chile	Profesor de karate	Abuso sexual impropio
Valentin Albino Mendoza Castro	Perú	Profesor	Abuso sexual y amenazas por contar lo sucedido

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Estas personas son educadores que fueron condenadas por delitos cometidos en el sector educativo en tribunales domésticos e internacionales.

Delincuente de cuello púrpura o *Purple collar crime*

Se denomina etanolaje a la técnica utilizada para colorear imágenes en el cine digital y videos con la finalidad de crear sensaciones en el espectador. Para Tejero mediante el etanolaje se enfatizan emociones, se crean climas y/o se dota la

estética deseada a la totalidad del filme, manipulando artísticamente el color de cada clip (2015, p. 9).

La técnica de graduación de color aplicada en imágenes digitales –que en inglés se denomina *Color grading* y en español significa graduación o corrección de color– se aplica para originar sensaciones

en el espectador. Con base en el argumento de Maison –puede sonar clínico– dice que cuando se usa correctamente la graduación del color se obtiene un efecto drástico en el tono general, el impacto emocional y la narración de su proyecto (2019, p. 2).

El color púrpura también denominado, morado o violeta, desde lo positivo simboliza erotismo, nobleza y espiritualidad. En contraste, su visión negativa denota la crueldad, discordia, enfrentamiento y los derramamientos de sangre. Según explica Sánchez el color violeta representa la crueldad, la arrogancia o el duelo (2021, p. 13).

En esta investigación se define al delincuente de cuello púrpura o *Purple collar crime* como aquel delincuente de cuello blanco que ha sido condenado en tribunales internacionales o domésticos por genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, por lo cual el color que se propone está relacionado con la crueldad y el derramamiento de sangre que experimentan las víctimas.

En la Tabla 9, se presentan, siete (7) casos de delincuentes de cuello púrpura o *Purple collar crime* mundiales y latinoamericanos, según la clasificación de Carlos Alberto Botero Chica.

Tabla 9. Siete (7) casos de delincuentes de cuello púrpura o Purple collar crime a nivel mundial y latinoamericano, según la clasificación del Carlos Alberto Botero Chica.

Nombre	País	Cargo	Tipo de delito analizado
Juan Carlos de Marchi	Argentina	Empresario Militar	Crímenes de lesa humanidad condenado a 25 años
Jorge Rafael Videla	Argentina	Presidente	Crímenes de lesa humanidad cadena perpetua, luego lo indultó Carlos Menen
Roberto Eduardo Viola	Argentina	Presidente	Crímenes de lesa humanidad 17 años de prisión, luego lo indultó Carlos Menen
Nerón	Imperio Romano	Emperador	En el año 68 fue declarado enemigo público por el senado
Alberto Fujimori	Perú	Presidente	Por violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de estado en barrios de Lima
Juan María Bordaberry	Uruguay	Presidente	Crímenes de lesa humanidad

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Acusados por genocidio, muerte de persona y crímenes de lesa humanidad, condenados en tribunales domésticos e internacionales.

Delincuente de cuello sepia o *Sepia collar crime*

Los colores pueden inducir al espectador a percibir sensaciones positivas y negativas, los editores de color que laboran coloreando imágenes de cine digital utilizan el color sepia para transmitir sensaciones de nostalgia y tristeza. Según Soydecine, el color sepia expresa que suele relacionarse con la depresión y el suicidio (2020, p. 5).

Otra connotación sobre el color sepia, se encuentra en el área de la psicología que se ocupa de la interpretación de los sueños, en la que se atribuye al color sepia la condición de transmitir la sensación de melancolía y tristeza. Sánchez aclara (2018. p.2)” que, ver tus sueños en color sepia indica cierta tendencia a la melancolía y a la tristeza, a episodios sin superar, a páginas que no has pasado todavía.

Los significados y connotaciones descritas de: nostalgia, tristeza, melancolía depresión y suicidio, atribuidas al color sepia han llevado a proponer en esta investigación la definición de delincuente de cuello sepia o *Sepia collar crime*, como aquel delincuente de cuello blanco que cuando se siente, perseguido, acorralado o es capturado por las autoridades, al ser acusado o condenado por:

defraudar el estado, realizar malversación de fondos, o haber atentado contra los ciudadanos decide suicidarse.

En la Tabla 10 se presentan ocho (8) casos de delincuentes de cuello sepia o *Sepia collar crime* según la clasificación de Carlos Alberto Botero Chica.

Tabla 10. Ocho (8) casos de delincuentes de cuello sepia o *Sepia collar crime* a nivel mundial y latinoamericano según la clasificación propuesta por Carlos Alberto Botero Chica.

Nombre	Pais	Cargo	Fecha de muerte, tipo de suicidio y delito
Martín Borman	Alemania	Jefe del Partido Nacional	2 de mayo de 1945. Ingirió cianuro. Genocida y anti-semita
Joseph Goebbels	Alemania	Ministro de Propaganda	1 de mayo de 1945. Tiros y ampolla de cianuro. Genocida y Antisemita
Heinrich Himmler	Alemania	Director de la SS y la Gestapo	22 de mayo de 1945. Ingirió cápsula de cianuro cuando fue apresado. Genocida jefe de la gestapo.
Robert Ley	Alemania	Líder del Frente de trabajo	25 de octubre de 1945. Se ahorcó tres días antes del juicio. Antisemita.
Roo Moo Hyun	Corea del sur	Presidente	26 de mayo de 2009. Hizo sufrir a miles de personas y acusado por soborno.
Nerón	Imperio Romano	Emperador	9 de junio del año 68. Corte de garganta con daga por ser acusado de enemigo público.
Alan Gabriel García	Perú	Presiente	17 de abril de 2019. Se disparó en la cabeza. Acusado de malversación de fondos
Antonio Guzmán	Nerón	Presiente	El 3 de julio de 1982. Se disparó en la sien con revolver calibre 38

Fuente: Elaboración propia.

Nota: Gobernantes o ministros condenados por malversación de fondos en contra del estado, genocidios, muerte de personas o crímenes de lesa humanidad y cuando se ven perseguidos o acorralados toman la decisión de suicidarse.

Al incorporar los cuatro nuevos términos propuestos en esta investigación, la terminología a utilizar sobre el concepto del

Delincuente de Cuello Blanco o “White Collar Crime”, sería como se presenta en la tabla 11.

Tabla 11. Terminología a utilizar sobre el concepto delincuente de cuello blanco o *White collar* incluyendo la propuesta de esta investigación.

Terminología	Autor	Año de creación
Delincuente de cuello blanco o <i>White collar crime</i>	Edwin Sutherland	1937
Delincuente de cuello azul o <i>Blue collar crime</i>	Edwin Sutherland	1937

Terminología	Autor	Año de creación
Delincuente de cuello rosa o <i>Pink collar crime</i>	Katleen Daly	1987
Delincuente de cuello rojo o <i>Red collar crime</i>	Fran Perri	2016
Delincuente de cuello verde o <i>Green collar crime</i>	Un Tribunal en Reino Unido	2000
Delincuente de cuello negro o <i>Black collar crime</i>	N/R	N/R
Cleptócrata	Frank Vogl	2015
Cleptoempresario	Carlos Alberto Botero Chica	2022
Delincuente de cuello beige o <i>Beige collar crime</i>	Carlos Alberto Botero Chica	2022
Delincuente de cuello púrpura o <i>Purple collar crime</i>	Carlos Alberto Botero Chica	2022
Delincuente de cuello sepia o <i>Sepia collar crime</i>	Carlos Alberto Botero Chica	2022

Fuente: Elaboración propia.

Con base en los resultados expuestos, los autores que han acuñado terminología relacionada con el término de delincuente de cuello blanco son Edwin Sutherland, Katleen Daly, Fran Perri, Frank Vogl y Carlos Alberto Botero Chica.

Discusión

El hombre halló los colores en la naturaleza. Existen desde el origen del universo y sus nombres son blanco, negro, azul, verde, gris, amarillo y otros, fueron bautizados, a través de la historia. En cuevas, el hombre primitivo pintó dibujos rupestres y les colocó color, dejando para la historia una huella imborrable de su existencia. Para Corbin, existen diferentes colores en la naturaleza y cada uno de ellos afecta nuestras emociones de manera distinta (2020, p. 12).

A partir de imágenes, símbolos, percepciones e imaginarios, diferentes disciplinas del conocimiento utilizan el color para expresar conceptos o señales. En el caso de la ingeniería industrial las señales de tránsito, en medicina los uniformes, el medio ambiente retoma de la clorofila el icónico color verde y en publicidad la influencia sobre la marca. Cada color provoca una respuesta emocional diferente, por lo que toda marca debe conocer el efecto de los colores sobre el comportamiento humano (Canva, 2020, p. 1).

La criminología como rama del Derecho ha tomado colores para explicar conceptos, la autora Cámara expresa que la criminología, como ciencia que estudia la génesis y etiología del delito y la personalidad del delincuente, no podía permanecer ajena a los colores para proponer el término cifra blanca de la criminalidad que sería ausencia de la misma (2013, p. 2).

Al respecto aclara Ferro (2020, p. 8), que en la primera década del siglo XXI, autores como Piers Beirne y Nigel South escribieron un libro sobre criminología verde y en el título de dicha obra asignaron con gran coherencia, un color a un tipo de delitos, una parte de la criminología muchas veces olvidada o dejada en un segundo plano. El título, cuya traducción al español es Temas en la criminología verde fue para abordar asuntos relacionados con delitos del medio ambiente. Un tribunal de la Corona de Kingston en Reino Unido condenó en 2013, a Ian David Macdonald y David John Downes por una estafa de 9 millones de dólares, relacionada con venta de títulos falsos de créditos de carbono, los jueces los catalogaron como criminales de cuello verde.

En el siglo XXI, en la criminología cromática se suelen utilizar términos como criminales de cuello blanco, crímenes de cuello rosa, cleptócratas, criminales de cuello verde y otros que están en construcción, como crímenes de cuello negro o *black color*. Después de 2015 se han empezado a condenar en estrados judiciales a delincuentes que atentan contra el medio ambiente y traficar con fauna. Se han vuelto recurrentes condenas a oficiales de alto rango por desapariciones forzadas. Sanciones a rectores corruptos, profesores y maestros por abuso a menores. sentencias a gerentes financieros encarcelados por desfaltar empresas privadas. Con base en estos hechos, no se debe soslayar que la terminología propuesta en esa investigación cobra cada día vigencia y requiere más estudio, análisis e investigación.

CONCLUSIONES

La consulta literaria sobre los términos existentes permitió evidenciar que existen otros seis términos que se suelen utilizar y se encuentran relacionados con el término de delincuente de cuello blanco expuesto por Edwin Sutherland, Delincuente de cuello azul, Delincuente de cuello rosa, Delincuente de cuello rojo, Delincuente de cuello verde, Delincuente de cuello negro y cleptócrata.

Los cuatro (4) nuevos términos propuestos en esta investigación son cleptoempresario, delincuente de cuello beige o *Beige collar crime*, delincuente de cuello púrpura o *Purple collar* y delincuente de cuello sepia o *Sepia collar* pueden ser incorporados a la teoría de la delincuencia no convencional y están asociados con el término de delincuente de cuello blanco planteada por Edwin Sutherland. Estas acepciones tienen importancia porque son de actualidad y se adaptan a hechos corruptos que están sucediendo en todo el mundo, exacerbados por la expansión de la corrupción como fenómeno global.

Con la expansión de las modalidades de corrupción en los sectores público y privado, en la educación, el deporte, el medio ambiente, la política y la justicia ha surgido

la necesidad en algunos países del mundo de legislar sobre la tipificación de delitos articulados al fenómeno y asignar nombres a los autores responsables de estos delitos. En un futuro mediano, con motivo de algunos ataques recientes contra la población civil en la guerra de Ucrania –ocurridos en 2022– algunos gobiernos han sugerido catalogarlos como crímenes de guerra. Un término adecuado que podría asignarse a los autores de estos hechos, en caso de ser condenados en algún tribunal sería delincuentes de cuello púrpura o *Purple collar*.

En las agendas gubernamentales con visión prospectiva para el 2030, cobra relevancia para el ámbito internacional y en particular para los países latinoamericanos, el cuidado del medio ambiente, sus bosques, recursos naturales, fuentes hídricas, aire, fauna y flora. En forma cotidiana surgen transgresores de la ley que erosionan el suelo extrayendo oro, trafican fauna, talan bosques, contaminan las fuentes hídricas. Estas personas deben ser denominados en caso de ser condenados en estrados judiciales como delincuentes de cuello verde o *Green collar*.

El quinteto conformado por tres ramas del conocimiento, la cromática criminológica, la comunicación iconolingüística, la psicología del color y las técnicas del etanolaje digital y graduación de color, se convierten en un eje transversal que recorre diversas disciplinas del conocimiento a través del uso de colores, otorgando el sentido de interdisciplinaridad a la investigación planteada. La subjetividad y falta de rigor científico que se suele atribuir al uso de los colores en el lenguaje cotidiano, no alcanzan a agotar los aportes otorgados en la práctica, a taxonomías que se utilizan en disciplinas del saber; ramas del conocimiento, ciencias aplicadas, ciencias sociales, arte y literatura, dando lugar al surgimiento de nuevos términos.

En ciencias aplicadas, en hematología: glóbulos blancos y rojos; en patología, la fiebre amarilla y la peste negra; en ictiología, el pargo rojo, el delfín rosado y la ballena azul; en botánica, el guayacán amarillo y el lirio blanco; en felinos, el gato pardo y la

pantera negra; en ingeniería industrial, las señales de alerta con colores como el rojo, amarillo y negro; y, en aeronáutica, la caja negra.

En ciencias sociales se hacen referencias como: en economía: Economía naranja; en banca de inversión para compra de empresas, caballero blanco y caballero negro; en contabilidad, saldos rojo y negro; en administración, el ábaco de Régnier, como técnica de consulta para priorizar decisiones con el uso de colores; en astronomía: el agujero negro y el planeta rojo; en derecho criminológico, la viuda negra como caracterización de perfiles de delincuentes, la cifra dorada y la cifra negra utilizadas para medir la delincuencia.

En arte, directores, artista y autores se valen de los colores para titular sus obras; en cine, *La rosa púrpura del Cairo*; en música culta, *El Danubio azul*; en música popular, *La banda del carro rojo*; en literatura, *el Tulipán negro* (Dumas) *Rojo y Negro* (Stendhal).

EPÍLOGO

Con el método científico, surge la terminología, trayendo consigo nuevos conceptos, cuyo objetivo es explicar e interpretar lo que sucede en la naturaleza y la sociedad, lo que va conformando las ramas especializadas del saber; para el caso de esta investigación se aportan términos a la cromática criminológica. De acuerdo

con lo planteado por Martínez, el análisis interpretativo y la aplicación de la norma penal, no pueden desconocer la dimensión social que reporta el hecho criminal (2021, p. 4). El eficaz combate de la criminalidad organizada, la delincuencia empresarial, la corrupción gubernamental o el terrorismo (por citar las cruzadas más emblemáticas en nuestros días) requieren de jueces y fiscales conocedores de modalidades o tipologías de comisión de estas formas criminológicas.

El uso de terminología relacionada con colores asignados a las tipologías de delitos planteadas en esta investigación hacen parte del conjunto de estrategias sancionatorias no carcelables, que se pueden utilizar en la criminología para inducir en el imaginario colectivo de las personas percepciones que contribuyan a combatir ilícitos relacionada con el delincuente de cuello blanco, tema que se deja abierto a modo de boceto preliminar, el cual es necesario explorar en próximas investigaciones. Como explica Simpson, Galvin, Loughran y Cohen: la falta de familiaridad con las muchas formas de cuello blanco, la violación de la ley generará el uso de estrategias cognitivas abreviadas entre los evaluadores, específicamente, la categorización. Categorización cognitiva ocurre cuando los individuos confían en “tipos, categorías, estereotipos, y esquemas” para informar la comprensión en lugar de evaluaciones detalladas de circunstancias individuales (2022, p. 5).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Achig Balarezo, D. R. (2020). *Cosmovisión Andina: categorías y principios*. Revista Facultad de ciencias médicas. volumen 37, n° 3. Universidad de Cuenca, Perú <https://doi.org/10.18537/RFCM.37.02.0>. Recuperado de <https://bit.ly/3MtRnCL>
- » Ailén Jarque, M. (2021). *¿Qué es la criminología verde?* Revista Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística Año 8, vol. 16. Universidad Nacional del Sur. Argentina, pp. 75-86. ISSN: 2007-2023. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7732676>
- » Anzit Guerrero, Anzit. (2018). *Los delitos de cuello blanco y los delitos de cuello azul*. Universidad del Museo Social Argentino. Año 1, vol. I agosto-diciembre 2008 Actualizado: 9 oct 2018. pp.1-4 <https://www.criminologiaycriminalistica.com/post/los-delitos-de-cuello-blanco-y-los-delitos-de-cuello-azul>

- » Bolio, Paolo. (2019). *Multi, inter y transdisciplinariedad*. Problema anuario de filosofía y teoría derecho. núm. 13. pp1-6. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872019000100347
- » Borello, José, González, Leandro, Quintar, Aida, Martínez, Mariana y Barnes, Carolina. *Innovación e innovación social en la producción audiovisual: Reflexiones sobre dos estudios de caso*. (2021). Primero Online. Revista Iberoamericana, ciencia tecnología y sociedad. Universidad Nacional de General Sarmiento. pp.1-25. http://www.revistacts.net/wp-content/uploads/2022/02/Borello_PO.pdf
- » Cámara Arroyo, Sergio. (2020). *El perfil del delincuente de cuello blanco*. Revista Derecho y Cambio. vol. 50, no. 59, pp. 446-500. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7219659>
- » Cámara Bolio, M. J. (2013). *La criminología, los colores y lo símbolos*. Revista Magisterio Nacional N° 113. Ciudad de México Alcaldía de Tlalpan. <https://inacipe.gob.mx/assets/docs/carrusel/LA%20%20CRIMINOLOG%3%8DA%20%20Y%20%20LOS%20%20COLORES.pdf>
- » Canva. (2020). *La psicología del color: el significado de los colores y como aplicarlos a tu marca*. pp. 1-24. Recuperado de: https://www.canva.com/es_mx/aprende/psicologia-del-color/
- » Corbin, J. A. (2020). *Colores y emociones: ¿cómo se relacionan entre sí?*. pp.1-6. Disponible en: <https://psicologiymente.com/psicologia/colores-emociones-relacionan>
- » Cordón Prieto, C. (2017). *Víctimas o victimarias: la criminalidad femenina de cuello blanco*. Máster “Género, Identidades y Ciudadanía”, Universidad de Cádiz. <https://rodin.uca.es/bitstream/handle/10498/19937/Trabajo%20Fin%20de%20M%C3%A1ster%20M%C2%AA%20Carmen%20Cord%C3%B3n%20Prieto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- » Daily, K. (1989). *Gender and varieties of white-collar crime*. Criminology, Vol. 27. n° 4. pp. 769-794. Recuperado de: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1745-9125.1989.tb01054.x>
- » Deroncele Acosta, Á. (2022). *Competencia epistémica: rutas para investigar*. Revista Universidad y Sociedad, Vol.14, n°1. Cienfuegos. pp.102-118. <http://orcid.org/0000-0002-0413-014X>. Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2218-36202022000100102&lng=pt&nrm=iso
- » Diccionario Hmong.es.wiki. (2020). *Definición de Cleptocracia*. Recuperado de: <https://hmong.es/wiki/Kleptocracy>
- » Diccionario Panhispánico del Español Jurídico RAE. (2022). *Definición de: “empresario”*, Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/empresario-ria>
- » Diccionario Urbano. (2020). *Definición de Black collar*. Recuperado de: <https://www.urbandictionary.com/define.php?term=diccionario%20urbano>
- » Ferro Veiga, J. *Criminología cromática. Escenarios criminales*. (2020). pp.1-206 <https://books.google.com.co/books?id=TGnKDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
- » García, M. D. (2020). *La docencia en el hogar una alternativa necesaria en el tiempo del Covid 19*. Revista Polo del conocimiento. vol.5. n°4, pp. 304-324. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1386>

- » Gottschalk, P. (2020). *Gender and Crime: Convenience for Pink-Collar Offenders*. *Deviant Behavior*. Volume 43, 2022. Issue 2. BI Norwegian Business School, Oslo, Norway. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01639625.2020.1794270>
- » Hurtado Talavera, F. J. (2020). *Fundamentos Metodológicos de la Investigación: El Génesis del Nuevo Conocimiento*. *El Génesis del Nuevo Conocimiento*. *Revista Scientific*, vol. 5, núm. 16, Instituto Universitario de las Américas y el Caribe, IUAC, Ecuador. pp. 99-119. De <https://www.redalyc.org/journal/5636/563662985006/html/>
- » Infobae. (2018). *Cuando el delito de guante blanco se vuelve rojo: los que matan en el trabajo para ocultar un fraude*. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/eeuu/2018/10/11/cuando-el-delito-de-guante-blanco-se-vuelve-rojo-los-que-matan-en-el-trabajo-para-ocultar-un-fraude/>
- » Kanaves, Luisa. (2020). *Tipos de investigación científica*. Instituto Claret. p.7. de <https://institutoclaret.cl/wp-content/uploads/2020/03/3%C2%B0-Taller-de-investigaci%C3%B3n-semana-30-marzo.pdf>
- » Lisa Institute. (2021). *¿Sabes que es la green criminology?* p. 1. Disponible en: <https://www.lisainstitute.com/blogs/blog/green-criminology>
- » López de Arcaute, C. A. y Ranilla Cela, A. (2012). *La taxonomía cromática de la climatología. Cuadernos de Criminología*, *Revista de criminología y ciencias Forenses*. N° 18. Universidad de Villa Nueva. P.22-27. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/313149>
- » López-Fuentes, A. (2018.). *¿Qué es la terminología?* p.1. Disponible en: <https://conogasi.org/articulos/que-es-la-terminologia/>
- » Maison, J. (2019). *¿What is color grading and why is important?* Casa Jordán. pp 1-11. Disponible en: https://www.videomaker-com.translate.google.com/translate/hw-to/editing/color-correction/what-is-color-grading/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_pto=sc
- » Martínez, C. *El método de estudio de caso* (2006). *Pensamiento & Gestión* pp. Universidad del Norte, Barranquilla. Colombia. pp. 165-193. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/646/64602005.pdf>
- » Martínez-Osorio, M.A. (2021). *Criminología y Derecho penal*. *Revista Debates, derechos y personas*. Bogotá, Colombia. pp. 1-3. Disponible en: <https://www.revistaderecho.com.co/2021/08/16/criminologia-y-derecho-penal/>
- » Nivelá-Cornejo, M., Morales Caguana, É., Rivero, S. y Villareal, V. (2020). *Construcción del conocimiento tecnológico con la metodología holística*. *Revista Dominio de las Ciencias*. Vol. 6, núm. 3, pp. 412-421. Disponible en: <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/1405>
- » Perri, F. *Red Collar Crime*. (2016). *International Journal of Psychological Studies*; Vol. 8, No. 1; p. 62. Disponible en: <https://www.all-about-psychology.com/support-files/red-collar-crime.pdf>
- » Pérez-Oliva J. (2020). *La reacción de las personas ante el mensaje intimidante del código penal*. Tesis de Grado. Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Recuperado de: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/144849/TG_P%C3%A9rezOliva_Reacci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- » Piza Burgos, N. Amaiquema-Márquez, F. y Beltrán-Baquerizo, G. (2019). *Méto-*

dos y técnicas en la investigación cualitativa. Algunas precisiones necesarias. Revista Conrado, Vol. 5. N° 70. p. 10. Universidad Técnica de Babahoyo. Ecuador. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442019000500455

» Portilla, J. C. (2021). *Delitos de cuello blanco, Interbolsa, OICV y derecho internacional*, pp. 1-3. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/delitos-de-cuello-blanco-interbolsa-oicv-y-derecho-internacional>

» Rodríguez Goyes, D. (2015). *La necesidad de una política preventiva verde en Colombia*. Capítulo del libro. Congreso Nacional de Política Criminal y Prevención. Publicado por la Universidad Externado de Colombia Bogotá. pp.1-295 <https://books.openedition.org/uec/1153?lang=es>

» Rosado Aponte, B. (2022). *Los crímenes de cuello blanco en tiempos recientes*. IN REV. Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico. pp.1-16. <https://revistajuridica.uprrp.edu/inrev/index.php/2022/04/08/los-crimenes-de-cuello-blanco-en-tiempos-recientes/>

» Ruarink, A. (2016). *From elite lawbreaking to financial crime: The evolution of the concept of white -collar crime*. Max Plank Institute for the Study of Societies. MPIfG Paper 16/10. September 2016. SSN 0944-2073 (Print)ISSN 1864-4325(internet). https://www.academia.edu/28599771/From_Elite_Lawbreaking_to_Financial_Crime_The_Evolution_of_the_Concept_of_White_Collar_Crime

» Sacconi, R. (2022). *Diez preguntas sobre el fraude ocupacional*. Centro de Gobernabilidad y Transparencia. IAE, Business School. p.1. Recuperado de: <https://www.gobernabilidadytransparencia.com/2022/06/07/diez-preguntas-sobre-el-fraude-ocupacional/>

» Sánchez, L. (2021). “Soñar con el color sepia no vuelvas al pasado” pp.1-51.

» Sánchez Luján, G. (2021). “Etalonaje digital: Tendencias de uso en base al género cinematográfico y desarrollo de casos prácticos de corrección de color. Tesis de Grado. Comunicación social. Universidad Politécnica de Valencia. pp.1-51. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/176034/Sanchez%20-%20Etalonaje%20digital%20Tendencias%20de%20uso%20en%20base%20al%20genero%20cinematografico%20y%20desarrollo%20de%20c....pdf?sequence=1>

» Soydecine (2020). *Significado de los colores en el cine: La psicología cromática en el cine*. Disponible en: <https://soydecine.com/significado-de-los-colores-la-psicologia-cromatica-en-el-cine/>

» Simpson, S. S, Galvin, M., Loughran, T. y Cohen, M. (2022). *Perceptions of White-Collar Crime Seriousness: Unpacking and Translating Attitudes into Policy Preferences*. Journal of Research in Crime and Delinquency. Article reuse guidelines: sagepub.com/journals-permissions DOI: 10.1177/00224278221092094 pp.1-41. Disponible en: https://ccjs.umd.edu/sites/ccjs.umd.edu/files/pubs/Simpson_et_al_Perceptions_2022.pdf

» Tejero Rodríguez, Alejandro. (2015). *Corrección de color y etanolaje en adobe premiere pro*. Tesis de grado en Facultad de Ciencias de la Comunicación y Documentación. Universidad de Extremadura. España. Pp.1-60. Disponible en: https://dehesa.unex.es/bitstream/10662/3296/1/TFGUEX_2015_Tejero_Rodriguez.pdf

» UNESCO. (2022). Tesaurus. Disponible en: <https://vocabularies.unesco.org/browser/thesaurus/es/>

» Unidades Tecnológicas de Santander. (2022). Símbolos heráldicos de las unidades tecnológicas de Santander. Recuperado de: <https://docplayer.es/190370898->

Simbolos-heraldicos-de-las-unidades-tecnologicas-de-santander.html

» Vilorio, J. C. (2013). *Taxonomía cromática de la criminología*. Blogspot, cita a, Aitor, López de Arcaute, y Cela, Antonio. Recuperado de: <https://www.matrix666.net/?p=5368>

» Villanueva-Marcocchio, I. (2019). *Uso efectivo del color en el aprendizaje*. Edutic de LaSalle Bajío p 3. <http://edutic.delasalle.edu.mx/index.php/author/ivillanueva/>

» Yin, Robert K. (1989). *Investigación sobre estudio de casos Applied Social Research Methods Series Volume 5*. Sage publications. International Educational and Professional Publisher Thousand Oaks London New Delhi. pp. 1-35. Disponible en: <https://panel.inkuba.com/sites/2/archivos/YIN%20ROBERT%20.pdf>

Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad según la jurisprudencia del Consejo de Estado

Prescription of the Rights Derived from the Reality Contract According to the Jurisprudence of the Colombian Council of State

Autor: Víctor Mauricio González Vargas

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.13946>

Para citar este artículo:

González Vargas, V. (2022). Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad según la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista Derecho y Realidad*, 20 (40), 69-85.



Prescripción de los derechos derivados del contrato realidad según la jurisprudencia del Consejo de Estado

Prescription of the rights derived from the contract reality according to the jurisprudence of the Council of State

Víctor Mauricio González Vargas

Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional, especialista y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Oficial mayor del Juzgado Primero Administrativo de Sogamoso.
<https://orcid.org/0000-0003-4837-8670>
victor1mg@hotmail.com

Recepción: Febrero 7 de 2022

Aceptación: Junio 13 de 2022

RESUMEN

El contrato realidad ha generado diversos debates jurídico-procesales al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Uno de ellos ha sido la aplicación de la prescripción extintiva sobre los derechos que se derivan de la declaratoria de existencia de la relación laboral, lo que ha llevado a la Sección Segunda del Consejo de Estado a unificar su jurisprudencia, en el sentido de establecer: primero, que la reclamación de esos derechos se debe presentar dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo contractual; segundo, que si existen contratos sucesivos, con interrupciones de más de 30 días hábiles, opera la solución de continuidad y, por ende, la prescripción se debe analizar a partir de las fechas de finalización de cada uno de esos contratos, atendiendo las particularidades de cada caso; tercero, que los aportes a pensión son imprescriptibles; y, cuarto, que la excepción de prescripción extintiva del derecho se debe resolver en la sentencia y no previamente. El objetivo de este artículo es exponer las diferentes tesis que en su momento se plantearon sobre la aplicación de la

prescripción extintiva en el contrato realidad y mostrar cómo opera actualmente dicha figura jurídica.

PALABRAS CLAVES

Contrato realidad; prescripción extintiva; derecho administrativo laboral; derecho procesal.

ABSTRACT

The "reality contract" has generated various legal-procedural debates within the jurisdiction of contentious-administrative matters. One of them has been the application of the extinctive prescription on the rights that derive from the declaration of existence of the employment relationship, which has led the Second Section of the Council of State to unify its jurisprudence, in the sense of establishing, first, that the claim for these rights must be filed within 3 years following the termination of the contractual relationship; second,

that if there are successive contracts, with interruptions of more than 30 business days, the interruption of continuity operates and, therefore, the prescription must be analyzed from the end dates of each of these contracts, taking into account the particularities of each case; third, that pension contributions are imprescriptible; and fourth, that the exception of extinctive prescription of the right must be resolved in the sentence and not previously. The objective of this article is to expose the different theses that were raised at the time on the application of the extinctive prescription in the "reality contract" and to show how this legal figure currently operates.

KEYWORDS

Reality contract; extinctive prescription; labor-administrative law; procedural law.

INTRODUCCIÓN

En Colombia es una práctica frecuente que algunos empleadores intenten disfrazar el contrato de trabajo, aparentando otra modalidad contractual¹, con el fin de evadir las responsabilidades que se derivan de una verdadera relación laboral (Muñoz, 2012). Sin embargo, con base en el principio de la "primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"², se ha reconocido a la figura jurídica del contrato realidad como una forma de protección contra aquellas contrataciones disfrazadas que pretenden mermar los derechos de los trabajadores (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, 2011).

Esa declaratoria de existencia del contrato realidad tiene como fin esencial el reconocimiento de las prestaciones sociales y salariales a que tendría derecho el contratista, si hubiera sido vinculado a la entidad en igualdad de condiciones que los

demás trabajadores. Para conseguirlo, el contratista vinculado de manera irregular debe acreditar la presencia de los tres elementos constitutivos de una relación de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y, especialmente, la subordinación³. No obstante, diferentes estudios, así como la jurisprudencia, han destacado la importancia de poner un límite temporal al derecho a reclamar esos emolumentos, materializado en la prescripción extintiva del derecho, la cual fue instaurada en nuestro ordenamiento como una sanción a cargo del acreedor por la inactividad en el reclamo de sus derechos, pero que en tratándose de procesos en los que se debate la existencia del contrato realidad su aplicación no ha sido uniforme y, por el contrario, ha generado diversas discusiones, resueltas paulatinamente por la jurisprudencia.

En efecto, en un principio la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴ venía señalando que en esta clase de procesos no era dable aplicar la prescripción extintiva de los derechos laborales, por cuanto la providencia que decreta la existencia de una relación laboral hace parte de las llamadas sentencias constitutivas, lo que quiere decir, que es a partir de su expedición que el derecho se hace exigible y, por ende, solo desde esa fecha se podría contabilizar el término prescriptivo. Posteriormente, esa Corporación decidió replantear esta teoría para aclarar que, a pesar de la naturaleza constitutiva de la sentencia, el interesado no puede esperar un desmesurado paso del tiempo para reclamar los derechos surgidos como consecuencia de la declaratoria de existencia del contrato realidad, pues esta situación se traduce en un desinterés del trabajador que perjudica injustamente al empleador, razón por la cual determinó que

1. Por ejemplo, a través del contrato de prestación de servicios, de la agencia comercial, del outsourcing e incluso de las cooperativas de trabajo asociado (Muñoz, 2012).

2. Artículo 53 de la Constitución Política.

3. Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

4. En el Consejo de Estado existen 5 secciones especializadas conformadas por magistrados expertos en las diferentes áreas del derecho administrativo. La Sección Segunda está encargada de resolver los problemas laborales y pensionales que se presentan con el Estado, y está subdividida en Subsección A y Subsección B.

la petición se debía presentar en un término razonable.

Seguidamente aparecieron tesis opuestas en cuanto al plazo en que se debía presentar la reclamación ante la Administración. Primero se dijo que la solicitud se debía realizar dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato. Luego se consideró como término oportuno para reclamar, 5 años contados desde la terminación del último contrato, tiempo que se asimila al acto de retiro del servicio. Y, por último, se insistió en que el lapso prescriptivo, conforme al régimen prestacional de los empleados públicos, es de 3 años, contados a partir de la finalización de la relación contractual.

Sumado a lo anterior se han presentado debates jurídicos respecto a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales, respecto a la solución de continuidad en contratos sucesivos y respecto a la oportunidad procesal en la que debe resolverse la excepción a que alude a la prescripción extintiva. En ese contexto, esta investigación se encamina a determinar cómo opera actualmente la figura jurídica de la prescripción cuando se pretende la declaratoria de existencia del contrato realidad y qué debates procesales ha suscitado su aplicación.

METODOLOGÍA

Para realizar este trabajo se tomaron como referencia estudios sobre derecho laboral y derecho laboral administrativo, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Para comenzar, se describirá en qué consiste la prescripción extintiva del derecho en materia laboral. Luego se expondrá el desarrollo jurisprudencial sobre el tema de la prescripción trienal en el contrato realidad, abarcando las tesis opuestas hasta la unificación de la jurisprudencia. Posteriormente, se hará referencia a la imprescriptibilidad de los aportes a pensión. Y, finalmente, se establecerá en qué etapa del proceso contencioso administrativo se debe resolver la excepción de prescripción extintiva del derecho.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. Prescripción extintiva del derecho en materia laboral

La prescripción es una institución establecida por la ley como un modo de adquirir el dominio, o ciertos derechos reales (prescripción adquisitiva o usucapión), o como un medio de extinción de las obligaciones (prescripción extintiva). La primera opera a través de la posesión durante el tiempo y la segunda por el no ejercicio de un derecho y con los requisitos estatuidos legalmente (Beracochea, 2012). Esto quiere decir, que el factor tiempo es el que produce los efectos jurídicos necesarios para que operen tanto la prescripción adquisitiva como la extintiva (Vidal, 2009), en razón a que aquélla actúa en una doble faceta: como generador de derechos en la prescripción denominada adquisitiva y como destructor de derechos o acciones en la llamada extintiva (Beracochea, 2012)⁵.

En el derecho laboral solo existe la prescripción extintiva, que en Colombia tiene escasa regulación legal, pues tanto el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, como el Código Sustantivo del Trabajo, se limitan únicamente a fijar el término y su interrupción (Bonett, 2010). En el campo del derecho administrativo laboral, el fenómeno jurídico de la prescripción se encuentra previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968⁶ y 102 del Decreto 1848 de 1969⁷, que establecen (i) que las acciones que emanan de los derechos consagrados en esos decretos prescriben en 3 años, contados

5. Los dos tipos de prescripción se justifican en la necesidad de poner fin, después de un cierto tiempo, al estado de incertidumbre e inseguridad que se deriva de la antítesis entre el hecho y el derecho, con la diferencia de que mientras la prescripción extintiva se funda únicamente en la inercia del titular del derecho, la adquisitiva lo hace en la posesión continua por parte de quien prescribe (Beracochea, 2012).

6. Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

7. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y (ii) que el simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción⁸, pero solo por un lapso igual. Previsiones que en igual sentido señalan los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como ya se indicó, este tipo de prescripción básicamente exige un lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido las acciones o derechos, tiempo que se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. Sin embargo, para aplicarla, Flores (2011) considera necesario acreditar los siguientes requisitos: (a) la inactividad del acreedor, requisito indispensable que se traduce en el silencio de la relación jurídica por parte del acreedor en el ejercicio de sus derechos o acciones; (b) el transcurso de los plazos contemplados en la ley, los cuales son de estricto derecho, lo que quiere decir que sólo pueden ser establecidos en virtud de una norma de rango legal; y (c) que la prescripción no se encuentre interrumpida, sea natural o civilmente.

Prescripción extintiva que no se opone al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales⁹, puesto que la misma fue instaurada con el fin de brindar seguridad jurídica a las relaciones laborales y de la seguridad social, en el entendido de que

sería una incertidumbre permanente que un extrabajador o sus descendientes reclamaran el pago de derechos sociales después de transcurridos muchos años desde que se hicieron exigibles (Bonett, 2010). Es decir, que la inactividad, silencio o falta de ejercicio del derecho constituye el fundamento de esta prescripción, por ser contrario al interés social una prolongada situación de incertidumbre jurídica (Puig, 1988).

La Corte Constitucional se pronunció sobre la prescripción extintiva de los derechos laborales en la Sentencia C-072 de 1994, a través de la cual declaró la exequibilidad del artículo 151 del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral) y del artículo 505 del Decreto 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), hoy artículo 488¹⁰. Allí concluyó que no se lesiona al trabajador por el hecho de que exista la prescripción de la acción laboral, por el contrario, indicó que el derecho de los trabajadores permanece incólume, pues simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello, con lo cual se busca mayor prontitud en el uso de la misma, dada la supremacía del derecho fundamental al trabajo, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. En otras palabras, al trabajador se le brinda la oportunidad de reclamar el derecho que le ha sido concedido, pero se le impone a dicha oportunidad un límite temporal, determinado por la inmediatez que emana de la relación laboral. Por consiguiente, la Corte señaló que las normas acusadas, lejos de atentar contra la dignidad del trabajador, son un beneficio directo de este, pues refuerzan la seguridad jurídica.

Criterio que fue revalidado en la Sentencia C-916 de 2010, en la cual la Corte Constitucional resolvió: (i) declararse inhibida para conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969,

8. La interrupción de la prescripción “se presenta como un acto o un hecho que excluye e impide que la prescripción se produzca y que obliga a que el tiempo sea contado de nuevo, prolongando así la vida del derecho” (Díez-Picazo, 1964, p. 94).

9. En materia laboral existen ciertos derechos que por su naturaleza no deben ser renunciados, tales como el salario mínimo, una jornada de trabajo establecida o las vacaciones. En tal virtud, el legislador ha creado el *principio de irrenunciabilidad de derechos*, con la finalidad de proteger las prerrogativas consagradas a favor de la parte más débil en la relación laboral, esto es, el trabajador. La irrenunciabilidad de los derechos constituye un principio universalmente generalizado en tanto que la renuncia se valora como una excepción, la cual sólo se admite en aquellos casos en que la ley así lo determine. Es decir, que el principio es la irrenunciabilidad y la renuncia es la excepción (Mejía, 2009).

10. El artículo 46 del Decreto 3743 de 1950 ordenó al Ministerio del Trabajo hacer una edición oficial del Código Sustantivo del Trabajo articulando las disposiciones en orden numérico e introduciendo a la denominación de los títulos, capítulos y artículos las variaciones que se desprenden de ese Decreto.

por falta de competencia, debido a que el contenido normativo acusado no tiene la naturaleza de ley ni tampoco fuerza material de tal; (ii) estarse a lo resuelto en la Sentencia C-072 de 1994, en relación con los contenidos normativos demandados del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por haber operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional; y (iii) declarar exequible la expresión “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible” contenida en el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, con fundamento en el precedente judicial plasmado en la Sentencia C-072 de 1994.

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que, si bien los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan el carácter de irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que se han de ventilar ante los jueces frente a la inactividad del servidor en reclamar su pago oportunamente (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. [CE, S2], 25 de agosto de 2016).

2. Evolución jurisprudencial sobre el tema de la prescripción trienal de derechos laborales para aquellos casos en los que se demuestre la existencia del contrato realidad

2.1 La prescripción con fundamento en los efectos de la sentencia

Bonett (2010) sostiene que si bien el término de prescripción de 3 años se cuenta desde que la respectiva obligación se hace exigible, es necesario estudiar cada caso concreto, como ocurre con las relaciones laborales simuladas a través de contratos de prestación de servicios, en donde al ser declarada la existencia de la relación

laboral en la sentencia, surgen dos aspectos cardinales, uno de derecho sustancial, y es que las obligaciones del empleador y los derechos del trabajador nacen con la sentencia; y otro de derecho procesal, que la sentencia es constitutiva del derecho al crear un nuevo estado jurídico¹¹. En ese sentido, dicho autor sostiene que no se puede declarar la prescripción de unas obligaciones que no han nacido a la vida jurídica, pues estas solo surgen con la sentencia; en consecuencia, la correcta aplicación de la prescripción, también dependerá del tipo de fallo que se profiera, ya sea declarativo, de condena o constitutivo.

Sobre el particular, se debe recordar que las sentencias se dividen en estimatorias o desestimatorias, según se acceda o nieguen las pretensiones de la demanda, respectivamente. A su vez, la sentencia estimatoria se clasifica en declarativa, constitutiva o de condena: (i) la declarativa, es la que confirma la existencia de un derecho o de una situación o estado jurídico existente, es decir, implica el reconocimiento de una situación jurídica preexistente; (ii) la constitutiva, es la que modifica o extingue una situación jurídica existente creando una nueva que no existía; y (iii) la de condena, es la que impone el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer (CE, S2, A, 6 de marzo de 2008).

El tema de la prescripción con fundamento en los efectos de la sentencia fue abordado por el Consejo de Estado en Sentencia del 6 de marzo de 2008, en la que se consideró que la prescripción trienal no se debía aplicar en los procesos en los que se demuestre la existencia de una relación laboral. En dicha providencia se expresó que, comoquiera que el término de prescripción de 3 años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, se debe tener en cuenta que cuando estamos frente a un contrato realidad, el derecho surge desde el momento

11. Propio es de las sentencias constitutivas crear una nueva situación jurídica que antes no existía, que no nace sino hasta el momento de la decisión final de la litis, característica que las separa totalmente de las sentencias puramente declarativas (“Sentencias constitutivas y declarativas...”, s.f.).

en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento del derecho, porque antes de la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, por lo que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica (CE, S2, A, 6 de marzo de 2008).

A esta conclusión llegó el alto tribunal administrativo, argumentando que no resulta razonable aplicar la prescripción al restablecimiento que se reconoce al contratista en la sentencia, en la medida en que el fenómeno de la prescripción representa una sanción para el titular del derecho que no lo ejerce dentro del plazo otorgado por la ley, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral. Por lo tanto, es a partir de la ejecutoria de la sentencia constitutiva (momento en que la obligación se hace exigible) que debe empezar a correr el término prescriptivo.

Teoría que fue reafirmada en sentencia del 19 de febrero de 2009, en la que se indicó que no es procedente sancionar al beneficiario de un contrato realidad con la prescripción o extinción del derecho que reclama, pues es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, por ser esta de las denominadas sentencias constitutivas, en la que el derecho surge a partir de su ejecutoria y, por ende, la morosidad se empieza a contar a partir de la misma (CE, S2, 19 de febrero de 2009).

Postura jurisprudencial que a partir de ese año se consolidó al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo que originó que los juzgados y tribunales administrativos del país se abstuvieran de declarar probada la excepción de prescripción de los derechos laborales, cuando estuviera de por medio la existencia de una relación laboral oculta

bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

2.2 Cambio de criterio jurisprudencial: el interesado debe reclamar la existencia de la relación laboral dentro de un término razonable

El hecho de que el Consejo de Estado sentara una jurisprudencia en la cual se determinó la “imprescriptibilidad” de los derechos que se originan con la declaratoria de existencia del contrato realidad, conllevó a que proliferaran un sinnúmero de demandas buscando el reconocimiento y pago de prestaciones sociales derivadas de órdenes de prestación de servicios¹² que se ejecutaron en los años 90, pero que se vinieron a reclamar muchos años después de finalizado el vínculo contractual (Tribunal Administrativo de Boyacá [TAB], 16 de diciembre de 2014). Esta situación obligó al Consejo de Estado a replantear nuevamente su tesis, para precisar que, a pesar del carácter constitutivo de la sentencia, ello no faculta al interesado para radicar la petición ante la Administración en cualquier tiempo, al contrario, se espera que lo haga en un término prudencial (CE, S2, B, 8 de mayo de 2014).

En efecto, en 2013, al resolver unas acciones de tutela en las que se alegaba el desconocimiento del precedente jurisprudencial por parte de algunos tribunales administrativos¹³, la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado estimó que la reclamación derivada de la desnaturalización de relaciones contractuales, se debe iniciar a más tardar dentro de los 3 años siguientes a la última contratación (CE, S2, A, 6 de septiembre de 2013). Además, aclaró que en las sentencias proferidas el 6 de marzo de 2008¹⁴ y el 17 de

12. Hoy conocidos como contratos de prestación de servicio.

13. Tribunal Administrativo del Chocó y Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

14. Expediente: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

abril del mismo año¹⁵ (las cuales constituyen el referido precedente jurisprudencial), los demandantes reclamaron ante su entidad empleadora, antes de que transcurrieran 3 años desde la terminación del último contrato, es decir, que en dichos casos la parte actora efectivamente cumplió con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y luego acudió oportunamente ante la jurisdicción (CE, S2, A, 30 de octubre de 2013).

Esos pronunciamientos que hacen parte del mencionado precedente jurisprudencial, tienen una premisa fáctica común y es que la parte demandante reclamó su derecho antes de cumplirse 3 años, contados a partir de la fecha en que finalizó el vínculo contractual con la Administración; razón por la cual el Consejo de Estado precisó que cuando se hace alusión a que los derechos laborales no prescriben, ello está condicionado a que los mismos hayan sido exigidos dentro del plazo de 3 años siguientes a la terminación de la relación contractual.

En ese entendido, dicho tribunal advirtió que el juez no puede obviar o premiar el hecho de que las personas con posibles derechos surgidos como consecuencia de un contrato de prestación de servicios, esperen un desmesurado paso del tiempo (cuando los cambios jurisprudenciales le sean más favorables), para acudir a la administración de justicia a fin de que con fundamento en la línea jurisprudencial sostenida en la materia, se acceda al reconocimiento deprecado (CE, S2, A, 30 de septiembre de 2013).

Sobre el particular, en sentencia de tutela del 30 de septiembre de 2013 se indicó que si bien es cierto que a partir del precedente traído a colación se empezó a hablar de que la prescripción trienal de que trata el Decreto 1848 de 1969 se cuenta solamente a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la constitución de la relación laboral o contrato realidad, también lo es que, tal situación ocurrió bajo el estudio de un caso que preservó la razonabilidad del tiempo en

que el interesado acudió a la Administración para solicitar dicho reconocimiento (CE, S2, A, 30 de septiembre de 2013). Argumento que fue reiterado en sentencia del 9 de abril de 2014 (ahora en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho), en la que se insistió que al finiquitar la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan (CE, S2, A, 9 de abril de 2014).

No obstante, un mes después, fue la Subsección B de esa Sección la que estudió el tema del “plazo razonable” con el que cuenta el interesado para solicitar la existencia del vínculo laboral y el correspondiente pago de los derechos laborales, concluyendo que este debía ser de 5 años, contados desde la terminación del último contrato, tiempo que *mutatis mutandis*¹⁶ se puede asimilar al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo¹⁷, en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados. En aquella oportunidad se dijo que, si un acto administrativo se debe ejecutar en un término de 5 años, a la luz del derecho a la igualdad entre las partes, ese sería el plazo que tiene el contratista del Estado para acudir a la Administración pidiendo el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las acreencias correspondientes (CE, S2, B, 8 de mayo de 2014).

Pese a lo anterior, en auto del 11 de marzo de 2016 esa misma Subsección retomó el asunto, señalando que una vez demostrada la relación laboral reclamada, surge la oportunidad de examinar la procedencia del fenómeno extintivo de la prescripción, es decir, verificar si la reclamación se efectuó

15. Expediente: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05).

16. “Cambiando lo que se deba cambiar” (Fundéu, 2011).
17. Hoy artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

dentro de los 3 años contados a partir de la finalización de la relación contractual, so pena de que prescriban los derechos prestacionales que se puedan derivar de la relación laboral (CE, S2, B, 11 de marzo de 2016).

2.3. Unificación jurisprudencial

2.3.1. Unificación del término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

Como se pudo observar, las salas de decisión de la Sección Segunda del Consejo de Estado han asumido tesis disímiles respecto del plazo prescriptivo en litigios en los que se debate la existencia del denominado contrato realidad. Por tal motivo, el 25 de agosto de 2016 fue proferida la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16, con el fin de brindar certeza jurídica para que las autoridades judiciales que integran la jurisdicción contencioso-administrativa, decidan esta clase de asuntos preservando el derecho fundamental a la igualdad de las personas que acuden a la administración de justicia.

Allí se estableció como regla de unificación que quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de 3 años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual¹⁸. Por lo tanto, si se excede de dicho plazo, se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven del reconocimiento del contrato realidad, pues dicha situación se traduciría en su

18. "Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio" (CE, S2, 25 de agosto de 2016).

desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

En primer lugar, esa Corporación insistió en que el fenómeno jurídico de la prescripción tiene como sustento el principio de la seguridad jurídica, al impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, lo cual, de ningún modo lesiona al trabajador. En segundo lugar, advirtió que el fundamento normativo del término prescriptivo se encuentra en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, los cuales regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y establecen aquel lapso en 3 años, el cual se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador. En tercer lugar, señaló que, comoquiera que los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador¹⁹, es a partir de ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación). Es decir, que el derecho se hace exigible una vez finalice el vínculo contractual y, en consecuencia, es a partir de allí que empieza a correr el término de la prescripción.

2.3.2 Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

Además de lo expuesto anteriormente, el citado fallo de unificación del 25 de agosto de 2016 aclaró que en aquellos contratos de prestación de servicios pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, la prescripción se debe analizar a partir de las fechas de finalización de cada uno de ellos, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Sin embargo, en dicha

19. Artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT.

providencia se olvidó establecer el término que se debe tener en cuenta para determinar la no solución de continuidad.

Sobre este aspecto, el consejero de Estado William Hernández Gómez, en su salvamento de voto consideró que, para los efectos del requisito de continuidad, el lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978²⁰ el cual señala 15 días. Previsión que ya había sido tenida en cuenta por la Sección Segunda del Consejo de Estado en una sentencia del 23 de junio de 2016²¹, pero que en otras (anteriores y posteriores) se han tomado plazos diversos que van desde 1 día²², 15 días hábiles²³ y hasta más de 1 mes²⁴.

Así, aunque se unificó el criterio sobre el término y el momento a partir del cual se debe computar la prescripción extintiva, también se hizo necesario unificar el límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones. En tal sentido, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021 la Sección Segunda estableció un periodo de 30 días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, se podrá flexibilizar en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

Al respecto, el alto tribunal explicó que en este caso “solución” es igual a “interrupción”. Por lo tanto, cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación

de servicios, mientras que la no solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose. Además, advirtió que el término de 30 días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios no debe entenderse como “una camisa de fuerza” que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia²⁵.

Las razones para establecer ese término como límite temporal para que opere la solución de continuidad fueron, entre otras, las siguientes:

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.²⁶ Y, en tercer lugar,

20. Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

21. Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00174-01 (0881-14).

22. Radicación número: 68001 23-33-000-2013-00689-01 (3300-14).

23. Radicaciones: 68001-23-31-000-2010-00799-01 (2778-13) y 08001-23-31-000-2007-00062-01 (1736-15).

24. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01 (1230-14).

25. Especialmente para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del proceso, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso.

26. CPACA, «Artículo 103. Objeto y principios. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de

porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes²⁷ (CE, S2, 9 de septiembre de 2021, p. 27).

Igualmente, en el auto de fecha 11 de noviembre de 2021 se aclaró la sentencia en el sentido de precisar que cuando una entidad celebra de manera continuada o sucesiva contratos de prestación de servicios con una misma persona natural, bajo las mismas condiciones de subordinación o dependencia, y la celebración de esos contratos se da dentro del término de 30 días hábiles, debe concluirse que el contrato precedente y el (o los) sucedáneo forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, pero, solamente, para concluir que esos contratos configuran una única relación laboral, para efectos de prescripción de los derechos laborales, salariales y prestacionales (CE, S2, 11 de noviembre de 2021).

Y, en cuanto al término de 15 días que prevé el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, propuesto en otras providencias, la sentencia de unificación lo descartó, aduciendo que el hecho de que el precepto regule “el tiempo de servicios para adquirir el derecho a vacaciones” le resta entidad suficiente para su aplicación analógica para determinar el fenómeno prescriptivo (CE, S2, 9 de septiembre de 2021).

lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.» (Pie de página original del texto citado).

27. Ver, entre otras sentencias: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 13 mayo de 2015. Radicado 680012331000200900636 01. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. (Pie de página original del texto citado).

3. La imprescriptibilidad de los aportes a pensión

El Consejo de Estado ha dicho que una vez demostrada la relación laboral, el principio de la realidad sobre las formalidades permite el otorgamiento de los derechos implícitos (CE, S2, 19 de febrero de 2009), por lo que es apenas lógico que la condena en ese sentido ordene producir plenos efectos, como el hecho de que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación (CE, S2, B, 29 de abril de 2010)²⁸. Al respecto, es de señalar que aun cuando los derechos laborales que se derivan del contrato realidad se encuentran sometidos al fenómeno jurídico de la prescripción, tal sanción solo se predica de los derechos relativos al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y salariales, exceptuando lo concerniente a los derechos pensionales del trabajador, por ser estos, por regla general, imprescriptibles.

En efecto, el artículo 48 de la Constitución Política prevé que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que para adquirir el derecho a la pensión es necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, entre otras condiciones. A su vez, el artículo 53 *ibidem* establece como principios del estatuto del trabajo la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales” y la “garantía a la seguridad social”. A partir de lo cual, la Corte Constitucional concluyó:

17. El reconocimiento de las pensiones es un *derecho imprescriptible*, en atención a los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (art. 48 C.P.) y que, a su vez, obligan a su pago oportuno (art. 53 C.P.).

28. Es común que cuando se reclama la existencia de la relación laboral, se pretenda no solo el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de tipo económico, sino también el reconocimiento de los efectos que en materia pensional surgen con tal declaratoria. No obstante, el Consejo de Estado ha advertido que este aspecto no requiere de petición específica, pues constituye una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de la relación laboral (CE, S2, A, 17 de abril de 2008).

Para la Corte la naturaleza no extintiva de dicho derecho, constituye un pleno desarrollo de los principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad y, además, propende por la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida dignas (arts. 1º, 46 y 48 C.P). (Corte Constitucional, 29 de julio de 2003, p. 18).

Se tiene entonces que no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo, como ocurre en el específico evento de las pensiones, pues tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el estatus de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento (Corte Constitucional, 20 de mayo de 1998).

Sobre la imprescriptibilidad de los aportes a pensión en el contrato realidad, el Tribunal Administrativo de Boyacá ha considerado que “el fenómeno prescriptivo no puede acaecer frente a situaciones en tránsito de formación, mucho menos, cuando los aportes son el fundamento necesario para constituir el derecho pensional, cuyo carácter, como se precisó, es de derecho imprescriptible” (TAB, 15 de diciembre de 2011). Ciertamente las acciones judiciales tendientes a obtener el reconocimiento del derecho pensional no solo se tornan imprescriptibles, sino también las acciones judiciales que de cualquier forma puedan afectar los elementos centrales del derecho, como son la edad, el capital, el tiempo de servicio o los aportes, los cuales no constituyen prestación social, pero pueden denominarse como derechos a la seguridad social. Por consiguiente, la imprescriptibilidad de estos asuntos emerge por la estrecha relación indisoluble y necesaria con el derecho mismo (TAB, 29 de septiembre de 2014).

A su turno, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de

2016 determinó que el fenómeno jurídico de la prescripción no es aplicable frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, toda vez que aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. Esa interpretación obedece, según el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, a los siguientes mandatos superiores: (i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; (ii) el principio *in dubio pro operario*; (iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; (iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. En ese orden de ideas, la Administración no se podrá negar al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, máxime cuando ello puede influir en el acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, privilegio que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.

Además, la sentencia de unificación precisó (i) que el juez se debe pronunciar respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, así no se haya pedido expresamente en la demanda, sin que ello implique la adopción de una decisión *extra petita*, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador; y (ii) que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, no solo están exceptuados de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control, pues de conformidad con el artículo 164-1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), la demanda se puede presentar en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas.

4. La excepción de prescripción y la oportunidad procesal para resolverla

Tradicionalmente las excepciones se han clasificado en perentorias, previas y mixtas, que en esencia son perentorias, pero se tramitan siguiendo los pasos propios del conocimiento de la excepción previa, para obtener un pronunciamiento rápido sobre ellas (López, 2016). Las excepciones previas, también denominadas dilatorias o de forma, buscan atacar el ejercicio de *la acción*, por haber alguna inconsistencia en la forma como fue presentada la demanda, es decir, por alguna deficiencia externa. Mientras que las perentorias, llamadas también de mérito o de fondo, están destinadas a atacar *el derecho sustancial* reclamado por el accionante (CE, S2, A, 12 de febrero de 2014).

El artículo 180-6 del CPACA, sin la reforma introducida por la Ley 2080 de 2021²⁹, ordena al juez resolver en la audiencia inicial las excepciones previas³⁰ y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva³¹. En relación con esta norma, el Consejo de Estado explicó que existen ciertos medios exceptivos que no obstante responder a la naturaleza de las excepciones de mérito o de fondo, en cuanto tienen la potencialidad de atacar la pretensión, por decisión del legislador también se pueden proponer como previos, en virtud de su carácter mixto, tal es el caso de la excepción de prescripción extintiva, que de conformidad con el artículo citado podrá decidirse como previa en la audiencia inicial

(CE, S2, B, 23 de febrero de 2017)³². Empero, es deber del juez determinar con total claridad, si las excepciones planteadas se encaminan a atacar la forma de la demanda o el fondo del asunto, a fin de pronunciarse sobre cada una de ellas en la correspondiente etapa procesal: las previas en la audiencia inicial y las de mérito en la sentencia (CE, S2, B, 27 de marzo de 2014).

En lo que respecta a la excepción de prescripción cuando se demanda la existencia de un contrato realidad, el alto tribunal de lo contencioso administrativo ha concluido que no es procedente declararla en la audiencia inicial, por cuanto esta, realmente no busca atacar el ejercicio de la acción, sino controvertir la existencia y el alcance del derecho reclamado por el demandante, esto es, enervar la pretensión. En esa medida, comoquiera que en tales litigios la excepción de prescripción no ataca la forma ni el procedimiento, sino que apunta al derecho mismo, no resulta propicio que sea desatada en la audiencia inicial, sino en el fondo del asunto (CE, S2, B, 11 de marzo de 2016).

Cuestión que también fue plasmada en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, en la que se determinó que el juez solo podrá analizar la prescripción en cada caso concreto, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral), por lo que su estudio deberá ser objeto de la sentencia.

29. Con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, las excepciones previas se deben formular y decidir según lo regulado en los artículos 100, 101 y 102 del Código General del Proceso; es decir, que se resolverán antes de la audiencia inicial cuando no requieran la práctica de pruebas y en la audiencia inicial cuando así lo requieran. A su vez, las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se podrán declarar fundadas mediante sentencia anticipada, cuando el juzgador las encuentre probadas (artículos 38 y 43 de la Ley 2080 de 2021).

30. Enlistadas en el artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del 306 del CPACA.

31. Consideradas en su momento como excepciones mixtas.

32. La Corte Suprema de Justicia también ha dicho que la prescripción extintiva conforma las que la doctrina y jurisprudencia han calificado como excepciones mixtas, en razón a la posibilidad que tiene la parte de aducirlas indistintamente, como excepciones de fondo, atendiendo su naturaleza, y/o como previas (CSJ, SCC, 15 de diciembre de 2017).

CONCLUSIONES

Quien pretenda el reconocimiento de una relación laboral con el Estado, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (declaratoria de existencia del contrato realidad), tiene que demostrar la presencia de los tres elementos constitutivos de una verdadera relación de trabajo: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la remuneración y, especialmente, (iii) la subordinación.

La reclamación ante la Administración con el fin de lograr tal declaratoria y el consiguiente pago de las prestaciones derivadas de la relación laboral, se deberá realizar dentro del término de 3 años, contado a partir de la terminación del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho. No obstante, en caso de que haya existido interrupción entre contratos sucesivos, la prescripción se habrá de analizar a partir de las fechas de finalización de cada uno de ellos. Para el efecto, se deberá tomar como referencia el término de 30 días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como límite temporal para que opere la solución de continuidad.

El fenómeno jurídico de la prescripción únicamente opera frente a los derechos económicos que surjan de la declaratoria de existencia del contrato realidad, pero no respecto de los derechos pensionales que se derivan de la misma, como es el caso de los aportes a pensión, los cuales por naturaleza son imprescriptibles, dada su condición periódica y la relación intrínseca que tienen con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales, en concordancia con los principios de *in dubio pro operario*, no regresividad y progresividad.

En estos asuntos, la excepción de prescripción extintiva debe ser estudiada por el juez con el fondo del asunto, es decir, en la sentencia, puesto que su objetivo no es atacar la acción sino la pretensión.

Mención aparte merece la importancia de la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado que, como en el tema acá analizado, orienta las actuaciones de las autoridades judiciales que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo, garantizando la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad de quienes acuden a la administración de justicia.

REFERENCIAS

- » Beracochea, A. (2012). *Prescripción*. Universidad de la República (Udelar). Centro Universitario Regional del Este (CURE). Uruguay. Recuperado de <http://docplayer.es/52854006-Prescripcion-dra-beracochea-fcee-udelar-cure-maldonado-10-25-2012-dra-ariadna-beracochea-se-autoriza-uso.html>
- » Bonett, S. (2010) La prescripción en derecho laboral y seguridad social. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 36, pp. 129-144. Recuperado de <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/68/pdf>
- » Díez-Picazo, L. (1964). *La Prescripción en el Código Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- » Flores, J. C. (2011). Prescripción de las sanciones administrativas sanitarias ante la jurisprudencia administrativa y judicial. *Cuadernos de extensión jurídica*, 21. *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*. Universidad de los Andes, Chile, pp. 131-146.
- » Fundéu BBVA (2011). *Mutatis mutandis, no mutatis mutandi*. Recuperado de <https://www.fundeu.es/recomendacion/mutatis-mutandis/>
- » López, H. F. (2016). *Código General del Proceso: parte general*. Bogotá: Dupre Editores Ltda.

- » Mejía, R. (2009). *El principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral*. (Tesis de maestría). Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <http://dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/handle/10226/839/Rosa%20Mejia%20Franco..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- » Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, Dirección de Asuntos Jurídicos, Departamento de Asesoría Externa (2011), *Oficio DAJ-AE-007-11 de 11 de enero de 2011*. Recuperado de <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/pronunciamientos.html>
- » Muñoz, A. (2012). Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo. *Pensamiento Americano*, 5 (8), pp. 9-14. Recuperado de <http://www.coruniamericana.edu.co/publicaciones/ojs/index.php/pensamientoamericano/article/view/105/100>
- » Puig, J. (1988). *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. Barcelona: Editorial Bosch.
- » *Sentencias constitutivas y declarativas, rechazo de la teoría que establece esa distinción y funda en ella la retroactividad de la ley, tratándose de las primeras (legislaciones del Distrito Federal y de Yucatán)*. (s.f.). *Semanario Judicial de la Federación*. Tercera Sala. Quinta Época. Tomo LXXVIII, p. 2440. Recuperado de <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/350/350664.pdf>

Normativas

- » Código Contencioso Administrativo [CCA]. Decreto 01 de 1984. Artículo 66. Enero 2 de 1984 (Colombia).
- » Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011. Artículo 180. Enero 18 de 2011 (Colombia).
- » Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social [CPTSS]. Decreto-Ley 2158 de 1948. Artículo 151. Junio 24 de 1948 (Colombia).
- » Código Sustantivo del Trabajo [CST]. Decreto 2663 de 1950. Artículo 505. Agosto 5 de 1950 (Colombia).
- » Código Sustantivo del Trabajo [CST]. Edición oficial. Artículos 488 y 489. Junio 7 de 1951 (Colombia).
- » Constitución Política de Colombia [Const]. Artículos 48 y 53. Julio 20 de 1991 (Colombia).
- » Decreto 3135 de 1968. Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Diciembre 26 de 1968. [Presidencia de la República].
- » Decreto 1848 de 1969. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. Noviembre 4 de 1969. [Presidencia de la República].
- » Decreto 1045 de 1978. Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional. Junio 17 de 1978. [Presidencia de la República].

Jurisprudenciales

- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (6 de marzo de 2008). Radicación número: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06). [CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (17 de abril de 2008). Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05). [CP. Jaime Moreno García].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda (CE, S2). (19 de febrero de 2009). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). [CP. Bertha Lucia Ramírez de Páez].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección B (CE, S2, B). (29 de abril de 2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04729-01(0821-09). [CP. Bertha Lucia Ramírez de Páez].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (6 de septiembre de 2013). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01662-00. [CP. Alfonso Vargas Rincón].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (30 de septiembre de 2013). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01752-00. [CP. Luis Rafael Vergara Quintero].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (30 de octubre de 2013). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02083-00. [CP. Alfonso Vargas Rincón].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (12 de febrero de 2014). Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00347-01 (4689-2013). [CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección B (CE, S2, B). (27 de marzo de 2014). Radicación: 47001-23-33-000-2013-00015-01 (3194-2013). [CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (e)].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A (CE, S2, A). (9 de abril de 2014). Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00142-01 (013113). [CP. Luis Rafael Vergara Quintero].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección B (CE, S2, B). (8 de mayo de 2014). Radicación número: 08001-23-31-000-2012-02445-01 (2725-12). [CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (e)].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección B (CE, S2, B). (11 de marzo de 2016). Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00156-01 (2744-2015). [CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda (CE, S2). (25 de agosto de 2016). Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16. [CP. Carmelo Perdomo Cuéter].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección B (CE, S2, B). (23 de febrero de 2017). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00786-01(2811-15). [CP. Carmelo Perdomo Cuéter].
- » Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda

(CE, S2). (9 de septiembre de 2021). Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). [CP. Rafael Francisco Suárez Vargas].

» Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda (CE, S2). (11 de noviembre de 2021). Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). [CP. Rafael Francisco Suárez Vargas].

» Corte Constitucional. (23 de febrero de 1994). Sentencia C-072. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

» Corte Constitucional. (20 de mayo de 1998). Sentencia C-230. [MP. Hernando Herrera Vergara].

» Corte Constitucional. (29 de julio de 2003). Sentencia C-624. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

» Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2010). Sentencia C-916. [MP. Mauricio González Cuervo].

» Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (CSJ, SCC). (15 de diciembre de 2017). Sentencia SC21824-2017. [MP. Margarita Cabello Blanco].

» Tribunal Administrativo de Boyacá (TAB). Sala de decisión n.º 3. (15 de diciembre de 2011). Radicación: 15001-31-33-006-2003-00358-01. [MP. Clara Elisa Cifuentes Ortiz].

» Tribunal Administrativo de Boyacá (TAB). Sala de decisión n.º 1. (29 de septiembre de 2014). Radicación: 15001-33-33-010-2012-00114-01. [MP. Fabio Iván Afanador García].

» Tribunal Administrativo de Boyacá (TAB). Sala de decisión n.º 5. (16 de diciembre de 2014). Radicación: 15238-33-33-001-2013-00067-01. [MP. Félix Alberto Rodríguez Riveros].

Responsabilidad civil de las empresas de reparar los daños en los derechos humanos y fundamentales en el derecho mundial

The Civil Liability of the Legal Person for Damages to Human and Fundamental Rights

Autor: William J. Parra

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15412>

Para citar este artículo:

Parra, W. (2022). Responsabilidad civil de las empresas de reparar los daños en los derechos humanos y fundamentales en el derecho mundial. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 87-110.



RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS DE REPARAR LOS DAÑOS EN LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN EL DERECHO MUNDIAL*

The Civil Liability of the Legal Person for Damages to Human and Fundamental Rights

William J. Parra

Abogado, especialista en auditoría forense U. Externado, docente de la Facultad de derecho de la UPTC y miembro del grupo de investigación Primo Levy.
ORCID 0000-0003-4713-7488
idarmis@unica.cu

Recepción: Marzo 28 de 2022

Aceptación: Junio 13 de 2022

RESUMEN

El fortalecimiento de la justicia civil en los estados Latinoamericanos conlleva a un mayor éxito en la determinación de las responsabilidades de los actores económicos privados ante la eventual participación, complicidad o violación directa de los derechos humanos y fundamentales. Este trabajo muestra que frente a los vacíos y las deficiencias que ha mostrado la justicia civil para las víctimas –en los niveles internacional, supranacional y extraterritorial– la jurisdicción civil estatal ofrece herramientas jurídicas idóneas para que las víctimas tengan acceso a la justicia de la reparación de los daños y perjuicios materiales e inmateriales que se pueden

generar en la actividad de las empresas privadas estatales y multinacionales.

PALABRAS CLAVES

Daño; responsabilidad civil; reparación; derechos humanos y fundamentales; empresas; víctimas; derecho mundial; derecho internacional; supranacional; autorregulado; RSE; extraterritorialidad; Alien Tort Claims Act.

ABSTRACT

The strengthening of civil justice in Latin American states can lead to greater

* artículo de reflexión

success in determining the civil liabilities of economic actors in the event of direct violation, participation, or complicity in violations of human and fundamental rights. This document aims to show that in the face of the gaps and deficiencies civil justice has shown for victims at the international, supranational, and extraterritorial levels, the State civil jurisdiction can offer suitable legal tools so that victims have access to justice and comprehensive compensation for material and non-material damages that may be generated in the activity of private state and multinational companies.

KEYWORDS

Damage; Human and fundamental rights; legal persons; civil compensations; victims; international law; transnational law; RSE; extraterritoriality; Alien Tort Claims Act; State civil law.

INTRODUCCIÓN

La actividad de las personas jurídicas estatales y multinacionales es muy importante para la consolidación del Estado Social de Derecho, el desarrollo, el crecimiento económico, la generación de empleo, la prestación de los servicios públicos, las transferencias de nuevas tecnologías y energías, la inversión, la estabilidad fiscal, entre otras. Sin embargo, la actividad de las personas jurídicas privadas estatales y transnacionales pueden generar daños y riesgos de daños para los derechos humanos, fundamentales, sociales, colectivos y para los intereses de los ciudadanos y grupos sociales de los territorios donde operan (Stephens, 1994).

Un estudio de la ONG Dejusticia muestra que cuando se producen violaciones a los derechos humanos en los que se señala la complicidad o la acción dañina directa de las empresas multinacionales, los tribunales civiles de los estados desarrollados donde la empresa tiene su sede matriz, no han ofrecido buenos resultados para dar acceso a la justicia a las víctimas y establecer la obligación de reparar. Al contrario, señala

que se han obtenido mejores resultados en Latinoamérica en procesos de justicia de transición y en la jurisdicción civil ordinaria como resultado de la acción litigiosa –coordinada entre actores sociales e institucionales– que han logrado remover muchos obstáculos para enfrentar, a su vez, el poder de litigio de las empresas estatales y transnacionales (Payne, Bernal y Pereira, 2021).

Debido a esto, es relevante el análisis de la responsabilidad civil de la persona jurídica por los daños que se pueden derivar de la actividad empresarial en los derechos humanos y fundamentales desde dos aspectos. Por un lado, analizar las herramientas judiciales con que cuentan las víctimas para acceder a la reparación integral por los daños que ya se han producido en las actividades corporativas y, por otro, prevenir y gestionar el riesgo de daño es uno de los aspectos que más interesa al derecho civil comparado contemporáneo y a la Responsabilidad Social Empresarial (RSE).

Este estudio plantea que existe una muy baja probabilidad que el derecho internacional de los tratados, el *soft law*, el derecho supranacional, el derecho autorregulado, el derecho estatal territorial y extraterritorial surjan o se fortalezcan los mecanismos de acceso efectivo a la reparación civil para las víctimas de daños generados en la conducta y actividad corporativa estatal y transnacional. A nivel global no se están construyendo tanto normas como una jurisdicción civil universal para garantizar el acceso de las víctimas a la reparación de los daños y perjuicios.

Las fórmulas de reparación de los daños que se vienen construyendo y trazando a nivel global están dirigidos a consolidar los fundamentos para generar una cultura global empresarial cuya finalidad es la gestión y prevención de los riesgos de los daños. Esto es, los niveles de derecho internacional (*hard law* y *soft law*), los tribunales transnacionales y el nivel autorregulado se enfocan primordialmente en trazar normas éticas, RSE o de debida diligencia; es decir, aconsejan la adopción de prácticas,

formas y metodologías de cumplimiento del derecho, gobierno corporativo, órganos internos especializados y eficientes para la prevención y gestión de los riesgos de daños en los derechos humanos y fundamentales.

Al contrario, queda claro que es en el nivel estatal y en los sistemas jurídicos del lugar donde ocurren los hechos en donde se debe garantizar la justicia civil para demandar los daños que ya se han producido como consecuencia de la actividad empresarial. Wagner considera que el derecho civil de la reparación de los daños en la práctica es un asunto estatal, también afirma que si los estados aplican la obligación de reparar con criterios dispersos y dispares se pueden generar incentivos económicos perversos para las empresas y que el fortalecimiento de la reparación civil es coherente con las políticas públicas estatales y globales del respeto de los derechos humanos (2021, pp. 209-223).

El siguiente trabajo sobre la responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica en los diferentes niveles del derecho mundial se desarrolla de la siguiente manera:

I. Describe las normas de reparación en el Derecho Internacional Público en sus dos vertientes que son el derecho de los tratados internacionales (*hard law*) y el derecho de la responsabilidad social empresarial, de la debida diligencia o de la ética de los negocios (*soft law*).

II. Presenta las normas sobre la reparación por los daños y delitos en el nivel de derecho supranacional o de los tribunales supranacionales como la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

III. Desarrolla la emergencia del nivel del derecho mundial autorregulado dirigido a la prevención y reparación del daño mediante códigos como la *lex digitalis*, *lex mercatoria*, los códigos sectoriales y los códigos internos de las

empresas multinacionales y muestra su articulación con otros niveles de derecho.

IV. Analiza el derecho estatal en la dimensión extraterritorial donde algunos estados ofrecen foros de acceso a la justicia civil que no han resultado efectivos como el Alien Torts Claims Act (U.S.A), el Torture Damages Bill de 2008 y 2010 (U.K), el reglamento (CE) de la Unión Europea 4401 de 2001 (U.E), el Proyecto de Ley C-323 y 354" de 2009 Bill C-354 (Canadá).

En conclusión, se presenta un balance negativo en el desarrollo y aplicación de la justicia civil mundial y estatal extraterritorial dirigida a garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos y fundamentales. Con esto dejamos planteada la necesidad de realizar estudios posteriores para analizar si el derecho estatal colombiano es un escenario judicial conveniente y efectivo para demandar la responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica por la eventual vulneración de los derechos humanos y fundamentales causados por las actividades de las empresas estatales y multinacionales.

LA RESPONSABILIDAD DE REPARAR LOS DAÑOS EN LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES EN EL DERECHO MUNDIAL

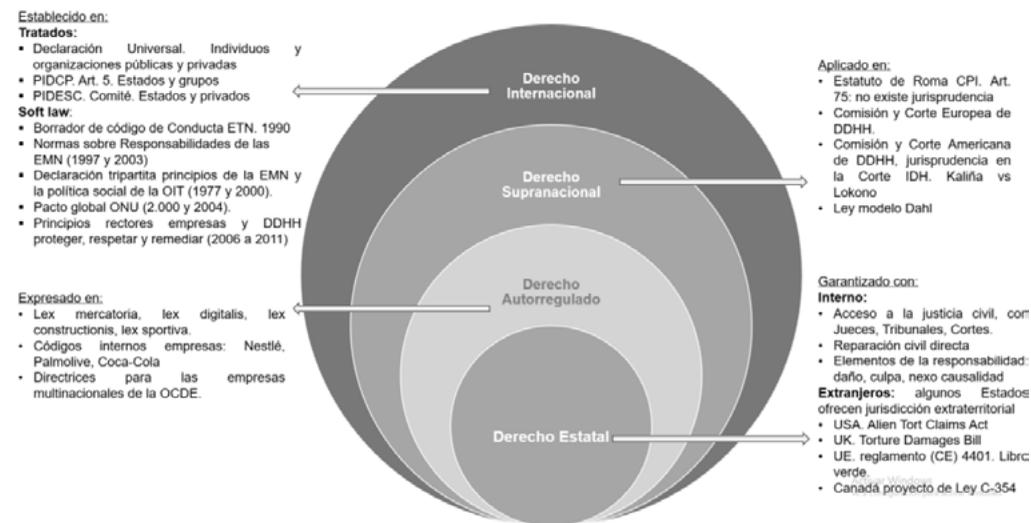
La sociedad mundial es definida como un espacio que no tiene límites en la producción de la comunicación y del flujo de información entre instituciones de diversos niveles como el estatal, el internacional, el supranacional y el autónomo. Allí no se encuentran barreras geográficas, no hay centros predominantes de poder, sistemas centrales o jerárquicos y no existen actores sociales predominantes en la toma de decisiones, producción de normas, producción económica y en la administración y gobernanza de los problemas sociales (Luhmann, 2006; Nasehi, 2005; Stichweh, 2002).

El derecho de la sociedad mundial tiene cuatro niveles de derecho civil que se pueden activar cuando la persona jurídica estatal o multinacional causa daños a los derechos de las personas (el derecho internacional, el supranacional, el autorregulado y el estatal interno y extraterritorial). En estos niveles las personas afectadas pueden encontrar diferentes herramientas jurídicas

y las instituciones más importantes para demandar y buscar respuesta a los problemas jurídicos en los que se estudia la eventual responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas que operan en redes de cooperación, cadenas productivas de nivel local, estatal y transnacional y en diversos entramados societarios (Teubner, 2005; Willke, 2005).

Grafica 1.

Los niveles de derecho mundial de los derechos humanos y fundamentales



Fuente: Elaboración propia.

1. EL NIVEL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los estudios de los expertos coinciden en que en el derecho internacional de los derechos humanos no se encuentran establecidos deberes jurídicos concretos, normas, jurisdicción, ni herramientas de carácter civil para que las víctimas de los daños producidos por la actividad de las empresas acudan ante un juez o Corte con el fin de demandar y obtener una reparación integral por dichos daños. Wagner alerta sobre la fragmentación, debilidad de la responsabilidad civil de las empresas a nivel mundial y la necesidad de analizar

nuevos horizontes de la responsabilidad por la vulneración de los derechos humanos y fundamentales (2021).

Debido a esto, se ha generado paralelamente un sistema fundamentado en la autonomía, la autorregulación sectorial e individual corporativa en el que son trazados parámetros de conducta para la persona jurídica en materia de derechos humanos. Todas estas iniciativas gremiales, individuales, sectoriales, privadas o públicas se pueden agrupar bajo la denominación genérica de RSE, *soft law*, debida diligencia o ética de los negocios.

1.1 Tratados internacionales (*Hard law*)

La regla general que se encuentra establecida en los tratados internacionales de derechos humanos es que los estados son quienes tienen los siguientes deberes directos en materia de derechos humanos: 1. Respetar los derechos humanos de todas las personas naturales y jurídicas, reconocidos en los tratados internacionales que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción (art. 2.1 PIDCP). 2. Proteger los derechos consagrados en los tratados, trasplantar las normas de derechos humanos al ámbito interno y desarrollar las herramientas jurídicas necesarias para garantizar la imposición de las obligaciones y las responsabilidades que se generan por su vulneración. (Art. 2.2 y 2.3 PIDCP). 3. Exigir el cumplimiento e imponer las sanciones por las violaciones a los derechos humanos realizadas por organizaciones y personas en materia penal, administrativa, civil, disciplinaria. 4. Desarrollar herramientas jurídicas e implementar políticas públicas para prevenir que dichas violaciones se presenten (Clapham, 2006).

Algunos estudios interpretan que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que estos deben ser respetados tanto por los individuos como por las organizaciones públicas y privadas. También que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) –en el artículo 5 común– establecen que ningún grupo u organización debe emprender actividades o realizar actos que conlleven a la vulneración de las normas y derechos que contienen dichos tratados (Kaleck y Saage Maab, 2008).

El borrador de Código de conducta para las empresas transnacionales de la ONU (1990) fue uno de los primeros proyectos normativos específicos presentados y tenía como propósito: el estudio de los efectos de la actividad de las empresas en el desarrollo social y económico, sobre los derechos fundamentales sociales y colectivos y la eventual elaboración de un documento

jurídico internacional para establecer las responsabilidades de las personas jurídicas. Este documento no fue aprobado, por lo que quedó en cabeza de los estados las competencias para trazar las vías internas y herramientas necesarias para hacer cumplir a las personas jurídicas privadas los estándares mínimos de derechos humanos. También proponía exigir los deberes jurídicos, las obligaciones y establecer las normas e instituciones para determinar las responsabilidades civiles, administrativas y penales en sus jurisdicciones.

La ONU dictó Resolución (Resolución 60/147 de 2005) que contiene los principios y las directrices para que los estados garanticen el derecho de las víctimas de las violaciones de derechos humanos y el DIH a interponer recursos y obtener reparaciones adecuadas, rápidas efectivas y proporcionales. Según esta directriz, los estados están obligados a garantizar el acceso a la justicia civil y ejecutar las sentencias sobre: restitución o devolver a la víctima a la situación anterior, la indemnización adecuada y proporcional por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, la rehabilitación física y psicológica, la satisfacción como la petición de disculpas públicas y la búsqueda de personas desaparecidas, conmemoraciones, monumentos, y finalmente, las garantías de no repetición.

En 2014 la ONU emite Resolución en la que vuelve a poner en discusión la elaboración de un tratado de derechos humanos para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Sin embargo, los expertos consideran que el contenido del borrador cero de 2014 (Resolución ONU 26/9 de 2014) y el borrador uno de 2019 (Resolución ONU 16/7 de 2019) tiene dos problemas muy difíciles de resolver: El primero es político porque los estados desarrollados y donde las empresas tienen su sede matriz no están de acuerdo con un tratado que contenga obligaciones, responsabilidades concretas y tribunales mundiales o supranacionales para conocer la conducta contraria a los derechos humanos de los agentes privados. El segundo es el

contenido jurídico borroso del tratado que se debe a que no son enunciados los derechos humanos y fundamentales protegidos, tampoco los deberes jurídicos que tienen las empresas a nivel global, ni el tipo de responsabilidades penales, administrativas y civiles que se podrían imponer. Por ejemplo, en materia de las responsabilidades vuelve a reiterar que son los estados quienes deben asegurar –en su orden interno– políticas y normas para asegurar la obligación de reparar el daño y responder por los ilícitos y delitos asociados a la actividad de las empresas.

1.2 El derecho internacional de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) o *soft law*

Paralelamente a estas discusiones, en el derecho internacional de los tratados aparecen iniciativas y alternativas para establecer la relación entre la conducta de las empresas y el respeto de los estándares internacionales de derechos humanos. Estas iniciativas provienen de la ONU, de otras instituciones internacionales, estatales y privadas son definidas y agrupadas como Responsabilidad Social Empresarial (RSE), *Soft Law*, debida diligencia o ética de los negocios (Ángel, 2008; Castro, 2014).

Las siguientes son las características básicas de este tipo de orientaciones de conducta dirigidas a las personas jurídicas privadas: son creadas por los mismos regulados, son de libre adhesión y cumplimiento, no se establecen auténticas responsabilidades ni sanciones por el incumplimiento, no existen autoridades de supervisión, sanción o control y, tampoco, cuentan con órganos para investigar e imponer las obligaciones de reparar los daños causados por las organizaciones privadas sobre los derechos humanos y fundamentales (Schutter, Ramasastry, Taylor y Thompson, 2012).

Entre las iniciativas de *soft law* más destacadas están las siguientes:

Las Normas sobre Responsabilidades de las Empresas multinacionales (EMN) de 1997 y 2003 se originan en la Subcomisión de protección y promoción de DDHH de la ONU que se enfocan tanto en los derechos liberales como en los derechos sociales, económicos y culturales. Aunque utiliza un lenguaje imperativo, no son normas ni es un tratado aprobado por la comunidad internacional que establezca deberes jurídicos, obligaciones y responsabilidades directas para las empresas. Reconoce que son los estados quienes deben institucionalizar y materializar la justicia de los derechos humanos en el nivel interno como derechos fundamentales, sociales y colectivos. En esa medida los estados son quienes deben exigir el cumplimiento de las normas, entre ellas las indicadas para garantizar la reparación integral de los daños a las víctimas que se pueden generar en la actividad empresarial. (Resolución 2003/16).

La Declaración Tripartita de Principios de la EMN y la política social de la OIT de 1977 y 2000 contiene recomendaciones que van dirigidas a empleadores, estados, trabajadores y organizaciones laborales para conciliar los diferentes intereses y fortalecer la protección de los derechos laborales individuales y colectivos. Tiene cinco partes: la primera contiene el compromiso de los estados de garantizar tanto la igualdad de trato a las empresas nacionales o extranjeras para hacer cumplir las normas del derecho laboral individual y colectivo; la segunda, habla de la articulación entre las actividades de la empresa y las políticas estatales de generación de la calidad, seguridad y la estabilidad en el empleo; la tercera enuncia la capacitación laboral y la promoción de los empleados y directivos; la cuarta, refiere las condiciones laborales y prestacionales de los trabajadores y, la quinta, señala el respeto de los derechos laborales colectivos y sindicales (OIT, 2017).

El Pacto Global de la ONU de 2000 y 2004 actualmente tiene presencia en 164 países y tiene adheridas a 15.401 empresas. Se señalan 88.521 reportes de las empresas, lo cual, la coloca como la iniciativa más grande

de RSE a nivel mundial. Traza 10 principios que buscan hacer coherentes los negocios internacionales en cuatro áreas sobre las que pueden tener efectos negativos y/o positivos como son: los derechos humanos (principio 1 y 2), los derechos laborales (principio 3 y 6), el medio ambiente (principio 7, 8, 9), la lucha contra la corrupción (principio 10).

Las empresas asumen compromisos voluntarios de no lesionar directamente los derechos en las zonas de influencia de sus actividades y no ser cómplices directos, beneficiarse o guardar silencio frente a la acción violatoria realizada por terceros. En materia de reparación de los daños en los derechos humanos no cuenta con directriz alguna ya que se centra prioritariamente en consejos sobre la implementación de la prevención de los daños que no están articulados con ningún mecanismo judicial estatal (<https://www.pactoglobal-colombia.org>)

Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos para proteger, respetar y remediar (2006, 2007, 2008, 2009, 2011) son un estudio de debida diligencia encargado al experto John Ruggie que no tiene carácter jurídico vinculante. Este documento parte de que los estados tienen los deberes de: 1. Proteger mediante la adopción de medidas necesarias para prevenir, investigar, exigir medidas normativas concretas en las diferentes actividades empresariales; deben cumplir las normas de DDHH, DIH; remover los obstáculos para cumplir; supervisar empresas que reciben subsidios, ayudas; promover el respeto de empresas con las que realiza negocios; fomentar el respeto en zonas vulnerables o con conflicto armado y dar coherencia interna a todas sus instituciones en estos propósitos. 2. Respetar es no dañar y encarar las responsabilidades tanto en el entorno de las actividades internas como en las cadenas productivas en las que se articula y coopera con otras empresas. 3. Las empresas son responsables sin importar el tamaño, sector y estructura. 4. Deben adoptar políticas internas o de gobierno corporativo de respeto y prevención de las violaciones a los derechos humanos; desarrollar principios operativos como asumir una declaración

pública política y social de su compromiso; adoptar programas de debida diligencia; implementar estándares continuos de debida diligencia en los procesos; evaluar riesgos; integrar las evaluaciones en las actividades; evaluar medidas de prevención; comunicar a los *stakeholders* sobre las medidas; reparar y cumplir con los estándares de derechos fundamentales, sociales y colectivos trazados por las instituciones públicas. 5. Remediar mediante mecanismos judiciales y extrajudiciales civiles, administrativos, penales, policivos, adoptar mecanismos internos de denuncia para comunicar amenazas o lesiones y dar acceso de las víctimas, tanto a la protección como a la reparación (Ruggie, 2011).

Las directrices para las empresas multinacionales de la OCDE de 1976, 2000, 2002 y 2011 son un mecanismo intergubernamental que contiene recomendaciones sobre buenas prácticas que los gobiernos desarrollados dan a sus empresas para generar confianza, estabilidad en la inversión, cumplir con las normas en los estados huésped de la inversión internacional, extender sus efectos positivos en el entorno social de los estados donde operan y prevenir los efectos negativos. Su contenido es el siguiente: un preámbulo y once capítulos dentro de los cuales cabe mencionar el capítulo cuatro sobre derechos humanos y empresas con dos aspectos muy importantes: el primero es que la empresa se debe articular con las instituciones estatales y con el entorno social, para no lesionar los derechos humanos, cumplir con los deberes negativos y asumir los efectos negativos causados. El segundo es que tiene que adoptar políticas internas de debida diligencia, prevención de riesgos y el cumplimiento del derecho para prevenir los riesgos de daños y eventuales lesiones causadas por las fallas operativas y de los procesos.

Estas directrices son muy importantes porque Colombia es miembro de la OCDE desde 2020 y tiene un punto nacional de contacto (PNC) establecido en el Ministerio de Comercio Exterior (Decreto 1400 de 2012). Aunque no es una instancia

contenciosa, sí tiene la misión de servir como foro de discusión, colaboración y contribución en la solución de los problemas que surgen entre las empresas, el Estado, las organizaciones y comunidades sociales en los casos que le traen a su conocimiento relacionados con el incumplimiento de las directrices por alguna empresa. (Líneas directrices OCDE, MinComercio, 2012).

2. NIVEL DE DERECHO SUPRANACIONAL

El derecho supranacional se caracteriza porque los estados ceden y se someten a la aplicación subsidiaria de la justicia a un foro, juez o Corte internacional regional o global, que puede conocer las diferencias entre los estados o sancionar a los estados y organizaciones estatales por el incumplimiento de sus obligaciones (Mascareño, 2007). En materia de derechos humanos se encuentran los siguientes tribunales mundiales y regionales:

2.1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en materia penal y civil

Históricamente existen muchos casos en los cuales se ha señalado que los empleados, directivos y las políticas trazadas por las empresas han propiciado la participación directa o en complicidad con agentes estatales u organizaciones armadas y criminales en la comisión de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. Por esto, durante la discusión y aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional (CPI) hubo propuestas para incluir a la empresa como sujeto pleno del derecho penal internacional. Estas propuestas no fueron acogidas, por lo que en el derecho penal internacional se aplica la máxima que afirma que las personas jurídicas no pueden delinquir (*societas delinquere non potest*); es decir, que la Corte solamente puede investigar y judicializar a las personas individuales que la componen como son directivos, empleados y asociados (Parra, 2019).

En materia civil el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en el artículo 75 establece que la Corte puede imponer obligaciones de reparar restituir, indemnizar y rehabilitar a la persona que ha sido condenada por la comisión de los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio. Con base en esto, algunos estudios consideran que nada impide que estas demandas de reparar civilmente puedan dirigirse contra una persona jurídica. De la misma forma que en el sistema jurídico colombiano y bajo figuras como el tercero civil responsable luego de ser condenados los autores individuales, materiales e intelectuales vinculados con la empresa se podría realizar la audiencia de reparación integral (Mongelard, 2007).

2.2 Corte Europea de derechos humanos

La Corte Europea de derechos humanos y la comunidad europea en general se han mantenido al margen de la posibilidad de que sea creado un mecanismo o un juez supranacional que reciba demandas civiles por las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas con sede matriz o con algún elemento que permita ejercer la jurisdicción por hechos cometidos en otros Estados. El reglamento (CE) –4 de 2001 en el artículo 4:1– contempla la aplicación territorial del derecho civil esto es, que la justicia civil que se debe aplicar es la del lugar donde ocurren los hechos dañinos de los derechos fundamentales, sociales y colectivos. Además, procesalmente no han sido estudiados ni removidos obstáculos como la aplicación del *fórum non conveniens*, la territorialidad de la ley civil, los costos procesales y probatorios de la litigación, la falta de recursos de las víctimas, la carga dinámica de la prueba, entre otros (Requejo, 2011).

Un grupo de expertos ha trazado los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil de 2005 que contienen un esfuerzo académico por realizar una armonización de las normas y principios de la responsabilidad civil en los estados de la Unión Europea. El artículo 4:202 hace

referencia a que la empresa es responsable de todo daño derivado de la falla o defecto en el funcionamiento de la organización, que se expresa mediante el incumplimiento de los estándares legales, técnicos, científicos que le son exigidos en la prestación de bienes y servicios. También establece algunos criterios normativos para desarrollar los elementos que componen la responsabilidad civil como son el daño, la causalidad fáctica y jurídica, la culpa y los deberes negativos y positivos de la persona jurídica. (Principios PETL, 2005).

2.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos y la reparación de los daños

En el nivel supranacional regional americano tampoco existen deberes jurídicos y normas concretas sobre las responsabilidades empresariales y la Corte IDH no tiene competencia para imponer obligaciones a las personas jurídicas por el respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte Interamericana hasta el momento no ha trazado jurisprudencia alguna sobre las obligaciones de reparar los daños a los derechos humanos por parte de actores privados. Reitera que son los estados americanos quienes tienen el deber de garantizar –en su jurisdicción– la investigación y las sanciones de delitos, ilícitos y daños relacionados con los derechos humanos y fundamentales. La jurisprudencia tampoco ha desarrollado interpretación y aplicación de las normas de la convención a daños en los derechos humanos y fundamentales, presuntamente generados por la actividad empresarial. (CADH. Art. 1.1)

La Corte, con el fin de dar alguna claridad a las obligaciones jurídicas que pueden tener las personas jurídicas privadas, en el caso *Kaliña vs. Lokono* les dice a los estados que la aplicación e interpretación de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, pueden servir como fuente de derecho para determinar sus obligaciones tanto generales como concretas. Como ya vimos, estas directrices de RSE trazan principios como: respetar y abstenerse de

vulnerar los derechos, observar los mínimos establecidos en los tratados, adoptar medidas de diligencia y prevención y reparar o facilitar la reparación de los daños (Estrada y Pérez, 2019).

2.4 Proyecto de ley Modelo Dahl para la reparación civil en Latinoamérica

A nivel regional fue presentado el proyecto o Modelo de Ley Dahl que contiene una propuesta para crear un sistema regional en Latinoamérica que tiene como propósito fortalecer la reparación civil extracontractual por los daños en los derechos humanos. El propósito es fortalecer los mecanismos estatales de defensa de los derechos humanos y, en particular, la justicia de la reparación civil extracontractual para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas (Rubio y otros, 2011).

Este proyecto, en el artículo uno, confiere la competencia a los tribunales civiles nacionales para conocer las demandas interpuestas por nacionales o extranjeros por violación de los derechos humanos cometidos en un país extranjero. En los artículos dos y tres establece la aplicación de la ley a personas físicas o jurídicas de derecho privado, principalmente las EMN y señala el carácter imprescriptible de las acciones civiles. En los artículos 4 y 5 establece ventajas procesales muy relevantes como: la admisibilidad de la prueba obtenida en el extranjero y que se puedan imponer indemnizaciones conforme al derecho extranjero ligado con el caso concreto. En los artículos 6 y 7 se fija el carácter expedito y sencillo de este recurso de acceso a la reparación de las víctimas, la evitación de la dilación, la concesión de recursos solamente en el efecto devolutivo y se limitan los tiempos en las apelaciones y recursos.

3. EL NIVEL DE DERECHO MUNDO AUTORREGULADO

El nivel de derecho autorregulado mundial es creado al margen de los centros de legislación jerárquicos del derecho

internacional y también de la legislación del nivel estatal. Estas normas no surgen en las relaciones entre estados, sino en organizaciones privadas autónomas (inter privados) quienes emiten autónomamente orientaciones de conducta global altamente especializadas y técnicas que se estandarizan e institucionalizan en diversas áreas como la financiera, bursátil, internet, construcción, deporte, entre otras (Teubner, 2010). La tendencia evolutiva es que en el derecho a la internet –en el derecho comercial y de los tratados comerciales– incorpore cláusulas de empresas y derechos humanos y que las instituciones de nivel estatal se comuniquen con el nivel autorregulado para generar el respeto de los derechos humanos en estas actividades y comunidades globales.

3.1 *Lex mercatoria*

La *lex mercatoria* es uno de los primeros ejemplos de la desnacionalización del derecho y de la formación de sistemas jurídicos globales sobre criterios especializados y profesionales que se edifican al margen de Estado y del derecho de la comunidad de los estados. Se define como un sistema jurídico de los comerciantes para los comerciantes quienes erigen principios, normas primarias y secundarias, autoridades, tribunales que las aplican e interpretan de manera jerárquica, integral y unitaria para dar solución a los problemas jurídicos en las relaciones comerciales mundiales (Rodríguez-Fernández, 2009).

El fundamento de la ley mercatoria es el contrato en el que expresa la autonomía de las partes, y cuya validez –en caso de ser cuestionada– es dirimida por un Tribunal arbitral estatal o internacional, esto es, un tercero designado por las partes en el contrato quien conoce sobre el desacuerdo y analiza la validez del mismo. Los principales actores de la creación de la *lex mercatoria* son el Instituto para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Los instrumentos que componen la *lex mercatoria* son los usos y costumbres (INCOTERMS-CCI) los contratos tipos (modelos de contrato de organismos y asociaciones profesionales) los códigos de conducta (OIT; ONU, Cámara de Comercio internacional) y el arbitraje (laudos, jurisprudencia de los tribunales internacionales). Las fuentes del derecho comercial se clasifican como *Soft Law* no legislado y consuetudinario.

Un ejemplo, con decisiones comunicadas por la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios de 14 de diciembre de 2016 (toma y posesión) y de 24 de marzo de 2021 (liquidación) se da respuesta positiva al siguiente problema jurídico: ¿Debe ser intervenida mediante la toma de posesión y la liquidación la empresa Electricaribe S.A., como lo establece el artículo 121 de la ley 142/94, debido a la inviabilidad para cumplir sus obligaciones financieras (art. 59-7) y continuar con la calidad en la prestación del servicio de energía eléctrica (59-1) a la población de la costa Caribe, como se ha evidenciado con la deficiente prestación del servicio durante 2015? La empresa demanda a Colombia en el caso Naturgy Energy Group S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. contra la República de Colombia, en la que comunica ante el Centro Internacional Arreglo de las Diferencias (CIADI) que Colombia con estas resoluciones ha violado las normas del tratado de libre inversión entre Colombia y España de 2005 sobre trato justo y equitativo (art. 2,3), expropiación (art. 4), protección y seguridad plenas (art. 2,3) y trato de la nación más favorecida (art. 3). La CIADI –mediante laudo de 12 de marzo de 2021– comunica a las partes que desestima las pretensiones de la empresa demandante, declara que no tenía jurisdicción para conocer las reconveniones presentadas por Colombia y que cada parte asume los gastos del litigio (Caso CIADI N° UNCT 18/1. Laudo del 12 de marzo de 2021).

Aunque la *lex mercatoria* es un sistema mundial autónomo y autorregulado, no está cerrado ni es indiferente frente a los otros niveles del derecho mundo. Por el contrario, se encuentra en una comunicación

permanente con otros niveles de derecho internacional y estatal. Debido a esto, el contrato, los tratados, la autonomía de las partes en los negocios mundiales en la práctica tienen que incorporar consideraciones contractuales para exigir el cumplimiento de los derechos humanos y fundamentales. La *lex mercatoria* no puede ser indiferente a las comunicaciones con instituciones especializadas y técnicas estatales, con las empresas inversoras y con tribunales como el CIADI. Como vimos, en dicho escenario de comunicación jurídica mundial existe la posibilidad de protección de los derechos fundamentales sociales y colectivos de los colombianos de manera legítima, técnica, eficiente, institucional y sin afectar la seguridad de la inversión internacional.

Ruggie y Sherman III señalan que los abogados corporativos vienen incorporando en los contratos, negocios, tratados y asociaciones comerciales, cláusulas sobre el respeto de los derechos humanos y fundamentales. En estas se exige a las partes y a los asociados, que los modelos de negocio que sean pactados incorporen mecanismos, metodologías y sistemas de cumplimiento, prevención y reparación del daño. Además se complementa dicha cláusula con auditorías serias, transparentes y controles en los que se exige y verifica el cumplimiento en las cadenas productivas globales, asociaciones en red y contratos que se articulan en los niveles local, nacional, transnacional y global (2015).

3.2 Lex digitalis

Otro de los sectores donde se puede ilustrar la autorregulación mundial es la *lex digitalis* o *ciber law* que hace referencia a la regulación de las relaciones sociales y la comunicación e información en Internet. Este sector surge privilegiadamente evolucionado, ya que su centro de producción de normas y control no está en el derecho estatal, internacional o supranacional, sino en códigos internos de las comunidades digitales. Así mismo, instituciones centrales como la Internet Corporation for

Assigned Names and Numbers (ICANN) encargada de la asignación de nombres y números de dominio a escala mundial son privadas y autónomas. Ni los estados ni la comunidad de estados le cedieron el control y administración a esta entidad privada, autónoma y técnica; sin embargo, la han reconocido, se someten a sus decisiones como vinculantes y acatan sus decisiones sobre el tratamiento de los conflictos que surgen en este sistema (Cyberlaw and human rights. Intersections in the Global South 2019).

En la sociedad de la comunicación e información digital mundial prima el principio de la autonomía de los sistemas y redes que se articulan en la sociedad virtual, puesto que ningún Estado o sistema puede regular, sancionar o controlar tecnológica y jurídicamente estos sectores y redes; pero, sí existe una interconexión comunicativa permanente entre este nivel de derecho autónomo y autorregulado con los otros niveles de derecho internacional, estatal y supranacional.

Muestra de ello es que la dirección de investigación de protección de datos personales de la Superintendencia de industria y Comercio mediante Resolución 53593 de 3 de septiembre de 2020 concluye que GOOGLE LLC posee y trata datos de 1.847.592 niños y niñas y de cerca de 38.962.184 personas colombianas mayores de edad. En consecuencia, comunica a la empresa que debe cumplir con las normas de protección de datos (art. 15 Carta política, Ley 1581/13, Decreto 1377/13) en las que se protege el derecho fundamental al *habeas data* de los colombianos. Además, le comunica a esa poderosa empresa mundial que está sujeta al control de ese organismo técnico y especializado en la materia y que debe cumplir con las órdenes trazadas por esta institución de control estatal para ajustarse al ordenamiento jurídico colombiano (Superindustria y Comercio. Resolución 53593 de 3 de septiembre de 2020).

3.3 Guía de Responsabilidad Social Empresarial (ISO 26.000 de 2010)

Las organizaciones técnicas han trazado orientaciones como la Guía de Responsabilidad Social Empresarial (ISO 26.000 de 2010) que no es de certificación técnica o de calidad en los procesos, sino que contiene recomendaciones sobre el desarrollo sostenible y la observación de los tratados internacionales de derechos humanos en las actividades, estructura y procesos técnicos. Tiene siete capítulos, entre los cuales se encuentra el capítulo cuatro y el capítulo seis en los que señala que la empresa pública, privada o mixta debe identificar en los procesos misionales, estratégicos y de apoyo la gestión del riesgo de daños en los derechos humanos y fundamentales, pero también en los procesos internos que desarrolla con los asociados en cadenas productivas y de cooperación.

3.4 Derecho autorregulado de los Códigos internos

Las personas jurídicas de manera autónoma y autorregulada se dan códigos internos que contienen parámetros de conducta asociadas con temas como la competencia, propiedad intelectual, el bloqueo al soborno y la corrupción transnacional y, dentro de ellos, el respeto de los derechos humanos y fundamentales. Estos códigos éticos de conducta en los negocios son documentos generales que tienen una aplicación práctica en los que la empresa traza los valores y principios que rigen integralmente las actividades empresariales. Especialmente, frente a riesgos de daños, delitos e ilícitos que tienen alta probabilidad de materializarse en determinados procesos y decisiones. Asumen compromisos sociales sobre el respeto de bienes como el medio ambiente, la protección de los trabajadores, la dignidad de las personas y, en definitiva, la protección de derechos e intereses que pueden resultar afectados dentro de determinada actividad empresarial.

La tendencia a nivel mundial es que los estados, le toman la palabra a las organizaciones sobre la autonomía y autorregulación frente a problemas como la corrupción transnacional y el blanqueo de capitales. Mediante normas administrativas internas como la Ley 1778/15 para prevenir el soborno y la corrupción a nivel transnacional empiezan a exigirles a las empresas que implementen sistemas internos eficientes e idóneos para gestionar estos riesgos de ilícitos, delitos y daños. De esa manera, la autorregulación regulada se ha convertido en una de las principales estrategias y herramientas del derecho administrativo estatal y mundial para enfrentar problemas que se sustraen de lo estatal y lo público (Arroyo y Nieto, 2008).

Por ejemplo, Colgate-Palmolive cuenta con el código de conducta “vivir según nuestros valores” de 2019 que establece que en las relaciones con la sociedad se compromete a respetar y prevenir las violaciones de derechos humanos, fundamentales, sociales y colectivos, especialmente el derecho al trabajo. De una parte, ratifica que cuenta con una dimensión ética interna y valores orientados hacia el cumplimiento de las normas jurídicas, técnicas y éticas. De igual forma, toda información y/o comunicación sobre eventuales vulneraciones a los derechos humanos debe ser conocida y tiene un procedimiento interno para atenderla, investigarla y establecer posibles sanciones y correcciones internas en los procesos y actividades (<https://www.colgatepalmolive.com.co>).

4. NIVEL DE DERECHO ESTATAL EXTRATERRITORIAL. LA REPARACIÓN CIVIL DE LOS DAÑOS A NIVEL ESTATAL

Como se mostró previamente, el Estado es el que tiene las obligaciones de garantizar los derechos humanos como derechos fundamentales, sociales y colectivos en su jurisdicción y ofrecer normas y sistemas de justicia civil en la que sea garantizada la

reparación integral de los daños y perjuicios causados a las víctimas. El Estado debe contar con un sistema de justicia penal en el que se investiguen y condenen los delitos contra los derechos fundamentales y una justicia administrativa técnica que prevenga y sancione los ilícitos contra el medio ambiente, los servicios públicos, el sistema financiero y societario, la contratación pública, el sistema de salud, entre otros.

En principio son los estados huésped (*Host States*) de la inversión y la actividad empresarial quienes en cumplimiento de las obligaciones internacionales deben garantizar los medios judiciales civiles o una jurisdicción civil efectiva que garantice el acceso a la justicia de la reparación integral compuesto por normas, procesos, jueces y tribunales. En el derecho civil global se aplica el principio territorial que indica que la jurisdicción donde ocurren los daños es la que debe ser adecuada para demandar a las personas naturales y jurídicas como lo expresa el artículo 18 del código civil colombiano. En el nivel estatal interno de Colombia existen tres vías para demandar y establecer la responsabilidad civil de reparar de las personas jurídicas que son: la extracontractual (art. 2.341 Código Civil), la contractual (art. 1604- 1617 Código Civil) y el tercero civil responsable (Art. 102 y 107 Ley 906/04).

Respecto a la justicia civil estatal existen dos escenarios: por un lado, la justicia civil donde se produjeron los daños y donde se encuentran las víctimas o quienes han padecido los daños en los derechos fundamentales e intereses causados por la actividad de la persona jurídica. Por otro lado, algunas jurisdicciones estatales permiten que se demande extraterritorialmente para conocer los hechos dañinos que pueden ser generados por sus ciudadanos empresariales en otros estados. Las normas y países más importantes que ofrecen estos foros son Estados Unidos (Alien Tort Claims Act), el Reino Unido (U.K torture damages Bill) la Unión Europea (UE. Reglamento (CE) de la Unión europea 4401) y Canadá (proyecto de Ley C-354" (Bill C-354).

4.1 Reparación civil en el nivel estatal extraterritorial

Algunos estados abren la posibilidad que las víctimas demanden los daños y perjuicios ocurridos en otros estados cuando se trata de graves afectaciones a los derechos humanos y fundamentales. Se trata de la justicia civil extraterritorial de otros estados especialmente desarrollados, donde las personas jurídicas tienen su sede matriz o donde realizan negocios que contienen alguna norma que permite demandar dicha responsabilidad civil.

La jurisdicción extraterritorial se define como la voluntad y capacidad que tiene un Estado, a través de normas e instituciones, para ejercer su jurisdicción sobre personas naturales y jurídicas que han realizado daños por fuera de su propio territorio. Existen tres formas de extraterritorialidad que son: 1. La jurisdicción prescriptiva o legislativa para establecer leyes dirigidas a actores y conductas en el exterior; 2. La jurisdicción de ejecución o la capacidad de los estados de garantizar el cumplimiento de las leyes y 3. La jurisdicción judicial que es la capacidad de los tribunales estatales para adjudicar y resolver disputas privadas con un elemento extranjero.

Zerk señala que no se ve porque los estados pueden tener interés en regular y ejercitar la sanción por las conductas, actividades, inversiones de las empresas domiciliadas en su jurisdicción por daños cometidos en otros estados. También señala que en la legislación internacional de *hard law* y *soft law* no se encuentran establecidos deberes concretos para que estos estados regulen extraterritorialmente la conducta de las empresas domiciliadas en su territorio. Solamente los Principios Rectores señalan que los estados receptores y los estados hogar de las empresas deben tomar medidas adicionales para prevenir los daños en los derechos humanos y fundamentales en zonas de alto riesgo y conflicto (2010, p. 55).

En la legislación civil colombiana tampoco está desarrollado el principio

de extraterritorialidad y el código civil no se pronuncia sobre los problemas de la jurisdicción competente para conocer una demanda civil extracontractual por daños cometidos por empresas colombianas en el exterior. A pesar de esto, se puede afirmar que rige el principio general universal en materia de jurisdicción que dice que la demanda debe ser presentada en el lugar donde ocurrieron los hechos dañinos. Esta limitación territorial resulta muy importante en el caso de los daños que se pueden derivar de la actividad de las empresas multinacionales ya que en el derecho civil y societario universal y estatal también está vigente y puede ser aplicado otro principio esencial en el derecho societario y civil mundial que hace todavía menos probable la presentación de demandas en el extranjero.

Se trata del principio de la limitación de la responsabilidad civil societaria que es fundamental en la constitución económica estatal en el que se establece que solamente en casos de conductas corporativas defraudatorias y fraudulentas se puede desconocer la limitación de la responsabilidad de los daños de los asociados hasta el monto de sus aportes; es decir, que solamente se puede demandar por los daños causados en los derechos humanos y fundamentales por la actividad empresarial hasta el monto de los activos, por ejemplo, de una filial en el extranjero (Corte Constitucional Colombia. C-865/04).

Sirve como ejemplo el conocido caso de Bhopal-India ocurrido en 1984 en los que más de medio millón de personas quedaron expuestas a sustancias químicas tóxicas durante un escape de gas de la fábrica de pesticidas de Unión Carbide. Como consecuencia de este escape murieron más de 7.000 personas en unos pocos días y otras 15.000, en los siguientes años; además, 100.000 personas sufrieron diversas enfermedades. Los jueces y tribunales civiles de Estados Unidos, en donde se encuentra la sede matriz de esta empresa, han dado aplicación al principio de limitación de la responsabilidad civil extracontractual. Debido a esto, en este caso no consienten la perforación del velo corporativo que

consiste en hacer responsables a los accionistas, administradores y directores con su patrimonio por las deudas o daños de las empresas matrices y sus subordinadas. Esto es, los tribunales estatales frente a estos daños materiales y morales no hacen responsables de reparar a las empresas matrices ni a sus accionistas que si pueden contar con la capacidad de reparar integralmente los graves daños causados en otros estados. (United States District Court Southern District of New York, Janki Bai Sahu, et al., plaintiffs, against Union Carbide Corporation, and Warren Anderson, 26 de junio de 2012).

4.1.1 USA. Alien Tort Claims Act de 1789 (ACTA)

Los Estados Unidos tienen una norma que permite a los ciudadanos extranjeros demandar ante los tribunales norteamericanos violaciones a los tratados de derechos humanos y el DIH de los que esa nación hace parte. Se aplica desde 1980 en el caso *Filartiga vs. Peña Irala*, donde el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito, que cubre New York, declara que el ATCA autoriza la intervención de los tribunales de Estados Unidos para conocer violaciones de normas universales (derecho de gentes) independientemente de la nacionalidad de las partes. Luego en el caso *Kadic vs Karadzic* también tramitado en el segundo circuito se abre la posibilidad de que sean demandados agentes privados ante el ATCA por violaciones a los derechos humanos. En el caso *Doe vs. Uconal* que fue tramitado entre 1997 y 2004 se abre la posibilidad de que sean llamadas a responder ante el ATCA las empresas por los daños producidos en complicidad con los estados en la comisión de violaciones de derechos humanos (Ortega, 2008).

Según la doctrina, esta norma y la jurisprudencia tiene problemas de claridad en su aplicación como los siguientes: 1. El fuero personal que hace referencia al vínculo que debe existir entre la persona jurídica demandada y el territorio sobre el que ejerce la jurisdicción, en el caso del ATCA no hay claridad sobre qué ciudadanos

o empresas pueden ser demandadas bajo el ATCA. Es decir, si se puede demandar empresas constituidas y registradas en Estados Unidos por actividades fuera de ese país, o si se puede ejercer la justicia civil sobre empresas extranjeras que tienen relaciones comerciales sustanciales con Estados Unidos, o también sobre empresas extranjeras que actúan en Estados Unidos a través de subsidiarias o agentes. 2. El fuero material resulta problemático ya que los jueces y tribunales norteamericanos no han abordado la discusión sobre cuáles son las conductas violatorias de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario que pueden ser demandadas y tampoco queda claro si las personas jurídicas pueden cometerlas. 3. Los jueces pueden aplicar el *fórum non conveniens* que permite a los jueces desestimar las demandas por considerar que otra jurisdicción es competente para conocer el caso. Por esto, el juez –una vez el demandado– alega que existe un foro alternativo que tiene la jurisdicción material y personal para conocer la causa puede enviar el proceso al Estado donde ocurrieron los hechos o al Estado del domicilio del demandado. 4. Otro problema es que ante el ATCA no se pueden presentar demandas contra instituciones del Estado en la medida de que gozan de inmunidad los jefes de Estado y los representantes del gobierno de estados soberanos (Ortega, 2008).

La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co.*, (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (17 de abril de 2013)) desestimó la demanda contra la empresa petrolera Shell, señalada de cometer presuntas violaciones de los derechos humanos contra el pueblo Ogoni en complicidad con las fuerzas del gobierno nigeriano. Se afirma que con esta decisión la Corte limitó aún más la aplicación del ATCA, hasta tal punto que se espera que este sea el comienzo del fin de la jurisdicción extraterritorial civil que ofrecía los Estados Unidos en materia de derechos humanos. La Corte dice que en Estados Unidos prima el principio de la aplicación territorial de las normas, es decir, que ninguna

norma de Estados Unidos se debe aplicar extraterritorialmente en la medida en que este país de ninguna forma pretende legislar o ejercitar justicia civil universal. También afirma que el ATCA no contiene precisión alguna sobre su aplicación extraterritorial, razón por la cual se debe presumir que no se aplicará esta norma a ninguna conducta dañina realizada en el extranjero. Así mismo, establece que no basta la mera presencia de las empresas en Estados Unidos para que estas puedan ser demandadas ante el ATCA.

Algunos de los casos más comentados y analizados tienen que ver con las demandas civiles que han sido presentadas por las víctimas utilizando el ATCA por presuntos daños cometidos por empresas como Chiquita Brands, Airscan INC, BP Company Dole Food Company, Drummond Ltda. y Occidental, en complicidad con actores armados y criminales en Colombia. Estos análisis consideran que los estados donde ocurren los daños, por lo general, son países en desarrollo como Colombia, allí la justicia civil extracontractual es débil y presenta serias deficiencias como la morosidad, las bajas indemnizaciones que imponen los jueces y los altos costos legales que implica una contienda jurídica contra una empresa multinacional.

Debido a esto, las ventajas que encuentran las víctimas y sus apoderados para litigar extraterritorialmente son los costos bajos porque las asesorías legales no cobran anticipos, la eficacia de la justicia extranjera y el monto de las indemnizaciones que se pagan en esos estados. Considerando esas ventajas prácticas, procesales y de eficacia de la justicia civil extranjera, las víctimas han utilizado el ACTA para demandar a las empresas multinacionales por los daños ocasionados en Colombia. Por ejemplo, en relación con los paramilitares extraditados, las víctimas han tramitado una demanda civil contra alias Macaco por los daños causados en la comisión de las siguientes conductas delictivas: crímenes de lesa humanidad, tortura y crímenes de guerra que fue presentada ante el Tribunal Federal de Miami que es el juez competente (Bernabéu, 2010).

4.1.2 United Kingdom U.K. Torture damages Bill

En el Reino Unido también fueron discutidas dos iniciativas legislativas para establecer una jurisdicción civil universal que permitiera a las víctimas presentar demandas extracontractuales en ese país: The Torture (*damages*) Bill presentado en 2008 y el Torture (*damages*) Bill presentado en 2009-2010. Estos proyectos establecían que quien ha realizado tortura, en cualquier lugar del mundo, podía ser demandado ante los jueces civiles de UK para solicitar la reparación de los daños y perjuicios. Para ciudadanos no británicos era subsidiaria la acción ya que primero se debía probar que no existió una reparación adecuada o acceso a la justicia en el Estado donde ocurrieron los hechos. (Torture. *Damages* Bill [HL], U.K., 2010).

Sin embargo, fue abandonada la discusión y aprobación de estos proyectos, por lo que en la actualidad no existe una norma legal civil específica que permita la aplicación extraterritorial de la justicia civil en U.K. De esta forma, las demandas contra ciudadanos corporativos del Reino Unido se pueden interponer sobre las normas de la responsabilidad civil extracontractual interna, que tienen restricciones fundamentales como los plazos de prescripción, las reglas procesales, el principio del *fórum non conveniens*, las inmunidades de algunos funcionarios y la aplicación de los planes de indemnización (The UK's Implementation of the UN Convention against Torture and Other Cruel, 2019).

En consecuencia, prevalecen los obstáculos en este sistema de justicia civil que hacen que las demandas corran la misma suerte de ser desestimadas o no aceptadas por los jueces y retiradas por los demandantes. Se pueden mencionar algunos ejemplos de las demandas ante tribunales en el Reino Unido contra empresas como African Barrick Gold, British Petroleum, DJ Houghton, Shell, entre otras. De estos casos se pueden afirmar dos cosas: que son aplicadas las normas civiles a nivel estatal para las

empresas que tienen la sede matriz en esos estados y, la segunda, que son desestimadas las demandas por daños causados en el extranjero o son enviadas al juez civil del lugar donde ocurren los hechos. Por ejemplo, las demandas de las víctimas del delito de lesa humanidad de Apartheid en Sudáfrica que presuntamente fueron realizadas por empresas británicas en complicidad con el gobierno sudafricano (Farbstein, 2020).

4.1.3 U.E. Reglamento (CE) de la Unión Europea (UE) 4401 de 2001

En cada uno de los estados europeos y en la UE se replica el principio que impera en el derecho civil mundial que afirma que el acceso a la justicia de la reparación civil es un asunto de derecho interno y territorial que se limita al lugar donde han sido cometidos los daños. Por esto, el Reglamento (CE) 4 de 2001 no ofrece una jurisdicción extraterritorial general que se extienda más allá de cada Estado ni ofrece un juez supranacional para la comunidad europea que permita a las víctimas demandar la reparación por los daños en los derechos humanos y fundamentales que pueden ser cometidas más allá de cada jurisdicción estatal (Requejo, 2011).

En consecuencia, prima la justicia civil estatal europea en materia de la reparación de los daños por violaciones a los derechos humanos y fundamentales por varias razones: 1. La limitación de la ley a personas jurídicas demandadas que tengan domicilio en la UE o que tengan sede, o establecimiento principal o central en Europa (art. 60 del reglamento), lo que no permite atraer empresas que se hallen fuera de UE. 2. Las víctimas encuentran problemas para articular una violación cometida afuera por una subsidiaria de una empresa con sede matriz en Europa, debido a que prima la justicia civil de cada estado en donde los jueces pueden aplicar o enviar el caso al lugar donde ocurren los hechos dañinos y aplicar el *forum non conveniens* (Requejo, Responsabilidad civil y derechos humanos en Estados Unidos ¿el fin del ATS?, 2011).

El Reglamento (CE) 4 de 2001 también contempla la aplicación del *fórum non conveniens* que deja abierta la posibilidad de que los jueces y tribunales civiles de cada Estado desestimen la demanda y tomen la decisión de remitirla a otros estados, porque consideran que resulta más conveniente y competente para resolver el problema jurídico. En estos casos las empresas demandadas, pueden alegar la existencia de dicho juez alternativo que tiene jurisdicción material y personal para conocer el caso. El juez o tribunal europeo puede tomar la decisión de remitir el proceso al Estado donde ocurren los hechos o en el Estado del domicilio de la demandada. (U.E. reglamento (CE) 4401. 2001)

De manera similar a la Corte IDH, la Comisión Europea ha trazado lineamientos a los estados europeos sobre la eventual aplicación de las directrices y normas de la OCDE en el derecho civil estatal para las personas jurídicas. En el libro verde de la Comisión Europea de derechos humanos "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas" se les dice a los estados que busquen fórmulas de políticas públicas, legislativas, procesales para que las empresas de manera voluntaria cooperen y acojan estándares de empresa y derechos humanos como los de la OCDE y la OIT (Libro Verde, 2001). Por ejemplo, han sido desestimadas en los estados europeos varias demandas por daños en la salud y la vida de trabajadores en minas que eran explotadas sin las medidas de seguridad necesarias para evitar graves enfermedades como cáncer o intoxicación con mercurio. Así mismo, demandas de acción civil de grupo por las víctimas surafricanas de Apartheid que fueron desestimadas por los jueces británicos en aplicación del *fórum non conveniens* (Francioni, 2007)

4.1.4 Canadá. Proyecto de Ley C-354" (Bill C-354)

En Canadá también han sido presentados varios proyectos legislativos que no han sido aprobados como el C-300 de 2009 en el que se buscaba acoger pautas de responsabilidad social empresarial en el desarrollo de las

actividades de minería, petróleo y gas de las multinacionales canadienses. La finalidad era ajustar la conducta de las empresas que reciben ayudas y subsidios del gobierno a las mejores prácticas internacionales en materia ambiental y a los compromisos asumidos por Canadá en los tratados de derechos humanos (Canadá. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

También los proyectos C-323 de 2009, C-354 de 2009, C-298 de 2009 y el "Proyecto de Ley C-354" (Bill C-354) o ley de promoción y protección internacional de los derechos humanos (International Promotion and Protection of Human Rights). Este último, de manera similar al ATCA permitía interponer demandas a las víctimas de daños en los derechos humanos y fundamentales cometidas en el extranjero. De aprobarse esa ley, se aplicaría a los casos en los que se demanda la violación de una ley o tratado internacional de la que Canadá hace parte ("violation of international law or a treaty to which Canada is a party" (House of commons of Canada, Bill c-354).

Entre los casos que han sido tramitados por la justicia civil interna canadiense por demandas contra empresas multinacionales de ese país podemos tomar como ejemplo el caso *Researches Internationales Quebec vs. Cambior INC.* Los hechos ocurren en 1995 con la ruptura de un dique con desechos de filtración de minerales que envenenó un río del que dependía la vida y la cultura de 23.000 habitantes de la Guyana. La mina era propiedad de Omai Gold Mines Limited (OGML) y cuyo principal accionista (65%) era la empresa canadiense Cambior Inc., que en el momento del daño tenía una participación del 95%. Los apoderados de las 23.000 víctimas presentaron una demanda colectiva en Quebec para obtener la reparación de los daños y perjuicios que ascendía a 69 millones de dólares. La Corte canadiense considera que el domicilio de la empresa en Quebec no era suficiente vínculo para ejercitar la jurisdicción civil y rechazó la demanda con fundamento en el *fórum non conveniens* (Canadá. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Tribunal extraterritorial	Casos	Empresas demandadas	Resultado
USA. ACTA	8	- Chiquita Brands - Airscan INC, - BP Company - Dole Food Company - Drummond Ltda. - Occidental	Desestimados 5 Pendientes 3
UK.	1	BP Company	Retirado

Cuadro 1. Fuente. Dejusticia. 2020.

Conclusiones y balance de la aplicación de la justicia civil internacional, supranacional, autorregulada y extraterritorial

1. En el derecho internacional público de los tratados se encuentra establecido de manera clara que son los estados quienes tienen la obligación de adecuar los sistemas internos para que las víctimas tengan acceso a la justicia civil de la reparación de los daños en los derechos humanos y fundamentales cuando son afectados por las actividades empresariales. Ahora bien, estudios recientes afirman que no hay perspectiva favorable para que sea estudiado y aprobado un tratado internacional vinculante de empresas y derechos humanos.

Es el Estado quien asume en el ámbito interno los deberes de institucionalizar y materializar los derechos fundamentales, sociales y colectivos mediante legislación y políticas públicas. Entre ellas, la de garantizar la efectiva reparación de los daños y perjuicios mediante acciones, jueces y procesos civiles eficientes, legítimos y transparentes.

La estrategia que se está desarrollando en el derecho internacional público de los tratados y en el *soft law* para vincular a las empresas con el respeto de los derechos humanos no se orienta a la reparación civil de los daños ya producidos. Primordialmente se dirige a trazar directrices de buenas prácticas y formas de autorregulación para

que las empresas prevengan y gestionen los riesgos de daños en los derechos humanos y fundamentales en los territorios donde operan.

2. En el derecho supranacional, en la misma línea del derecho internacional, no se ve posibilidad alguna de que los tribunales internacionales interpreten y apliquen las normas internacionales de la reparación civil y de la responsabilidad penal para llamar a responder por los daños de manera directa a los actores de derecho privado. También se adhieren a lo trazado en las normas de RSE como el Pacto Global o las directrices de la OCDE para que las empresas prevengan el daño y para que los estados implementen y apliquen sistemas internos de reparación civil integral, efectiva, eficiente y humana.

3. En el derecho autorregulado mundial los abogados corporativos, de los negocios, los contratos, el comercio y financieros están desmitificando el análisis del respeto de los derechos humanos en esos complejos ámbitos. Por ejemplo, en la *lex mercatoria* se viene analizando cómo se pueden establecer cláusulas contractuales relacionadas con que las partes y los asociados cumplan con los estándares de derechos humanos y cómo se puede exigir y verificar dicho cumplimiento con auditorías, metodologías para prevenir de manera efectiva dichos riesgos en los negocios. Además de ello, las instituciones especializadas y técnicas de nivel nacional en áreas como Internet (delegada de datos personales de la superintendencia de sociedades), los servicios públicos

(superintendencia de servicios públicos) y el medio ambiente (ANLA y Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible) se pueden comunicar con las poderosas empresas mundiales autorreguladas. El fin es señalar que la conducta propia y la conducta en redes de empresas asociadas debe ser consecuente con los estándares legales y técnicos del respecto de los derechos fundamentales, sociales y colectivos de los colombianos.

4. Existen algunas normas que abren algunas jurisdicciones para presentar demandas civiles extraterritoriales como Estados Unidos, Reino Unido, Unión Europea y Canadá por daños en los derechos humanos ocurridos en otros estados. Con fundamento en estudios empíricos recientes se señaló que la justicia civil extraterritorial en realidad no ha resultado efectiva, idónea y humana para proteger a las víctimas por los daños que se pueden derivar de las actividades de las personas jurídicas con sede matriz en esos estados. También, se evidencia que reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum Co* afirma que ese Estado no ofrece justicia civil universal y que prima el principio de que las leyes civiles deben ser aplicadas conforme a la jurisdicción territorial del lugar donde ocurren los hechos dañinos. Con todo esto, concluimos que existe muy baja probabilidad de que la justicia civil extraterritorial conozca y acepte estas demandas e imponga las obligaciones de reparar los daños cometidos en estados en desarrollo como Colombia que

son receptores de la inversión internacional y de la actividad empresarial (*host states*). El problema es que los Estados Unidos (EE. UU), United Kingdom (UK), la Unión Europea (UE) y Canadá ofrecen herramientas que hasta ahora no han sido exitosas para litigar la reparación civil por actividades de empresas multinacionales con sede o negocios en esos estados. Estas herramientas jurídicas están condicionadas y limitadas, de esa forma, antes que los criterios de reparación integral universal de las víctimas, priman razones e intereses económicos y comerciales que llevan a que las demandas sean desestimadas en dichas jurisdicciones.

Con esta panorámica práctica y empírica que ofrecen los niveles de derecho mundial se plantea que es necesario estudiar alternativas idóneas para la protección efectiva de los derechos humanos de los ciudadanos frente a los eventuales daños que se pueden derivar en la actividad de la persona jurídica estatal y multinacional. Consideramos que el mejor escenario judicial para demandar la responsabilidad civil extracontractual por la vulneración de los derechos humanos, fundamentales, sociales y colectivos que ya se han materializado es en el nivel del derecho estatal. En un próximo estudio se analiza qué se requiere fortalecer y transformar la justicia civil estatal desde la perspectiva de la reparación integral, el modelo de responsabilidad civil directa de la persona jurídica, la construcción normativa de los elementos que la componen y desde la perspectiva de la prevención de los daños en los derechos humanos y fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Álvarez-Rubio, J.J.; Iriarte-Ángel, J. L.; Martín-Ortega, O; Requejo-Isidro, M; Sales-Pallarés, L.; Zambrana-Tévar, N.; Zamora-Cabot, F. J.; (2011). A propósito de la Ley modelo latinoamericana de protección internacional de los derechos humanos (ley modelo Dahl)”, en Revista de Estudios Jurídicos N° 11, Universidad de Jaén.
- » Ángel-Cabo, N. (2008). La discusión en torno a las soluciones de soft law en materia de responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Privado*.
- » Arroyo-Jiménez, L. y Nieto-Martín, A. (2008). Autorregulación y sanciones. Valladolid: Lex Nova.

- » Bernabéu, A. (2010). Demandas civiles en Estados Unidos contra los líderes paramilitares extraditados. Tercer Informe. Centro Internacional de Toledo para la Paz-CITpax, Torture (Damages) Bill [HL], UK.
- » Castro-Novoa, L. M. (2014). *Fragmentación, soft law y sistema de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Departamento de Derecho.
- » Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones-CIADI. (2021). Caso CIADI N° UNCT 18/1. Laudo del 12 de marzo de 2021. <https://procesal.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/9/2021/04/Laudo-del-12-de-marzo-de-2021-.pdf>
- » Clapham, A. (2006). Human rights obligations of non-state actors in conflict situations. *Oxford Scholarship*.
- » Código Civil. (1987). Art. 19. Extraterritorialidad en los casos de familia.
- » Código General del Proceso. (2012). Art. 28. Competencia territorial.
- » Colgate Palmolive Company. (2015). Code of Conduct. <https://www.colgatepalmolive.com.co/content/dam/cp-sites/corporate/corporate/common/pdf/2015-Code-of-Conduct-English.pdf>
- » Comisión de las Naciones Europeas-CE.UE. (2001). Libro verde. Bruselas. [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf)
- » Comisión de las Naciones Europeas. [CE. UE]. Reglamento 4401.
- » Cyberlaw and Human Rights. Intersections in the Global South. (2019). <https://cyber.harvard.edu/events/cyberlaw-and-human-rights>
- » Due Process of Law Foundation-DPLF. (2013). El impacto de la minería canadiense en América Latina y la responsabilidad de Canadá Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pp. 103 y ss.
- » Farbstein, S. H. (2020). Perspectives from a Practitioner: Lessons Learned from the Apartheid Litigation. *Harvard International Law Journal*, 61(2), pp. 451-510.
- » Francioni, F. (2007). Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations. In W. Benedek, K. De Feyter, & F. Marrella (Eds.), *Economic Globalisation and Human Rights: EIUC Studies on Human Rights and Democratization* (European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation, pp. 245-265). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511493935.011
- » ISO 26000. Responsabilidad social. ISO 26000 visión general del proyecto. Descubriendo la ISO 26000. http://www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf
- » Kaleck, W. y Saage-Maab, M. (2008). Empresas Transnacionales ante los tribunales. Sobre las amenazas a los derechos humanos causada por empresas europeas en América Latina, Fundación Heinrich Böll.
- » León-G, M. (2021). Laudo arbitral Naturgy Energy Group S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. contra la República de Colombia. Departamento de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia. <https://procesal.uexternado.edu.co/laudo-arbitral-naturgy-energy-group-s-a-y-naturgy-electricidad-colombia-s-l-contra-la-republica-de-colombia/>

- » Luhmann, N. (2002) El derecho de la sociedad, Universidad Iberoamericana. Herder.
- » Martin, O. (2008). Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional. Bosch.
- » Mascareño, A. (2007). Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial. Política Criminal.
- » Ministerio de Comercio, industria y Turismo-MinCIT. (2012). Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, Ministerio de Comercio. <https://www.anm.gov.co/sites/default/files/Documentos/cartilladirectricesocde.pdf>
- » Mongelard, E. (2006). Corporate civil liability for violations of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 88(863), 665–691.
- » Nassehi, A. (2005) *La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia*: sobre los fundamentos de la teoría de la comunicación en la teoría social de Niklas Luhman. En C. Gomez-Jara (Ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal, fundamentos y posibilidades de aplicación*. pp. 21-40. Comares.
- » Observatorio de Responsabilidad Corporativa. (2003). Normas sobre responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. 26 de agosto de 2003. <https://observatoriorsc.org/normas-sobre-las-responsabilidades-de-las-empresas-transnacionales-y-otras-empresas-comerciales-en-la-esfera-de-los-derechos-humanos/>
- » Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-OHCHR. (2005) Resolución 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.
- » Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-OHCHR. (2014). Resolución 26/9. Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos. A/HRC/RES/26/9.
- » Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-OHCHR. (2019). OEIGWG CHAIRMANSHIP REVISED DRAFT 16.7.2019.
- » Organización de Naciones Unidas-ONU. (1990). United Nations Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, UN Doc. E/1990/94.
- » Organización Internacional del Trabajo-OIT. (2001). Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, 3 ed., Ginebra, oficina internacional del trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf
- » Pacto global Red Colombia. <https://www.pactoglobal-colombia.org>.
- » Parlement du Canadá. House of commons of Canada. Bill c-354. An Act to amend the Federal Courts Act (international promotion and protection of human rights). <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/C-354/third-reading>
- » Parra, W. J. (2019). Responsabilidad penal de la empresa multinacional: ¿filosofía o sociología de los derechos humanos? Universidad Externado de Colombia.
- » Payne, L., Pereira, G., Bernal, L. (2021) Justicia transicional y la rendición de

cuentas de actores económicos, desde abajo: desplegando la palanca de Arquímedes, Dejusticia, KAS, U. Javeriana, 2021, pp. 1- 483.

- » Pérez, E., et al. Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las empresas: ¿Cómo lograr proteger, respetar y remediar? Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-desafios-para-la-regulacion-de-los-derechos-humanos-y-las-empresas-como-lograr-protoger-respetar-y-remediar-9789587901979.html>
- » Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. European group on tort law, en Revista de derecho privado N° 9, U Externado, 2005, pp. 21-234.
- » Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (RedDESC). (2009). Guía para la incidencia en temas de empresas y derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas. https://www.escr-net.org/sites/default/files/RedDESC_BHRGuideI_Oct2009_esp_FINAL.pdf
- » Requejo, M. (2011a). La responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos. Deficiencias del marco legal. *Scientia Juris*, N° 1, 20 pp. 36 y ss.
- » Requejo, M. (2011b). Responsabilidad civil y derechos humanos en EE: UU ¿el fin del ATS? *Indret* 3, pp. 4-38.
- » Rodríguez-Fernández, M. (2009). *Introducción al derecho comercial internacional*. Universidad Externado de Colombia.
- » Ruggie, J. (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, respetar y remediar. A/HRC/17/31.
- » Ruggie, J. G. y Sherman III, J. F. (2015). Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice. *Journal of International Dispute Settlement*, 6(3), pp. 455-461. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv025>
- » Schutter, O., Ramasastry, A., Taylor, M. y Thompson, R. (2012). La diligencia debida en materia de derechos humanos: el papel de los Estados, ICAR, ECCJ, CNCA y RCRCE, pp. 1-102.
- » Stephens, B. (1994). The Civil Lawsuit as a Remedy for International Human Right Violations against Women. *Hastings Women’s Law Journal*, 5(2), pp. 143-170.
- » Stichweh, Rudolf. (2012). En torno a la génesis de la sociedad mundial: Innovaciones y mecanismos. *Revista Mad*, 26, pp. 1-16.
- » Superintendencia de Industria y Comercio. (3 de septiembre de 2020) Resolución 53593. Por la cual se imparten órdenes dentro de una actuación administrativa. [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/ORDEN%20GOOGLE\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Normativa/Resoluciones/ORDEN%20GOOGLE(1).pdf)
- » Teubner, G. (2010). *Regímenes globales privados: ¿derecho neo-espontaneo y constituido dual de sectores autónomos?* En: Estado, soberanía y globalización. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- » Teubner, G. y Gómez-Jara Díez, C. (2005). El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global. [e-book]. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- » United States District Court Southern District of New York. Janki Bai Sahu, et al.,

plaintiffs, against Union Carbide Corporation, and Warren Anderson. 26 de junio de 2012.

» Wagner, G. (2021). Tort Law and Human Rights. In: Saage-Maaß, M., Zumbansen, P., Bader, M., Shahab, P. (eds) Transnational Legal Activism in Global Value Chains. Interdisciplinary Studies in Human Rights, vol 6. Springer International Publishing, Cham.

» Willke, H. (2005). *Supervisión del Estado. El reto de los sistemas mundiales para la política*. En C. Gómez Jara Díez (Ed.) Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación, (pp. 145-170). Universidad Externado de Colombia.

» Zerk, J. (2010). Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas. Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, p. 13.

Pluralismo político en el marco del postacuerdo y frente a la situación de defensores de derechos y líderes sociales en Colombia

Political pluralism in the framework of the post-agreement and in the face of the situation of human rights defenders and social leaders in Colombia

Autor: Segundo Eurípides Marín Beltrán

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15413>

Para citar este artículo:

Marín Beltrán, S. (2022). Pluralismo político en el marco del postacuerdo y frente a la situación de defensores de derechos y líderes sociales en Colombia. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 111-124.



Pluralismo político en el marco del postacuerdo y frente a la situación de defensores de derechos y líderes sociales en Colombia*

Political pluralism in the framework of the post-agreement and in the face of the situation of human rights defenders and social leaders in Colombia

Segundo Eurípides Marín Beltrán

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Gestión Pública de la ESAP
Código Orcid: 0000-0003-3089-7157
mao82010@hotmail.com

Recepción: Julio 27 de 2022

Aceptación: Agosto 22 de 2022

RESUMEN

El objetivo de este artículo estriba en analizar desde un punto de vista teórico y reflexivo, de qué forma se puede materializar la práctica del pluralismo político para mejorar la situación de los líderes sociales y defensores de derechos humanos en Colombia. La metodología empleada se basa en la consulta de fuentes que permitan comprender la importancia de la noción de pluralismo y del papel que cumplen los defensores de derechos. No solo se debe hablar de la existencia de los derechos para la interpretación jurídica, sino que también se debe contemplar la promoción de estos. Finalmente, se concluye que el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política se debe fortalecer y enlazar con las distintas instituciones del Estado para crear

una estructura coordinada que garantice la protección de los líderes sociales, de sus labores y el restablecimiento de sus derechos.

PALABRAS CLAVES

Defensores de derechos humanos; pluralismo político, agonismo; democracia deliberativa; Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze, from a theoretical and reflective point of view, how the practice of political pluralism can materialize in order to improve the situation

* Artículo de reflexión.

of social leaders and human rights defenders in Colombia. The methodology used is based on the consultation of sources that allow us to understand the importance of the notion of pluralism and the role played by defenders of rights. The fact that not only should the existence of rights for legal interpretation be discussed, but also the promotion of these should also be considered. Finally, it is concluded that the Comprehensive Security System for the Exercise of Politics must be strengthened and linked with the different State institutions in order to create a coordinated structure that guarantees the protection of social leaders, their work and the reestablishment of their Rights.

KEYWORDS

Human Rights Defenders; Political Pluralism; Agonism; Deliberative Democracy; Comprehensive Security System for the Exercise of Politics.

INTRODUCCIÓN

En la actual fase del postproceso de paz en Colombia o postacuerdo de paz –como también es denominado de forma genérica y común en los medios de comunicación y por parte de varios estudios– el país se enfrenta a una gran cantidad de retos, entre los cuales destaca el asesinato sistemático de líderes sociales y defensores de derechos humanos. Una situación que se ha vuelto crítica y preocupante en cuanto que, de acuerdo con cifras de la organización Front Line Defenders –la cual fue fundada en Dublín en 2001 con el propósito específico de proteger a los defensores de Derechos Humanos– en 2020 Colombia tuvo el 53% de los homicidios de defensores de derechos humanos y del medio ambiente a nivel global (Lizcano, 2021).

Al respecto, cabe destacar que en los Estados contemporáneos deben existir mecanismos reales y eficaces para garantizar la protección de líderes y lideresas sociales, y para asegurar el cumplimiento de principios como la protección de la vida e integridad física y psicológica o el acceso a la justicia ante denuncias instauradas por parte de los defensores de derechos humanos (Ugarte,

2016). Por otra parte, hay que tener en cuenta que Colombia se encuentra en una fase muy concreta de su historia caracterizada por el mencionado postacuerdo de paz.

Según García-Romero (2019) a raíz de dicho proceso Colombia ha venido experimentando un cambio institucional de gran envergadura a través del cual se persiguen metas significadas ancladas en la importancia de la dignidad humana como la centralidad de las víctimas, la construcción de verdad histórica o la protección de los defensores de derechos humanos (Fernández y Bermúdez, 2022). Para cumplir con dichas metas los distintos sectores de la sociedad deben poner de su parte; por ejemplo, el sector privado puede colaborar en la construcción de paz creando un clima de pleno empleo que permita mejorar las condiciones económicas y de vida de gran parte de la población a la par que propende por la importancia del desarrollo sostenible y de la responsabilidad social empresarial.

La esfera de la participación política y ciudadana –al igual que el sector privado– son claves e imprescindibles en cuanto a lo que atañe a la construcción de paz. No obstante, dicha esfera y en particular el ejercicio del pluralismo político se enfrenta a retos inmensos y situaciones preocupantes, y la muestra de ello es la situación de los líderes sociales asesinados o amenazados en Colombia. Sentencias como la C-555-17 y la T-719 de 2003 de la Corte Constitucional mencionan que los defensores de derechos deben ser protegidos solo ante riesgos concretos y manifiestos que sean serios, que se puedan comprobar y que no sean genéricos.

En otras palabras, la protección para los líderes sociales está supeditada, lastimosamente, no a proteger desde el inicio su labor de promover derechos por lo que no se asume como se debería la promoción y construcción de una democracia deliberativa y de un clima de convivencia en esquemas pluralistas. De ahí que la pregunta del presente artículo sea la siguiente: de qué forma se puede materializar la práctica del pluralismo político en Colombia con

el propósito de mejorar los esquemas de protección de los líderes sociales y de los defensores de derechos humanos en el país.

A fin de responder dicha pregunta se contará a lo largo de este trabajo con tres secciones de desarrollo argumental y reflexivo mediante el análisis teórico de fuentes en cuanto a metodología. El primer capítulo tratará la importancia del pluralismo político en la Colombia actual del postacuerdo de paz. En el segundo, se examinará cómo se protege en la actualidad a los líderes sociales y a los defensores de derechos desde el marco jurídico internacional y desde los principios generales del derecho y, en el último, se examina el marco jurídico interno respecto a la protección tanto de defensores como de la labor que realizan dichos actores sociales y se discute, a partir de ahí, la importancia de brindar esquemas de protección especiales a los defensores de derechos, bajo la idea de la protección del pluralismo político.

En cuanto al objetivo general –que se desprende directamente de la pregunta de investigación– es: analizar de qué forma se puede materializar la práctica del pluralismo político en Colombia, con el objetivo de mejorar la protección de los líderes sociales y de los defensores de derechos.

1) LA IMPORTANCIA DEL PLURALISMO POLÍTICO EN LA COLOMBIA DEL POSTACUERDO DE PAZ

En torno a la noción de pluralismo, lo primero que se debe considerar es que dicha idea ha cambiado a lo largo de la historia y que –al igual que el concepto de derechos– ha sido objeto de discusiones e interpretaciones según las mentalidades de cada época y los contextos (Velasco y Llano, 2016). En otros contextos sociohistóricos se ha relacionado con la pluralidad económica, la pluralidad de perspectivas o la libertad de establecer asociaciones (Carbonell, 2004). En la actualidad, el pluralismo se relaciona con un mundo en el cual han proliferado anhelos y aspiraciones

universales tras varias conquistas históricas en materia de derechos, como por ejemplo la interculturalidad, la democracia o la equidad de género (Lowenhaupt, 2005).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que precisamente a razón de que cada contexto tiene sus propias particularidades, también ha de tener sus propias tensiones y desafíos a superar adscritos a unos determinados regímenes políticos y ciertas estructuras institucionales (Ben Néfissa y Destremau, 2011). Para el caso de Colombia se pueden mencionar varios factores que afectan el orden social y político como por ejemplo el olvido estatal de las regiones apartadas, la concentración de tierras y los intereses de grupos armados en ámbitos como el del narcotráfico.

El pluralismo político y social también ha traído desafíos a otros Estados occidentales. Nuevo-López menciona, por ejemplo, que en las actuales sociedades occidentales ha habido un creciente pluralismo de valores, que, pese al significativo avance ético, puede poner en riesgo la capacidad de establecer consensos, puesto que las opiniones y visiones se fragmentan cada vez más (2007). Para el mismo autor, la fragmentación de visiones se puede mantener siempre y cuando a través de la educación se forme a las personas en ciudadanía y en la capacidad de hallar puntos en común (Nuevo López (2007).

Para contextos como el colombiano, la educación también se puede considerar un factor de cambio positivo en dicho sentido, no obstante, a corto y mediano plazo se requiere algo más, se necesita en concreto, que el Estado cumpla con su labor de protección de todas las personas que participan en política o que defienden ideas y proyectos. En otras palabras, en Colombia se requiere que el Estado proteja a los líderes sociales y a los defensores de derechos humanos.

En la esfera de lo práctico los valores democráticos muchas veces deben hacer frente a múltiples barreras, con discursos que los deslegitiman, con actos de violencia e intimidación, con ausencia de recursos,

mecanismos y herramientas de participación y con toda clase de intereses que se negocian o se imponen de una u otra forma. Dichas dificultades muchas veces nacen de la segregación, la discriminación y la exclusión social y política que organizan y constituyen la realidad social (Martínez, 2017).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con Biglino (2016), las instituciones de democracia directa y representativa cumplen un rol apenas residual, por lo que se requieren otras formas y mecanismos de participación.

Los partidos políticos –aunque tienen un papel esencial en la toma de decisiones– son insuficientes puesto que no siempre tienen presencia en todas las zonas de un determinado territorio o región; e, incluso, pueden despertar cierta desconfianza por ser estructuras que se han mantenido prácticamente iguales con el paso de los siglos y –en esa medida– para muchas personas en ellos priman intereses elitistas (Lazarte, 2006). Los mecanismos de democracia deliberativa, en cambio, apuestan a la discusión y a la participación pública en las políticas y proyectos puesto que el afán de deliberar en torno a cuestiones de gobierno, como sostienen autores como Habermas (1999) o Vattimo (1990), es llegar a puntos comunes que permitan trabajar por el bien común.

Segovia nos recuerda que la noción de democracia deliberativa es bastante nueva desde el punto de vista teórico, tanto así que no se le menciona en clásicos de la Teoría de la democracia –Sartori, 1978 o Modelos de democracia de David Held–, puesto que para aquellos años se hablaba de democracia representativa y se apostaba principalmente por la homogeneidad en las decisiones (2008). Sin embargo, en la actualidad se considera importante escuchar y hacer eco de las ideas y experiencias de múltiples grupos sociales y políticos, de hecho, ya no se considera tanto un desafío riesgoso, puesto que la multiplicidad de opiniones ha llegado a ser contemplada –al menos desde la dogmática y los estudios democráticos– como una fortaleza en cuanto que la

multiplicidad de miradas que enriquecen la esfera política.

La figura del sufragio tiene como función mantener una cierta identidad de ideas e intereses entre el pueblo como aquel que detenta la soberanía y los gobernantes que –en el esquema original francés– serían los burgueses liberales, de forma que los mecanismos representativos están más encaminados a defender los intereses de propiedad y administración estatal burgueses que los intereses de familias, clases sociales, gremios o sectores más desfavorecidos (Segovia, 2008).

Para Negro Pavón más que una institucionalidad social y política lo que existen son “situaciones políticas”, en las que los individuos mejor situados aprovechan las instituciones en su propio beneficio, a la par que promueven la importancia del beneficio general. Sin embargo, el pluralismo político y la democracia deliberativa pueden ayudar a equilibrar la balanza. Para el caso de Colombia, el pluralismo debería ser la norma a seguir puesto que en el artículo 1 de la Constitución de Colombia de 1991 se menciona que el Estado está organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista.

Pese al reconocimiento actual de la importancia del pluralismo, según Ben Néfissa y Destremau en muchos sectores y esferas de lo social suele primar un pluralismo por defecto en el que se acepta la diversidad, no tanto por imperativos éticos a seguir, sino, simplemente porque está por todas partes y en el ámbito social no se considera ético ignorarlas o excluirlas de ciertos discursos. No es de extrañar, por tanto, que bajo la apariencia de aceptación del pluralismo en realidad se escondan formas múltiples y variadas de discriminación e imposición de hegemonías. En gran parte, ello se debe a las discriminaciones sociales que subsisten y también a que en el plano de lo político, muchas veces las relaciones entre grupos distintos se conciben bajo las lógicas del antagonismo (Mouffe, 1999).

Cabe tener en cuenta que para Chantal Mouffe (1999), el conflicto es inherente e incluso necesario en lo político, no obstante, las relaciones no tienen por qué ser de discordia y rivalidad, puesto que para dicha autora el antagonismo puede ser solucionado con el agonismo. En el agonismo las personas de la otredad política no son vistas como adversarios, sino como interlocutores válidos, como seres cuyas ideas pueden ser deliberadas con las ideas propias a fin de encontrar puntos comunes. De esa forma, el conflicto y la diferencia de opiniones pueden enriquecer y dinamizar la búsqueda del bien común por medio de la negociación y la deliberación.

Para el caso de postacuerdo de paz colombiano resultaría conveniente el agonismo a fin de incentivar la reconciliación entre las diferencias de ideas, aunque para ello las condiciones necesarias deban empezar por un clima de reconciliación nacional que logre permear los distintos sectores de la sociedad.

De hecho, en el capítulo 2 sobre el Acuerdo de Paz –de 310 páginas– firmado entre la guerrilla de las Farc y el gobierno de Juan Manuel Santos, corresponde a uno de los seis puntos negociados. En concreto, al punto sobre “participación política”, en el que se menciona que la participación política debe contar con garantías y que para ello resulta imprescindible la creación de un ambiente de convivencia y reconciliación. En dicho punto sobre participación política se tiene en cuenta, de igual forma, la importancia de proteger a los defensores de derechos, puesto que la defensa de los derechos se entrecruza con la gestión de la vida social y en ese sentido, en un país en el cual han predominado varios actores armados que usurpan el monopolio de la fuerza al Estado y a la ley, la lucha por la gestión digna de la vida ha ocasionado amenazas y serios peligros a los defensores.

Además del clima de sana convivencia y de la protección de los líderes sociales y los defensores de derechos, en el Acuerdo de Paz de La Habana también se señala la importancia de que los defensores de

derechos en verdad sean oídos y que sus solicitudes, peticiones o reclamos se tengan en cuenta a la hora de diseñar políticas públicas y proyectos gubernamentales. El acuerdo lo consigna de la siguiente forma:

Por otra parte, que se asegure que la participación ciudadana, en la discusión de los planes de desarrollo, de las políticas públicas y en general de los asuntos que atañen a la comunidad, incida efectivamente en las decisiones de las autoridades y corporaciones públicas correspondientes. De esa manera la participación ciudadana se convierte en un verdadero complemento y al mismo tiempo en un mecanismo de control del sistema de representación política y de la administración pública (Acuerdo de paz, p. 36).

Se puede decir, por tanto, que desde el Acuerdo de Paz de 2016, ya se relacionaba la importancia de proteger a los líderes sociales y de velar porque sus opiniones y aportes fueran considerados por las autoridades gubernamentales, con el ejercicio del pluralismo y la participación política, lo cual se relacionaba con el contexto colombiano, con garantizar una cultura de convivencia, solidaridad y tolerancia. En ese sentido, en el Acuerdo de Paz también se mencionaba que había que combatir la estigmatización y la persecución de personas y líderes sociales y comunales por motivo de sus actividades políticas de libertad de conciencia.

Para garantizar dicha cultura de convivencia y tolerancia y de proteger a los dirigentes políticos y a las personas en general por motivos de participación política o libertad de conciencia, se propuso la creación del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (SISEP), instaurado mediante el Decreto 895 (29 de mayo de 2017). Lo concerniente a dicha institución será retomado más adelante, por ahora cabe decir que resulta imprescindible para una época de transición y postacuerdo en la cual se debe promover la participación y el pluralismo político, sin embargo, la idea de dicha institución también se ha enfrentado

a los restos y desafíos que el pluralismo, en términos generales, enfrenta en Colombia.

2) PROTECCIÓN DE LÍDERES SOCIALES Y DEFENSORES DE DERECHOS Y DE SU LABOR SOCIAL EN COLOMBIA

En el Estado de Derecho el Estado debe velar por proteger a sus ciudadanos, no solo porque de ellos mana la soberanía, tal y como afirma, para el caso de Colombia, la Constitución de 1991, sino porque la protección no es un derecho patrimonial, no es algo que puedan comprar o adquirir en el mercado los individuos y que luego reclamen ante el Estado por ser los poseedores. De la protección de los ciudadanos se desprenden los derechos fundamentales y el ejercicio de estos (Ferrajoli, 2005), como el derecho a la salud, a la vida, a la libertad de conciencia o a la intimidad, entre otros.

La protección, además, por el mismo hecho de que no es patrimonial y que está supeditada a los principios que defienden la dignidad humana en un sentido amplio, no se limita a los nacionales de un país determinado, por lo que se aplica a todo el conjunto de la humanidad sin excluir por ningún motivo social o político (Ferrajoli, 2005). Dicha protección debe, por tanto, contar con mecanismos y herramientas eficaces para cada caso que se la requiera, desde el ciudadano que transita a pie por las calles de una ciudad, al defensor de derechos que por su trabajo y labor social se haya en la primera línea de lucha para reivindicar derechos o por defender los intereses de una determinada comunidad.

No obstante, la situación de los defensores de derechos en Latinoamérica y en el mundo, no es poco alentadora. De acuerdo con datos de las Naciones Unidas, 1.019 defensores de derechos fueron asesinados en 61 países distintos entre 2015 y 2017 (Naciones Unidas, 2018). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en el documento *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las américas* de 1999 se vio en

la necesidad de hacer recomendaciones y solicitar a los Estados miembros a poner en práctica las prerrogativas consignadas en la "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos" (CIDH, 1999). Desde dicha declaración de las Naciones Unidas (2018), 3500 defensores de derechos fueron asesinados a lo largo y ancho del mundo.

Los datos resultan escalofriantes, en especial para Colombia, en cuanto que –de acuerdo con la Defensoría del Pueblo– para 2016 la Defensoría del Pueblo documentó 710 defensores asesinados (Human Rights Watch, 2021), ello, sin contar las cifras de amenazas, intimidaciones, daños físicos sin muerte, robos, atentados al buen nombre y otros muchos delitos que han sufrido líderes sociales y defensores de derechos.

En cuanto a cifras más recientes, el primer boletín trimestral que va de enero a marzo del año 2021, la organización Somos Defensores, reportó el asesinato de 28 líderes sociales, con la particularidad de que –en la mayoría de los casos– se desconocen los autores intelectuales, los responsables materiales y solo se tienen referenciados 28 asesinatos: un (1) caso fue cometido por parte de la fuerza pública, dos (2) casos se le atribuyeron al grupo insurgente y alzado en armas ELN y cuatro (4) casos a grupos paramilitares (Programa Somos Defensores, 2021). Las investigaciones van a marcha lenta y en ocasiones quedan estancadas, lo que implica un grave problema respecto a cómo el Estado garantiza el derecho de acceso a la justicia y la igualdad judicial para todas las personas del país.

En otras palabras, la situación de los defensores de derechos en Colombia es sumamente grave porque no solo no se le protege su vida, sino que además no se protegen otros derechos y garantías como la de la igualdad y la prontitud judicial y, por si fuera poco, ni la labor que realizan, lo cual quiere decir que están a su suerte y que la promoción de derechos por parte de

ciudadanos y organizaciones no solo no es reconocida sino que es muy poco apoyada por el Estado.

En el mundo contemporáneo se entiende que existe un amplio conjunto de derechos que deben ser protegidos, algunos de los cuales se acepta que deben avanzar según el principio de progresividad y mejoramiento, pero, además de ello, en el plano ético e internacional de los derechos, se enfatiza que no solo los derechos en abstracto deben ser protegidos sino también las acciones de promoción, puesta en práctica e incluso la discusión deliberativa y democrática que se haga en torno a ellos, lo cual implica, a su vez, que también se deba proteger a los actores y a las personas en general a dicho tipo de acciones y prácticas sociales.

En cuanto a los prerrogativas éticas normativas que orientan y reconocen la importancia de la protección de los defensores de derechos, además de los derechos a la vida, a la libertad de conciencia o a la integridad de distintos instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el plano internacional destaca la "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos". Este instrumento fue aprobado por la Asamblea General de la ONU el 8 de marzo de 1999. A través de dicho documento se insta a los Estados a proteger la vida, la integridad y la labor que llevan a cabo los defensores de derechos, por medio de mecanismos y herramientas adecuadas para ello. Este es, en la actualidad, el principal instrumento de dicha temática a nivel global.

En el artículo primero de dicha declaración se afirma lo siguiente: "Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional" (Naciones Unidas, 1999). De forma que no solo se reconoce que toda persona puede procurar la realización de los derechos,

sino que además puede promoverlos. En el artículo cinco de la declaración se fijan derechos de forma más concreta, como, por ejemplo, el derecho a reunirse o manifestarse de forma pacífica, el derecho a formar, a participar o a afiliarse a organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales y el derecho a comunicarse libremente con dichas organizaciones.

Dichos derechos del artículo cinco tienen lugar en un marco social o colectivo de acción, sin embargo, dichos derechos se pueden ejercer individual o colectivamente. En el artículo seis de la declaración de los defensores de las Naciones Unidas, se reconocen los derechos a los que tienen lugar en un marco de acción principalmente de forma individual, pero también pueden ser ejercidos colectivamente. Derechos a conocer, obtener, poseer y recabar información sobre los derechos humanos, lo cual incluye el derecho al acceso donde se maneje información pública y registros sobre dichos derechos en cualquier de las ramas del poder público. El derecho a publicar, impartir o difundir información y opiniones sobre derechos humanos y fundamentales, y el derecho a analizar, estudiar y debatir el estado de los derechos en un lugar o contexto determinado.

La declaración de los defensores de Naciones Unidas es una norma suave, es decir, como declaración no tiene carácter vinculante, como sí lo tendría un tratado que hubiese sido ratificado. No obstante, desde un punto de vista constitucional y axiológico, dicha declaración es una norma suave, es decir que es para aspectos formales y en cuanto a su función una declaración o manifestación universal y no un tratado ratificado y con fuerza vinculante (Fernández-Marugán, 2019). No obstante, dicha declaración se asienta precisamente en aquellos principios éticos que protegen la dignidad humana y que descansan en los derechos fundamentales. Se puede decir incluso que es una declaración que reafirma los mismos derechos fundamentales.

Por otra parte, los mismos derechos humanos (1948) tienen ese carácter

de declaración universal y aun así son el principal pilar ético, antropológico y de interpretación normativa del mundo contemporáneo. Cabe tener en cuenta que la Comisión Interamericana, como se mencionaba atrás, ha hecho llamados a sus Estados miembros para que promuevan y apliquen la declaración de los defensores de derechos de 1999.

De esa forma, partiendo de la relevancia que tienen los mismos derechos fundamentales en la Constitución, se erige como deber ético de los estados facilitar mecanismos y herramientas judiciales e investigativas, no solo para proteger la vida de los defensores de derechos, sino para que estos actores también puedan recabar o recibir información sobre derechos y acceder a los medios que posibiliten dicha labor; para formar organizaciones o participar en ellas, para estudiar casos donde, por ejemplo, un proyecto de empresas privadas, públicas o mixtas, puedan ocasionar afectaciones al medio ambiente o a una determinada comunidad (Eguren, 2017). No obstante, como se mencionaba inicialmente, los derechos de los defensores se encuentran en una situación alarmante en algunos países latinoamericanos como Colombia.

Ante la ineficacia del Estado en el ámbito estudiado, resalta el tema de la justicia, el cual está relacionado directamente con el tema de la protección que deberían gozar los defensores de derechos. Para Rawls la justicia es el elemento más esencial en el funcionamiento de las instituciones políticas y sociales (1971), no obstante, como se verá más a profundidad en el apartado siguiente, muchas veces los defensores de derechos, instauran denuncias que son recibidas por el Ministerio de Justicia, pero no en todos los casos se brinda una protección apropiada por parte de la Unidad Nacional de Protección en cuanto que la institucionalidad opera no bajo la lógica de facilitar la labor de los defensores, sino bajo la lógica de calcular riesgos reales y destinar fondos solo a los casos más urgentes y preocupantes.

A este respecto la Sentencia de la Corte Constitucional T-388 del 26 de agosto de

2019 y con Diana Fajardo Rivera como magistrada ponente, resulta paradigmática, puesto que en dicha jurisprudencia se reconoce que la Unidad Nacional de Protección (UNP) tiene un funcionamiento lleno de falencias y omisiones por lo que muchas veces no se valoran apropiadamente las amenazas que reciben los líderes sociales. Se podría decir, incluso, que la justicia no opera de igual forma para todas las posiciones y roles sociales, no obstante, ese es un tema que escapa a los propósitos del presente artículo.

Sobre los principios generales que orientan la protección de los líderes sociales y de los defensores de derechos, cabe mencionar para finalizar que en el artículo 95 numeral 4 de la Constitución de Colombia de 1991, se pone de manifiesto que todo ciudadano en territorio colombiano tiene el deber, en primer lugar, de cumplir las normas y, en segundo lugar, el deber de defender y promover los derechos humanos como fundamentos básicos de la convivencia. Resulta interesante observar, según como se pudo apreciar en el artículo mencionado, que la constitucionalidad colombiana desde 1991, es decir, antes de la declaración de los defensores de 1999, reconoció la importancia de defender y promover los derechos como un deber ciudadano de estricto cumplimiento.

3) IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN GENÉRICA PARA LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN TÉRMINOS DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La jurisprudencia colombiana ha evaluado en varias sentencias aparecidas durante los últimos años distintas situaciones concernientes al estado de los derechos de los líderes sociales y de los defensores. De igual forma en Colombia existe material normativo que ha sido dispuesto a fin de institucionalizar la protección de dicho grupo social. Sobre este último tipo de normas cabe mencionar el Decreto 4912 del 26 de diciembre de 2011 publicado en el Diario Oficial 48294, por el cual se crea el

Programa de prevención y protección de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de grupos, personas y comunidades. Un programa de ámbito nacional bajo la dirección del Ministerio del Interior y de Justicia y de la Unidad Nacional de Protección.

En el preámbulo de dicho decreto se asevera que el Estado tiene la obligación de brindar una protección integral a todas las personas que se encuentran en situación de riesgo extremo y extraordinario como consecuencia directa de sus actividades o funciones políticas, comunitarias o humanitarias, o debido a cualquier tipo de activismo o por el ejercicio de su cargo. Al respecto, el énfasis de que el riesgo debe ser extremo o extraordinario puede ser contraproducente en cuanto que deja la idea de que hay un riesgo que es aceptable y si en un país como Colombia ciertas amenazas y violaciones a los derechos son en cierto modo normalizadas en algunas regiones, en ese marco de ideas el Estado pasaría por alto ciertos riesgos que de manera directa afectan los derechos.

En el Decreto 4912 de 2011 también se menciona que el programa se debe articular con la Policía Nacional y con las entidades municipales y departamentales que en última instancia son las que, según sus competencias, pueden ordenar las medidas de protección. Una directiva que también puede resultar contraproducente para el caso de aquellos defensores que reivindican derechos precisamente ante autoridades municipales, en cuanto que una autoridad determinada, por ejemplo, por retaliación, podría dejar al defensor sin la debida protección.

En cuanto a jurisprudencia, resalta la Sentencia T-234 del 21 de marzo de 2012 de la Corte Constitucional colombiana de la cual Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fue magistrado ponente, en la cual se interpuso una acción de tutela por parte de una mujer que ejercía la labor de prestar asistencia psicológica y social a víctimas del conflicto armado, en cuanto que en su condición de defensora de derechos llegó a ser víctima

de abuso sexual, desplazamiento forzado e incluso de tentativa de secuestro. En la tutela se deja claro que la Fiscalía y el Ministerio de Justicia no solo no brindaron protección, sino que no agilizaron trámites y procedimientos investigativos. De acuerdo con el pronunciamiento de la sentencia, los líderes sociales y defensores de derechos deben gozar de una protección especial y reforzada; y, de hecho, se debe procurar que estén libres de las posibles formas de discriminación y de violencia.

Se hace énfasis asimismo en la condición de mujer de la defensora, de ahí la importancia de que la protección hacia los defensores opere con perspectiva de género. En dicha sentencia la Corte hizo mención a los tipos de riesgo mediante una categorización que va del nivel mínimo y pasando por el nivel ordinario, el nivel extraordinario, y el nivel extremo, hasta el nivel consumado. Al ser la protección de las personas y de los defensores un deber del Estado, en el deber mínimo y al reconocerse que los defensores deben gozar de una “protección especial y reforzada”, se puede suponer que el nivel de riesgo mínimo debe ser suficiente para activar mecanismos si no de protección por parte de la Unidad Nacional de Protección, al menos sí mecanismos que propicien el entendimiento y el agonismo ante aquellas situaciones en las que se discutan ideas políticas en conflicto. En otras palabras, la apuesta por el pluralismo político debe estar acompañada por mecanismos que incentiven un clima de tolerancia y sana convivencia. Por otra parte, deben existir mecanismos de escucha continua de los defensores, para estar al tanto de su situación en todo momento.

En la Sentencia Corte Constitucional T-078 del 14 de febrero de 2013 con Gabriel Eduardo Mendoza Martelo como magistrado ponente, por otra parte, y siguiendo la evolución jurídica de este tema en los últimos años en Colombia, se reconoce el derecho a la seguridad personal no solo como valor constitucional anclado en la defensa de la dignidad humana sino un derecho colectivo. Se menciona asimismo que muchos ejercicios de defensa de derechos o de participación

ciudadana tienen un cierto nivel de riesgo, no obstante, hay niveles tolerables por lo que es ante amenazas concretas cuando el Estado debe actuar; sin embargo, en un país como Colombia que se ha caracterizado por tener durante décadas un conflicto armado interno, y una gran cantidad de actores alzados en armas y al margen de la ley, las amenazas suelen ser latentes en muchos lugares y durante una muy considerable porción de tiempo.

Por otra parte, la noción de amenaza extraordinaria borra el hecho de que muchas veces los defensores son acosados y hostigados psicológicamente para impedir que sigan cumpliendo con su labor, razón por la cual la protección hacia los defensores de derechos también debería cubrir el aspecto psíquico de dichos actores sociales.

Para la Sentencia de la Corte Constitucional T-078 del 14 de febrero de 2013 con Gabriel Eduardo Mendoza Martelo como magistrado ponente, surge un importante avance interpretativo en cuanto que se especifica que el Estado no solo debe garantizar la seguridad de los defensores, sino que debe disponer además de mecanismos con los cuales se pueda hacer control de las valoraciones y decisiones que hagan las autoridades municipales respecto al despliegue de protección. En la Sentencia T-473 del 10 de diciembre 2018 de la Corte Constitucional, en la cual el magistrado ponente Alberto Rojas Ríos enfatiza el tema de la protección de los líderes sociales, afirmando que estos requieren atención especial al manifestar algún riesgo y una pronta respuesta por parte de las instituciones y los mecanismos estatales. Sin embargo, en esa misma sentencia se niega el proveer un cuerpo de seguridad al demandante al no tener el nivel de amenaza necesario.

Por otra parte, respecto al Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (SISEP) propuesto en el punto dos de los acuerdos de paz sobre participación política, pese a que se propuso que dicha institución dependiera directamente de la Presidencia de la República, dicha instancia

no ha recibido la atención debida por parte del gobierno de Iván Duque –el cual siguió al del expresidente Juan Manuel Santos– en cuanto que dicho mandatario se ha caracterizado por desconfiar del proceso de paz en general y por estar interesado incluso en cambiar varias de las normativas acordadas. Como resultado de ello el SISEP no ha tenido la valoración que debería por parte del gobierno; sin embargo, se espera que dicha situación pueda cambiar y mejorar a fin de que el SIPSEP promueva el pluralismo y la tolerancia política en articulación con otras instituciones como la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía y la Procuraduría.

En el Acuerdo de Paz, en lo que atañe a la protección de defensores y líderes sociales, en el punto 2.1.2.2, se habla de la necesidad de garantías de seguridad para dicho grupo social y se propone incluso que haya una revisión del marco normativo para elevar el costo de los delitos contra líderes de organizaciones y movimientos sociales, el fortalecimiento de las capacidades investigativas y de judicialización, garantías para la movilización y la protesta social, mientras que en materia de prevención se propuso el Sistema de Alertas Tempranas, el despliegue preventivo de seguridad e incluso un aspecto sociocultural de gran importancia que sería el de visibilizar la labor que realizan líderes de organizaciones y movimientos sociales y defensores de derechos humanos. Todo ello acompañado por Comité de impulso a las investigaciones, un sistema de informes públicos y:

Un sistema de información y monitoreo con carácter interinstitucional que permita realizar una evaluación de desempeño y de resultados, ajustando la estrategia y procedimientos para garantizar las condiciones de seguridad a líderes y lideresas de organizaciones y movimientos sociales y defensores y defensoras de derechos humanos. El sistema deberá contar con información desagregada por sexo (Acuerdo de Paz, p. 41).

Los mecanismos y sistemas dispuestos en el Acuerdo de Paz, en cuanto que se afincan

sobre la noción de pluralismo y participación política, resultarían beneficiosos para el país de llevarse a cabo tal cual. El Comité de impulso a las investigaciones, por ejemplo, pese a las discriminaciones que pudiera haber en el orden judicial de las regiones apartadas, podría ser de bastante útil en cuanto a promover no solo que se investiguen los casos sino a que haya igualdad judicial y acceso a la justicia, factores que podrían actuar incluso de forma preventiva.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, al momento de diferenciar entre riesgo y amenaza, el Estado logre captar que, en un país con un conflicto armado histórico y una amplia multiplicidad de actores del conflicto, los líderes sociales y los defensores requieren de mecanismos más pronto y efectivos de protección. De igual forma, también se debe tener en cuenta que la protección no solo debe operar ante amenazas extraordinarias, sino que debe existir una protección genérica por la cual se incentive el pluralismo político y un ambiente de tolerancia. Dicha protección genérica podría cobrar forma si las instituciones propuestas en el Acuerdo de Paz en el punto de participación política actuaran con el apoyo gubernamental y en coordinación con las demás instituciones como la Fiscalía.

CONCLUSIONES

En Colombia existe un amplio material jurisprudencial que analiza el tema de la protección de líderes sociales y defensores de derechos, material que ha surgido desde las denuncias que han interpuesto varios defensores que han sido víctimas de amenazas o de delitos como el abuso sexual que se trata en la Sentencia T-234 del 21 de marzo de 2012 de la Corte Constitucional colombiana y de la cual Gabriel Eduardo Mendoza Martelo fue magistrado ponente.

Sin embargo, en dichas sentencias, pese a que se reconoce que los defensores requieren de una protección especial y reforzada cuando estos manifiesten estar ante un posible riesgo, también se menciona que la seguridad solo se contempla en casos de riesgo extraordinario, por lo que se asume que hay ciertos niveles de riesgos normalizados y tolerables. Ello en sí no es un inconveniente tan grave como el hecho de que la actuación respecto a la protección, solo se contempla desde el otorgamiento de seguridad en dichos casos de amenaza extraordinaria; es decir, que otros mecanismos como el monitoreo y la promoción pedagógica, por ejemplo, de valores de tolerancia y sana convivencia, no tienen la suficiente cabida por parte de las medidas estatales.

Al respecto, en este trabajo se propone la existencia de una protección genérica que opere incluso en el plano cultural promoviendo la importancia del pluralismo político, del agonismo y de la deliberación democrática. Más aún al tener en cuenta que no solo se debe hablar de la protección física de los defensores de derechos sino de la protección de la labor que ellos realizan. Una idea que es respaldada por la Declaración de los defensores de 1999 de las Naciones Unidas.

Por último, se llegó a la conclusión de que los sistemas y las instituciones propuestas en el punto dos del Acuerdo de Paz con la guerrilla de las Farc, deben recibir la debida atención por parte de los distintos gobiernos, puesto que la puesta en marcha de forma correcta de dichas instituciones garantizaría no solo la promoción del pluralismo político sino también la protección y vigilancia de los posibles riesgos que puedan afrontar los líderes sociales y los defensores de derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Alto Comisionado para la Paz, Colombia. (2016). (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá.

- » Ben-Néfissa, S. y Destremau, B. (2011). *Protestations sociales, révolutions civiles. Transformations du politique dans la Méditerranéearab. iviles OUT SERIE 2011.*
- » Biglino-Campos, P. (2016). *Cataluña, federalismo y pluralismo político. Teoría y realidad constitucional*, ISSN 1139-5583, N° 37, 2016 (Ejemplar dedicado a: La cuestión catalana), pp. 449-460.
- » Carbonell Benito, G. (2004). *Asociaciones y pluralismo político. Pluralismo: perspectivas políticas y desarrollos normativos*, 2004, ISBN 84-8456-046-5, pp. 209-252.
- » CIDH. (1999). *Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Capitulo%207.htm> (16 de abril de 1999).
- » CIDH. (1999). *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las américas*. CIDH. <https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm>
- » Constitución Política. (1991). *El Pueblo de Colombia*. (7 de julio 1991).
- » Decreto 4912 (2011). *Diario Oficial 48294*. (26 de diciembre de 2011).
- » Eguren-Fernández, L. E. (2017). *Los programas nacionales para la protección de defensores de derechos humanos: un análisis crítico desde la perspectiva de políticas públicas*. Tesis doctoral dirigida por Cristina Churrua Muguruza (dir. tes.). Universidad de Deusto.
- » Fernández-Celedón, F.& Bermúdez Bueno, W. (2022). *Logros y contradicciones de la justicia especial para la paz (JEP) en el marco del postacuerdo de paz en Colombia*. *Multiverso journal*, ISSN-e 2792-3681, Vol. 2, N°. 2, 2022, págs. 54-68.
- » Fernández-Marugán, F. (2019). *Los defensores de los derechos humanos | Human rights defenders*. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, ISSN-e 1138-9877, N°. 39, 2019 (Ejemplar dedicado a: CEFD N° 39. Publicación de las actas del Congreso Internacional 70 Aniversario Declaración Universal de Derechos Humanos).
- » Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, S.A.
- » García-Romero, J. E. (2019). *El Acuerdo de Paz de La Habana. Un cambio institucional ambicioso con una estrategia dudosa*. *Estudios Políticos*, ISSN 0121-5167, ISSN-e 2462-8433, N°. 55, 2019, pp. 182-204.
- » Habermas, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa*. 2 t., Taurus, Madrid.
- » Human RightsWatch. (2021). *Líderes desprotegidos y Comunidades Indefensas*. Estados Unidos de Norte América.
- » Lazarte, J. (2006). *¿Son necesarios los partidos políticos? La alternativa de las Agrupaciones ciudadanas y de Pueblos indígenas*. Bolivia: fin de un siglo y nuevas perspectivas políticas (1993-2003)/coord. por Pilar Domingo, 2006, ISBN 84-7290-317-6, págs. 93-117.
- » Lizcano, M. (12 de febrero de 2021). *El 53 % de los asesinatos de defensores de derechos humanos en 2020 sucedieron en Colombia*. *Mongabay* 2021.
- » Lowenhaupt, A. (2005), *Friction: an ethnography of global connection*. Published by Princeton University Press.

- » Martínez Palacios, J. (2017). Exclusión, profundización democrática e interseccionalidad. *Investigaciones feministas*, ISSN 2171-6080, Vol. 8, N.º. 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Monográfico: Justicia social, interseccionalidad y profundización democrática), pp. 53-71.
- » Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político*, Barcelona: Paidós.
- » Negro-Pavón, D. (1995). La tradición liberal y el Estado, *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, 1995, págs. 256-259.
- » Nuevo López, P. (2007). Pluralismo político y derechos educativos. Tesis doctoral dirigida por Carlos Vidal Prado (dir. tes.). Universidad CEU San Pablo.
- » Organización de Naciones Unidas. (1948). declaración universal de los Derechos Humanos. Resolución de la asamblea general. (10 de diciembre de 1948).
- » Organización de Naciones Unidas. (1999). Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. Declaración Asamblea General. (8 de marzo de 1999).
- » Organización de Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Declaración. Resolución de la asamblea general. (10 de diciembre de 1948).
- » Programa Somos Defensores. (2021). Boletín trimestral sistema de información sobre agresiones contra personas defensoras de derechos humanos en Colombia –SIADDHH. Bogotá.
- » Rawls, J. (1993). *Liberalismo Político*. México, Fondo de Cultura Económica.
- » Segovia, J. F. (2008). Verbo (Madrid). *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, ISSN 0210-4784, N.º. 465-466, 2008, pp. 441-488.
- » Sentencia T-388 de 2019. Colombia, Corte Constitucional. MP. Diana Fajardo Rivera. (26 de agosto de 2019).
- » Sentencia T-234 de 2012.
- » Colombia, Corte Constitucional. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (21 de marzo de 2012).
- » Sentencia T-078 de 2013. Colombia, Corte Constitucional. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (14 de febrero de 2013).
- » Sentencia T-473 de 2018. Colombia, Corte Constitucional. M.P. Alberto Rojas Ríos. (10 de diciembre de 2018).
- » Ugarte, K. (2016). La responsabilidad internacional de los Estados en materia de Derechos Humanos. *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*.
- » Vattimo, G. et al. (1990). *Le ragioni etico-politiche dell'ermeneutica: Isaiah Berlin, Amartya. Kumar Sen, Vittorio Mathieu*. Torino: Giovanni Agnelli, 1990.
- » Velasco Cano, N. y Llano Franco, J. V. (2016). Derechos Fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Revista NovumJus* 10(2); pp: 35-55.

La gestión comunitaria de los acueductos rurales en la provincia comunera. Una aproximación a su estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico

Community management of rural aqueducts in the comunera province. An approach to its study from the perspective of legal pluralism

Autore: César Guauque Torres

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15414>

Para citar este artículo:

Guauque Torres, C. (2022). La gestión comunitaria de los acueductos rurales en la provincia comunera. Una aproximación a su estudio desde la perspectiva del pluralismo jurídico. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 125-141.



LA GESTIÓN COMUNITARIA DE LOS ACUEDUCTOS RURALES EN LA PROVINCIA COMUNERA. UNA APROXIMACIÓN A SU ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA DEL PLURALISMO JURÍDICO*

Community management of rural aqueducts in the comunera province. An approach to its study from the perspective of legal pluralism

César Guauque Torres

Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia-UPTC. Politólogo Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Filosofía Política. Universidad Nacional de Colombia. Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Universidad Libre, Bogotá. Doctor en Ciencias Sociales. Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Docente investigador Universidad Libre seccional Socorro, Santander (Colombia).
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8549-282X>
Correo: cesarguauque@gmail.com, cesar.guauque@unilibre.edu.co

Recepción: Octubre 21 de 2021

Aceptación: Enero 5 de 2022

RESUMEN

El presente artículo constituye un primer informe de avance del proyecto de investigación “La gestión comunitaria de los acueductos, aspectos regulatorios: caracterización de experiencias en la provincia comunera (departamento de Santander), Colombia 2019-2020. El problema a desarrollar plantea la dislocación entre los espacios público estatal y público comunitario respecto de la regulación de los acueductos rurales, procurando establecer la forma como se ha venido desarrollando tal regulación en su funcionamiento y gestión. El abordaje metodológico es de tipo

cuantitativo, con un enfoque fenomenológico-hermenéutico, en tanto busca acercarse a la experiencia vivida de las comunidades entorno al objeto de estudio, esclareciendo los marcos de significación sobre el derecho producidos en ese espacio social. En esa medida, el análisis se enmarca en las teorías del pluralismo jurídico, desde donde se plantean unas categorías y variables para la caracterización del fenómeno. El trabajo vincula la revisión de antecedentes con los resultados de la primera fase de contacto e interlocución con los actores sociales relevantes frente al tema, la cual tuvo como

* Este artículo constituye un avance dentro de la ejecución del proyecto de investigación “La gestión comunitaria de los acueductos, aspectos regulatorios: caracterización de experiencias en la provincia comunera (departamento de Santander), Colombia 2019-2020”. El proyecto cuenta con financiación por parte de la Universidad Libre seccional Socorro.

escenario el foro “La gestión comunitaria de los acueductos en la provincia comunera”. En un informe posterior se presentarán los resultados de la fase de inmersión y práctica de los instrumentos de recolección de la información empírica.

PALABRAS CLAVES

Acueductos rurales; gestión comunitaria; provincia comunera; regulación estatal; pluralismo jurídico.

ABSTRACT

This paper constitutes a first progress report of the research project “Community management of aqueducts, regulatory aspects: characterization of experiences in the commune province (Santander Department), Colombia 2019-2020. The problem to be developed raises the dislocation between the spaces state public and community public about the regulation of rural aqueducts trying to establish the way in which such regulation has been developed in its operation and management. The methodological approach is qualitative, with a phenomenological-hermeneutical focusing, as it seeks to approach the lived experience of the communities around the object of study, clarifying the meaning frameworks on the law produced in that social space. To that extent, the analysis is framed within the theories of legal pluralism from where some categories and variables are proposed for the characterization of the phenomenon. The work links the background check with the results of the first phase of contact and dialogue with the relevante social actors on the subject which took place in the fórum “Community management of aqueducts in the commune province”. In a later report, the results of the immersion and practice phase of the instruments for collecting empirical information will be presented.

KEYWORDS

Rural Aqueducts; Community Management; Commune Province; State Regulation; Legal Pluralism.

INTRODUCCIÓN

“...Las quebraditas son un tesoro, nadie las puede cambiar con oro
 Todos sembramos son arbolitos, para que abunden, las quebraditas
 Mi quebradita eres la vida, agüita limpia del manantial
 Nadie las vende, nadie las compra. Tan solo piden algo de sombra...”

Las quebraditas. Sol Nacer, grupo de música carranguera o campesina de la Etnia Guambiana

Las condiciones geográficas, históricas y socioculturales del poblamiento y configuración del territorio en Colombia han dificultado su ordenamiento y codificación por parte del Estado. No es extraña la imagen de un territorio-archipiélago en el cual las diferentes regiones geográficas: Andina, Caribe, Orinoquia, Amazonia y Pacífica, se fragmentan a su vez en múltiples subregiones que en algunos casos todavía permanecen tan aisladas entre sí, como de los centros circulatorios y articuladores del poder económico, político y cultural del país. Se presenta una clara dislocación en la cual el espacio-estatal solo corresponde de manera precaria con el espacio-territorial.

En muchos casos, la presencia de la institucionalidad, tanto del orden central como del orden descentralizado, se restringe a las cabeceras o pequeños asentamientos urbanos de municipios con un área rural muy extensa y de difícil acceso. En relación con la prestación de los servicios públicos básicos, esta problemática se acentúa hasta el punto que el propio gobierno reconoce en su plan nacional de desarrollo (PND) 2018-2022 que el acceso a servicios públicos en zonas rurales es 28% menor que en zonas urbanas. Respecto del servicio de agua potable, en este PND se estima que al menos 3.8 millones de personas consumen agua no potable.

Frente a este desalentador panorama, la población rural de estos municipios se ha venido organizando para diseñar, implementar y gestionar de forma comunitaria la prestación de algunos

servicios, tal es el caso de los acueductos. Paralelamente al interés del Estado de proporcionar mecanismos de gestión y control a través del marco regulatorio de la ley de servicios públicos, así como de políticas públicas, las comunidades han conservado esquemas o modelos para el manejo, administración y regulación de la prestación del servicio, que tienen como uno de sus principales problemas el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Estado.

Los procesos sociales de gestión comunitaria del agua han sido definidos como aquellos en los cuales las comunidades, principalmente de zonas rurales, se organizan para garantizar “el abastecimiento de agua, potable, el manejo, el tratamiento y la disposición final de sus aguas residuales” (Vargas, 2016, p. 3). Tal como señala Cadavid (2009), se trata de estructuras sociales tradicionales que especialmente en áreas periurbanas o rurales, se han visto abocadas a resolver por sí mismas, el tema del suministro de agua utilizando para ello redes descentralizadas que “utilizan aguas procedentes de microcuencas cercanas y que muchas veces son administradas directamente por las comunidades...creando acueductos que han subsistido por 20, 30 y hasta 70 años” (Cadavid, 2009, p. 58).

En este orden de ideas, este proyecto de investigación tiene como interés principal la caracterización de estos procesos sociales de gestión comunitaria de los acueductos, particularmente, sobre la manera como se ha venido desarrollando su regulación normativa: entre la autonomía de los procesos organizativos que han constituido los acueductos y el cumplimiento de los parámetros impuestos por el derecho estatal para la prestación de un servicio público. El planteamiento del problema implica entonces estudiar la relación entre los espacios comunitario y estatal, los cuales pueden coincidir o no (en una mayor o menor proporción), como formas de regulación sobre el fenómeno a estudiar.

La comprensión de esta relación problemática abre la posibilidad para una

aproximación transversal y transdisciplinar, sobre la cual iremos entramando la observación y reflexión sobre el objeto de estudio, las posibilidades son tan interesantes como diversas: desde la perspectiva técnico-jurídica en materia de servicios públicos, pasando por el análisis de las políticas públicas sectoriales, el enfoque de los bienes comunes, la visión de las territorialidades del agua (relación entre agua, territorio y comunidad), hasta el plano del pluralismo jurídico.

Este artículo plantea un abordaje desde este último marco teórico en tanto nos permite desplazar el centro de lo jurídico del monopolio del Estado sobre la producción del derecho y ubicarlo en las normas mismas, como formas o parámetros que, cumpliendo una función de latencia sobre las expectativas sociales de comportamiento, incorporan un elemento de coacción más o menos organizado, con un nivel de eficacia que puede ser incluso mayor respecto del derecho estatal. La pregunta que orienta este proyecto de investigación es entonces: ¿De qué manera se ha venido desarrollando la regulación de los acueductos gestionados por parte de comunidades, en los casos estudiados?

Dentro del espectro amplio que nos abren las teorías del pluralismo jurídico, en este trabajo tendremos como referentes principales, en primer lugar, el planteamiento de Gunther Teubner sobre el pluralismo jurídico como producto de la fragmentación social y la pluralidad de formas de racionalidad sobre el derecho; el cual entrará a ser complementado desde la perspectiva de Boaventura de Sousa Santos, que nos permite contar con algunas categorías operativas para la caracterización del fenómeno: variables de escala, espacio-tiempo y componente estructural (retórica, burocracia, violencia); las cuales pueden entrar a ser observadas en un espacio social como los acueductos comunitarios estudiados¹; para finalmente,

1. Dentro del procedimiento metodológico, la caracterización empírica de las variables con fundamento en la observación y caracterización de las representaciones construidas en las prácticas y el discurso las comunidades en los procesos estudiados,

articular el análisis dentro de la formulación de Saskia Sassen, en la medida en que se pueda verificar la dislocación entre tipos de ensamblajes de la relación entre autoridad-territorio-derecho (Sassen 2006).

De igual manera, el artículo da cuenta de la primera fase de la investigación presentando los resultados de una primera etapa de inmersión en el campo, en la cual se estableció contacto con los representantes de los acueductos comunitarios de varios municipios de Santander, concretándose en la realización del foro “La gestión comunitaria de los acueductos en la provincia comunera”². Los testimonios aportados en el foro nos permiten hacer un análisis preliminar a la fase de observación desde la perspectiva teórica planteada.

METODOLOGÍA

El abordaje a desarrollar es de carácter cualitativo en la medida en que entiende su objeto de estudio como producto de una construcción intersubjetiva de significado. Desde esta perspectiva, las formas normativas son entendidas como construcciones sociales de sentido que se producen de la interacción entre diferentes individuos, dentro de un contexto específico: para el caso, la comunidad.

En ese sentido, se pregunta por la manera cómo se produce y qué significa en común un determinado fenómeno o proceso. El enfoque que se va a utilizar para esta investigación cualitativa es de naturaleza fenomenológico-hermenéutico. El enfoque fenomenológico es comprendido como: un modelo (en donde), se explora, describe y comprende lo que los individuos tienen en común de acuerdo con sus experiencias con un determinado fenómeno (Hernández, 2014, p. 495). Tiene una connotación hermenéutica

será materia de un segundo informe de avance de la investigación. Este avance se ha visto retrasado por motivos de la declaratoria de emergencia sanitaria y las restricciones impuestas por las autoridades gubernamentales para la contención del Covid 19.

2. Foro celebrado el 10 de octubre de 2019 en el auditorio Benjamín Herrera de la Universidad Libre, seccional Socorro.

en la medida en que hace énfasis en la interpretación de la experiencia realizada a partir de la textualidad y el discurso producido por los actores. En ese sentido, las herramientas de análisis del discurso en el nivel subjetivo e intersubjetivo (contextual), serán desarrolladas para la caracterización y categorización de la experiencia de los participantes conforme a las variables establecidas para la identificación y descripción de las prácticas regulatorias.

Para acceder al conocimiento de la experiencia vivida por los participantes Sandoval (1996), plantea, con fundamento en la noción de “mundo de la vida” de Heidegger, cuatro existenciales, a ser tenidos en cuenta para la caracterización de la experiencia sobre el fenómeno objeto de estudio. Estos existenciales son: el espacio vivido (Espacialidad), el cuerpo vivido (corporalidad), el tiempo vivido (temporalidad) y las relaciones humanas vividas (relacionalidad).

El discurso obtenido a partir de la observación de las prácticas al interior de esos cuatro existenciales será interpretado desde las variables y elementos aportados desde la propuesta de Boaventura de Sousa Santos en relación con la cartografía simbólica de las representaciones sociales del derecho.

DESARROLLO (AVANCE, RESULTADOS)

Acueductos rurales y su gestión por parte de las comunidades

Dadas las dificultades que conlleva la ausencia o débil presencia del Estado frente al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales respecto de la cobertura, continuidad y calidad en la prestación de los servicios públicos en las áreas rurales, las comunidades han venido asumiendo por su cuenta desde la inversión y montaje de la infraestructura, hasta la administración y regulación del funcionamiento de modelos de prestación, que para el caso del agua se conocen como acueductos comunitarios

(esquemas o soluciones diferenciales en términos del gobierno nacional), los cuales les permiten acceder a un bien fundamental como el agua.

Los procesos sociales de gestión comunitaria del agua han sido definidos como aquellos en los cuales las comunidades, principalmente de zonas rurales, se organizan para garantizar “el abastecimiento de agua, potable, el manejo, el tratamiento y la disposición final de sus aguas residuales” (Vargas, 2016, ppt. 3). Tal como señala Cadavid, se trata de estructuras sociales tradicionales que especialmente en áreas periurbanas o rurales, se han visto abocadas a resolver por sí mismas, el tema del suministro de agua utilizando para ello redes descentralizadas que “utilizan aguas procedentes de microcuencas cercanas y que muchas veces son administradas directamente por las comunidades...creando acueductos que han subsistido por 20, 30 y hasta 70 años” (Cadavid, 2009, p. 58).

La importancia de estas formas de organización social va más allá de la gestión del preciado líquido, pues tal como señala Cárdenas:

“El agua en la vida rural es uno de los asuntos comunitarios que más convoca. En este sentido, diversos esfuerzos se traducen en la construcción y constitución de acueductos comunitarios como manifestación máxima de este interés colectivo que, aunque gira alrededor del agua, mueve otros intereses sociales y económicos como la producción de alimentos y la adaptación al cambio climático” (Cárdenas, 2015, párr. 3).

Correa (2006), por su parte, presenta una importante diferenciación entre los procesos de gestión comunitaria del recurso y otros procesos sociales que desarrollan una lucha por el acceso al servicio público en términos del discurso oficial. En este último caso, se trataría de reivindicaciones sociales legítimas que, no obstante, estarían al margen de la relación estrecha que se desarrolla en el primer caso, entre comunidad, territorio y

autoridad, desde donde se asume como un derecho la gestión de un bien común.

El trabajo de Correa desarrolla una aproximación a varios procesos de gestión comunitaria de los acueductos en áreas peri-urbanas de ciudades como Ibagué, Dosquebradas, Bogotá, Ocaña y Santa Martha, procurando identificar la relación entre la formación de los acueductos y las dinámicas de poblamiento, así como el vínculo entre la organización comunitaria y el sentido de territorialidad entorno a la defensa del agua como un bien común.

Un elemento importante a destacar de su análisis son las formas de superposición y traslape que se presentan entre lo público comunitario (que él plantea como lo público local o lo público popular) y lo público-oficial; en la medida en que las organizaciones y movimientos pueden hacer un uso instrumental de las iniciativas gubernamentales, sin perder por ello su autonomía en la gestión de los acueductos.

En este artículo se evidencia ya una aproximación al tema desde la óptica del pluralismo jurídico en tanto reconoce que la dislocación entre lo público nacional y lo público local se encuentra inmersa “en complejas formas vigentes de pluralismo jurídico regional propios del conflicto armado, el narcotráfico, la diversidad étnica y cultural, las zonas de frontera y las nuevas determinaciones del mundo globalizado” (Correa, 2006, p. 9).

Como un antecedente específico para nuestro abordaje del tema es de resaltar el trabajo de Gamboa Molano (s.f) “Entre lo estatal y lo comunitario: el suministro de agua rural a través de acueductos comunitarios”, el cual parte de reconocer la dislocación entre el ordenamiento estatal y las disposiciones desarrolladas por las comunidades para la gestión de los acueductos, señalando que el primero desconoce la visión de las comunidades sobre la relación entre el agua y el territorio, llegando a plantear la existencia de un verdadero “pluralismo jurídico del agua” el cual se materializa en la posibilidad que

tienen las comunidades de desarrollar una regulación acorde con sus usos, prácticas y tradiciones sobre el manejo del preciado líquido. De manera crítica se resalta que las realidades heterogéneas dentro de las cuales se enmarcan los acueductos rurales no pueden ser reducidas a una mirada homogénea desde una reglamentación que unifica, estandariza y centraliza la comprensión del fenómeno.

Por último, es pertinente referenciar la “puesta en escena” metodológica desarrollada por la autora en donde se establecen una serie de categorías (lo estatal, lo comunitario, la participación), las cuales son observadas en los acueductos seleccionados como muestra a partir de algunos indicadores que en el caso de lo estatal se traducen en leyes, decretos, resoluciones y en el caso de lo comunitario en aspectos como los lineamientos señalados en la propuesta de ley para la autogestión comunitaria de los acueductos, los estatutos y el contrato de condiciones uniformes. (Gamboa, s.f, p. 11).

La regulación estatal: incorporación de los acueductos rurales desde la perspectiva del servicio público

El artículo 365 de la Constitución Política de Colombia de 1991, establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, en esa medida, asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional es una obligación estatal. De igual manera, esta norma señala que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, afirma, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

En desarrollo del mandato constitucional se expide la Ley 142 de 1994, que establece como personas autorizadas para la prestación de los servicios en municipios menores, zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. “Las organizaciones autorizadas conforme a esta ley” (art.

14 Núm. 4). Posteriormente, a través del Decreto 421 de 2000, se dispone a regular la participación de las comunidades en la prestación del servicio, señalando que deben constituirse como personas jurídicas sin ánimo de lucro además de “registrarse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en su respectivo domicilio, inscribirse ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y obtener las respectivas concesiones, permisos y licencias a que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994”(art. 3). Adicionalmente, las organizaciones prestadoras deben cumplir con las condiciones establecidas sobre la calidad del agua en el Decreto 1575 de 2007.

A partir de este punto, la actividad del Estado ha estado orientada hacia la asunción de su responsabilidad bajo la comprensión de esta problemática desde la perspectiva del servicio público en la cual debe propiciarse la conformación de un esquema empresarial que garantice la sostenibilidad en cuanto al acceso, calidad y cobertura, ajustándose a los criterios constitucionales, legales y reglamentarios en materia de potabilidad, tarifas, subsidios y recuperación de costos por la prestación del servicio.

En este marco de principios, orientaciones y mandatos, el gobierno nacional expide el Decreto 1898 de 2016 “por medio del cual se adiciona el Título 7, Capítulo 1, a la Parte 3, del Libro 2 del Decreto 1077 de 2015, que reglamenta parcialmente el artículo 18 de la Ley 1753 de 2015, en lo referente a esquemas diferenciales para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en zonas rurales”.

En este decreto, el desconocimiento de los procesos sociales de gestión comunitaria del agua se presenta desde el muy cuidadoso manejo “técnico” del lenguaje por medio del cual la invisibilización de estos procesos se desarrolla a través del poder de nombrar (Bourdieu), al designarlos de acuerdo con su terminología como “esquemas diferenciales para la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo” o “solución

alternativa para el aprovisionamiento de agua y el saneamiento básico”. Además del desconocimiento, este decreto impone una serie de condiciones en términos de inversión, infraestructura, progresividad, planes de gestión y proyectos que a juicio de las organizaciones comunitarias tienen una clara orientación hacia la imposición de un modelo empresarial, mercantilista y privatizador del agua y de su gestión social. En ese sentido, para Bedoya y Márquez:

“Tales lineamientos imponen la transformación y participación en esquemas empresariales de los entes municipales y las comunidades organizadas u organizaciones autorizadas. Se olvida por completo la mirada social y el enfoque de derechos y pasan por encima de la institucionalidad de gestión pública municipal y de las organizaciones comunitarias que realizan una gestión colectiva del agua” (Bedoya y Márquez, 2017, párr. 6).

La prevención de las comunidades y redes de acueductos comunitarios se encuentra plenamente justificada, en la medida en que la orientación de la política sectorial ha sido expuesta claramente por el gobierno nacional, prueba de ello son las declaraciones del ex director del departamento nacional de planeación Simón Gaviria, para quien se trata de “pequeños operadores que no tienen recursos para hacer las inversiones correspondientes y que tampoco pueden mejorar el tratamiento del agua (por lo que). Hay que forzar la fusión de los portadores de acueductos, para volverlos de naturaleza departamental o supra departamental (Tal como es citado por Ruiz, 07/11/2017, párr. 2).

Hacia el reconocimiento del derecho a la autogestión comunitaria de los acueductos

Tomando como base los procesos de gestión comunitaria de los acueductos que se vienen desarrollando desde hace 30, 50 e incluso 70 años, la articulación de experiencias se produce desde el plano

local, entre otras razones, por la necesidad de contar con una representación e interlocución frente a los municipios; pasa por la escala regional (en donde se producen redes de orden provincial, en resguardos indígenas y territorios de comunidades negras e incluso en algunos casos, a escala departamental), llegando a plantearse a nivel nacional por primera vez en 2005, con ocasión de la campaña “El agua, un bien público”. Tal como se expone en el libro “Memorias. Red Nacional de Acueductos Comunitarios”:

“Para aquel momento predominaba la idea de la lucha por los servicios públicos como derechos económicos y sociales, por el acceso al agua y su suministro como derecho humano, como lo predicaban los movimientos europeos y de Norteamérica. (En contraste, en este proceso). Se dio énfasis a la defensa de lo público, que incluía otra perspectiva: la comunitaria. No era ni lo estatal público ni lo privado empresarial, sino, hoy lo decimos con todas las letras, la autogestión comunitaria del agua” (Mondragón Ed, 2020, p. 15).

Dentro de la metodología planteada en la campaña se consiguió en una primera etapa llegar a una base de conocimiento del tema, para plantear una posición conjunta y representativa de las diferentes experiencias y procesos. Con posterioridad se llevó a cabo una fase de socialización de la plataforma a través de talleres en diferentes regiones del país que dieron como resultado la creación de los *comités regionales en defensa del agua y la vida*.

Esa plataforma-base fue importante para adelantar en 2008 la propuesta de *referendo en defensa del agua que promovía una reforma constitucional* para instituir el agua como derecho humano fundamental y bien público de todos los colombianos. La propuesta buscaba que el Estado garantizará un mínimo vital gratuito de agua potable, al que tendrán acceso todos los habitantes del territorio nacional independiente de su condición social, étnica y económica.

En ese sentido tomaba distancia del enfoque neoliberal y privatizador consagrado en el art. 365 de la Constitución y la Ley 142 de 1994. La iniciativa de referendo consiguió un respaldo popular sin precedentes, que se vio reflejado en 2'044.267 firmas, de las cuales solo se anularon 21.110, permitiéndole llegar a ser tramitado en el Congreso de la República en donde los intereses económicos y políticos de la bancada de gobierno terminaron por modificarlo sustancialmente y finalmente hundirlo en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

No obstante, el espíritu de la campaña y de la propuesta de referendo se ha venido materializando como una lucha política a través de la consolidación de la Red Nacional de Acueductos Comunitarios que ha realizado encuentros nacionales en Bogotá, Buga, Cartagena, Pasto, Villavicencio Medellín e Iza. Del primero, en Bogotá, surgió la exigencia número 3, en donde se establece que “por su naturaleza no pueden ser enmarcados en la actual legislación diseñada para garantizar el lucro, lo cual exige un régimen especial para los acueductos comunitarios acorde con su función de gestión pública, participativa y comunitaria del agua” (Red Nacional de Acueductos Comunitarios, 2017, p. 4).

Dentro de los valores y principios de esta red se encuentra la comprensión del agua como bien común consustancial a la vida, la defensa del agua en todas sus formas y condiciones, la oposición a la mercantilización, así como a las formas de privatización y financiarización tanto de este bien común en sí mismo, como de los esquemas para la prestación del servicio. Por el contrario, se defiende la gestión pública y comunitaria del agua para la que se exige respeto de su autonomía y reconocimiento como organizaciones legítimas de la sociedad que a través de la defensa del agua, propenden por la justicia social y ambiental en sus territorios.

Como resultado del VI encuentro realizado en Medellín se aprobó el proyecto de iniciativa legislativa, que tiene como objeto el reconocimiento del derecho a

la autogestión comunitaria del agua (su acceso individual y colectivo), así como la reglamentación de las actividades desarrolladas por las comunidades organizadas y los principios que deben regir las relaciones con las autoridades encargadas de la regulación y control sobre la gestión del agua.

Dentro de su articulado se consagran una serie de definiciones, principios y derechos; la estructura organizativa adoptada por las comunidades organizadas; los mecanismos de promoción y garantía del acceso y suministro de agua/saneamiento básico; así como las disposiciones acerca de las relaciones con los entes locales.

La campaña para impulsar la aprobación de esta iniciativa legislativa se inició desde 2015 a través de la convocatoria a audiencias públicas en el Congreso y continuó en octubre de 2017, con la presentación formal de la iniciativa. Sin embargo, el trámite de la propuesta no ha sido fácil, en la medida en que se ha visto condicionado por los cambios en el panorama político nacional: del entusiasmo inicial que enmarcaba los fundamentos de la ley propia al interior del acuerdo de paz entre el gobierno y las Farc E.P, al sombrío escenario de recrudescimiento de la guerra en los territorios, en el cual los líderes y lideresas –que luchan por el derecho a la gestión comunitaria del agua– también se han visto afectados.

Más recientemente y con ocasión del lanzamiento del programa “Agua al Campo” del gobierno nacional, se desarrolló un encuentro sectorial que en el sentir de la red “tenía como objetivo socializar los avances normativos y las políticas sobre agua y saneamiento básico, que desconocen las construcciones jurídicas de las comunidades organizadas” (Mondragón Ed, 2020, p. 61), motivo por el cual expresaron su desacuerdo con las orientaciones de esa política y además su negativa a firmar el “Pacto por el agua” propuesto en ese momento por el gobierno nacional.

No obstante, y como resultado de esa confrontación se crearon las mesas de

interlocución con el viceministerio de agua potable y con la comisión de regulación de agua que –a juicio de la red– han sido productivas para incidir en el marco normativo, pero no en el reconocimiento estatal del derecho a la autogestión del agua por parte de las comunidades, quedando como una reivindicación, todavía pendiente.

Una propuesta para el estudio de los acueductos comunitarios, desde las teorías del pluralismo jurídico

A esta altura corresponde presentar el instrumental teórico que pretendemos poner en escena para la observación reflexiva del fenómeno objeto de estudio. En ese sentido, nos parece pertinente plantear un esquema en el cual se ponen en diálogo tres formulaciones que si bien son diferentes (Teubner, De Sousa Santos, Sassen), en conjunto nos pueden brindar un marco de categorías y variables concordante y consistente para una lectura más completa y fundamentada de los insumos empíricos a obtener en el desarrollo de la investigación.

En primer lugar y tomando como referente un trabajo propio publicado anteriormente (Guauque, 2012), la comprensión de Teubner permite entender la pluralidad en el derecho, como producto de la fragmentación social existente a nivel global. Con fundamento en Luhmann, Teubner muestra cómo en la sociedad moderna opera la ruptura de un modo unitario de comprensión, produciéndose la fragmentación de la sociedad en una pluralidad de discursos autónomos y la multiplicación de *epistemes*, de modos de cognición del mundo.

Múltiples fenómenos de la sociedad global ponen de manifiesto una pluralidad de racionalidades que se auto-constituyen como formas normativas sobre diversos campos de la realidad social: los sectores sociales transnacionalizados (mercados, ciencia, cultura, tecnología, salud, ejército, transporte, turismo, deporte, entretenimiento, internet), los regímenes de justicia privada (CIADI), las disposiciones de organizaciones

internacionales sectoriales (OMC, OMS, OIT), las normas sobre protección de inversiones, los estándares para la producción de bienes o servicios, la arquitectura de internet, etc.

Se pone en evidencia de esta forma el pluralismo jurídico como correlato de la presencia de diferentes modos de construcción jurídica de la “realidad social” (pluralismo de modos de cognición a través de los cuales el derecho reconstruye los demás discursos y modos de existencia de lo social en sus propios términos).

Procuraremos en ese sentido observar y contrastar las prácticas y el discurso a través del cual se construye significativamente la comprensión de las comunidades y las redes de acueductos comunitarios sobre los aspectos regulatorios, como una verdadera forma de racionalidad sobre el derecho que entra en conflicto con la racionalidad expresada a través del derecho estatal.

Para la caracterización de la forma como se construye sentido desde las comunidades entorno a las normas que regulan el funcionamiento y gestión de los acueductos rurales nos apoyaremos en el trabajo de Boaventura de Sousa Santos (1991), *Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho*. Para el sociólogo portugués las leyes, normas, costumbres e instituciones jurídicas a menudo constituyen representaciones sociales en la medida en que son “un modo específico de imaginar la realidad” por lo que se asemejan a un mapa. La cartografía simbólica desarrollada a partir de las representaciones sociales sobre el derecho “permite, por ejemplo, desarrollar una conceptualización sociológica del derecho autónoma de la que ha sido elaborada por los juristas y por la ciencia jurídica” (De Sousa, 1991, p. 215).

El esclarecimiento de estas representaciones sociales del derecho a través de la cartografía simbólica requiere para Boaventura de Sousa, de unos elementos propios de los mapas cartográficos: la escala, la proyección y la simbolización. (De Sousa, 1991, p. 221). Las diferentes maneras en

las que se combinan estas variables en un espacio social determinado nos permiten establecer cómo, en la medida en que se “usan diferentes criterios para determinar los detalles y las características relevantes de la actividad a ser regulada” los actores, al considerar los mismos objetos sociales empíricos, crean objetos jurídicos diferentes.

De Sousa amplía este marco de referencia con otras variables intervinientes tales como los escenarios (doméstico, comunidad, producción, mercado, ciudadanía, mundial) y los componentes estructurales (retórica, burocracia violencia). En su trabajo *Sociología Jurídica crítica, para un nuevo sentido común*

en *el Derecho*, publicado en Colombia por ILSA, Boaventura afirma “la existencia de seis espacios-tiempos estructurales en los que las diferentes articulaciones posibles entre retórica, burocracia y violencia producen diferentes tipos de derecho y, por tanto, de pluralismo jurídico” (De Sousa, 2008, p. 58).

A continuación, se presenta un cuadro de elaboración propia en donde se exponen las variables a considerar para una caracterización de las representaciones sociales del derecho, de acuerdo con el sociólogo portugués.

Por último, Sassen plantea un aporte importante para nuestro interés en la

Tabla 1. Cartografía simbólica de las representaciones sociales del derecho

Escala	Espacio-tiempo (De Sousa, 2006, p. 52)	Componente estructural
LOCAL Legalidad de grande escala. Prioridad de la función de representación sobre la orientación	DOMÉSTICO. Es el conjunto de relaciones sociales de producción de lo doméstico y del parentesco, donde la forma de poder predominante es el patriarcado y las relaciones sociales de género. Su forma de derecho es el doméstico.	RETÓRICA Hace referencia a los mecanismos descentralizados y convencionales de administración de justicia como el arbitramento.
	COMUNIDAD. Su forma de poder es la diferenciación desigual, entre quien pertenece a la comunidad y quienes no, por lo que es un territorio físico y simbólico, en el que se producen las identidades e identificaciones alrededor de lo común, y reforzado por el derecho de la comunidad.	
REGIONAL	PRODUCCIÓN. Desarrollado en torno a la producción de valores de cambio económicos y de procesos de trabajo, donde el modo de poder es la explotación, reforzado por el derecho de producción.	BUROCRACIA El componente procedimental-burocrático se observa al interior del aparato jurisdiccional del Estado.
NACIONAL Legalidad de mediana escala	MERCADO. Su forma de poder es el fetichismo de las mercancías, al mercantilizar las necesidades y los medios de satisfacerlas, y regulado por el derecho de intercambio.	
GLOBAL Legalidad de pequeña escala. Prioridad de la función de orientación sobre la representación.	CIUDADANÍA. Aquí la forma de poder es la dominación del Estado, que produce y reproduce las obligaciones políticas verticales entre el ciudadano y el Estado, cristalizadas por el derecho estatal.	VIOLENCIA La violencia se presenta en las formas coercitivas como sanciones y restricciones a la libertad.
	MUNDIAL. Incorporado como una estructura interna en cada país o internalización del sistema mundial, cuya forma de poder es el intercambio desigual. Es una matriz organizadora de las consecuencias provocadas por las condiciones y escalas globales, sobre los otros espacios.	

Nota. Elaboración propia.

medida en que extrae de su fijación exclusiva en el Estado Nación la configuración del ensamblaje territorio-autoridad-derecho. De acuerdo con la profesora neerlandesa, se puede afirmar que en este momento existen nuevas formas de configuración del ensamblaje territorio-autoridad-derecho que son parcial o totalmente des-nacionalizadas.

Si bien el trabajo de Sassen está más orientado hacia entender cómo los

fenómenos propios de la globalización terminan por fragmentar el ensamblaje de la relación entre territorio autoridad y derecho propia del estado-nación, en favor de ordenes supranacionales; es posible entender que la autora da por hecho la consolidación de tal ensamblaje en términos generales, lo que resulta bastante cuestionable en el caso colombiano. Nada impide considerar que ese

tipo de ensamblajes persisten en el orden subnacional.

DISCUSIÓN

Foro “La gestión comunitaria de los acueductos en la provincia comunera”

El espacio estaba orientado a visibilizar el trabajo de las organizaciones que vienen atendiendo las necesidades de abastecimiento de agua para la población rural de los municipios de la provincia comunera, mediante procesos de gestión comunitaria. De igual manera, se pudo contar con la presencia del Secretariado de Pastoral Social de la Diócesis San Gil-Socorro que lidera un proceso de articulación regional de los acueductos comunitarios denominado “Red agua para la vida”, y con una representante del Ministerio de

Vivienda, Ciudad y Territorio, que presentó el programa “Agua al Campo”, política del actual gobierno en relación con los acueductos de las áreas rurales.

La invitación fue atendida por representantes de acueductos rurales de los municipios de Oiba, Contratación, Suaita, Chima, Hato, Guapota, Guadalupe y Olival (corregimiento del municipio de Suaita), quienes compartieron sus planteamientos en torno a aspectos regulatorios y a la problemática frente al cumplimiento de los requisitos legales (eje 1), el conocimiento sobre las políticas adelantadas desde el orden municipal, departamental y nacional (eje 2) y, las experiencias de articulación desde el orden local, regional y nacional (eje 3). En el evento se escuchó la propuesta del secretariado de pastoral social de la diócesis y la presentación de la política por parte del gobierno nacional.



Foro “La gestión comunitaria de los acueductos en la provincia comunera” 10 de octubre de 2019. Auditorio Benjamín Herrera, Universidad Libre seccional Socorro. (Fotografía, archivo personal).

En este artículo procuraremos hacer una puesta en valor de los testimonios y reflexiones más significativas de los representantes de los acueductos que

participaron en el evento, especialmente, sobre la manera como se percibe la relación entre los procesos comunitarios y las entidades gubernamentales, de igual

manera, sobre las dinámicas regulatorias, la problemática en términos de formalización y cumplimiento de los parámetros del derecho Estatal.

En términos generales, los representantes de los acueductos participantes manifiestan tener conocimiento de los requisitos de formalización básicos como el registro ante la Cámara de Comercio, el cumplimiento en materia contable ante la DIAN y el trámite de autorización/renovación de la concesión de aguas ante la Corporación Autónoma Regional de Santander (en adelante, la CAS).

De manera casi unánime coinciden en la dificultad que para ellos representa el conocimiento y cumplimiento de un conjunto de normas que tiene un carácter complejo por los diversos aspectos que entran a regular, desde el cuidado de las cuencas, las condiciones e infraestructura requeridas para la prestación, la potabilización del recurso, hasta el manejo de vertimientos entre otros. No obstante, la principal dificultad identificada es el trámite de la concesión de aguas, son recurrentes las manifestaciones de inconformidad respecto del procedimiento adelantado por la corporación.

La señora Maritza Saavedra, representante de los acueductos rurales del municipio de Guadalupe manifiesta que “los requisitos que se exigen por parte del estado es todo lo referente a la cámara y comercio, la Dian, el RUT, es más o menos lo que recuerdo. Es algo engorroso para nosotros porque la verdad tenemos poco conocimiento somos líderes, pero líderes (que) nos hicimos a pulso”. Por su parte el señor Benigno Pinto Castellanos, quien representa al acueducto Morarío del municipio de Guapotá señala un aspecto muy importante, como es el tratamiento regulatorio, en el cual no se enfatiza en el tratamiento diferencial que deben tener los acueductos rurales: “...nos parte toda la normatividad que le aplicaron en Colombia a los acueductos rurales porque es parecida a la de las ciudades...y que bonito que en estas reuniones se busquen soluciones porque con la normatividad vigente difícilmente podremos sobrevivir los

acueductos rurales hacia un futuro porque nos quieren meter en cintura igual que cualquier acueducto urbano de las grandes capitales y así no es, entonces nos obligan a cumplir una normatividades de ley pero recursos no nos los dan nos toca sobrevivir con la tarifa que cobramos”.

El señor Rodrigo Valencia del acueducto Cunacua de Olival y el señor Elías Jiménez del acueducto de la vereda Judá –ambos en jurisdicción del municipio de Suaita– remarcan la escasa colaboración que tienen por parte del municipio, indicando que la respuesta por parte de las autoridades en este sentido es que “si les entregan el acueducto al municipio, este les suministrará agua potable”. Álvaro Gamboa Vallejo, representante acueducto Acuamon, vereda de Monjas del municipio de Oiba, además de reiterar las dificultades respecto de la organización y formalización de los acueductos señala unas condiciones adicionales como los pagos por bancarización que para ellos son muy complicados de cumplir en la parte rural. No obstante: “...tal vez la cuestión que nosotros hemos visto más complicada es la cuestión de la concesión del agua, en el caso nuestro y otros más del municipio se logró la primera concesión, la de nosotros se venció en 2014 y llevamos ya tres años tratando de renovarla cumpliendo todos los requisitos que ellos piden. Tal vez el único que no hemos cumplido porque nos queda muy complicado en el caso del acueducto que yo represento es la potabilización”.

Sobre el tema del tratamiento del agua, el señor Mario Quiroga, representante de los acueductos rurales del municipio de Chima señala igualmente las dificultades para el cumplimiento de los estándares establecidos, reconociendo el apoyo de Sepas a través del suministro de los Arcifiltros (soluciones para potabilización de agua en punto de consumo), sumándose igualmente a las voces de protesta respecto del trámite de la concesión de aguas:

“La concesión de aguas es un problema que para mí tampoco fue ajeno porque yo dure 5 años bregando a renovarla,

después de 30 años que tenemos ese acueducto con todo lo de la ley... hoy en día todavía nos demoran 5 años una concesión....entonces es difícil que el gobierno nos exija tanto cuando ellos no nos largan nada, el municipio, llegamos al municipio, a decirle al alcalde de turno que nos colabore con algo para el acueducto y dice: si usted nos entrega el acueducto con gusto le aportamos para lo que se necesite”.

A las dificultades mencionadas sobre las exigencias en materia regulatoria y especialmente sobre el tema de potabilización, el representante de la Junta de Acción Comunal del barrio Pablo VI del municipio de Contratación manifestó adicionalmente el interés de las alcaldías en apoderarse de los acueductos y privatizar la prestación del servicio. Teniendo como referente para la evaluación de este primer acercamiento los aspectos señalados en el planteamiento del problema de investigación a recordar:

- La relación entre los espacios comunitario y estatal, los cuales pueden coincidir o no (en una mayor o menor proporción), como formas de regulación sobre el fenómeno a estudiar.
- La manera como se ha venido desarrollando la regulación normativa en los acueductos estudiados.

Una primera impresión general, una vez revisados las intervenciones de los representantes, es la manifestación del distanciamiento y prevención respecto de las autoridades municipales y en general gubernamentales (Salvo lo expresado por el representante del acueducto Morarío del municipio de Guapotá). En algunos casos es muy marcada la constitución de una frontera social “entre ellos y nosotros”, la cual tiene como fundamento una diferente comprensión respecto de la relación entre agua, comunidad y territorio: desde la perspectiva de lo público-estatal el agua como recurso, cuyo manejo debe darse a través del enfoque del servicio público, por medio de esquemas de corte más empresarial, bajo la dirección y orientación de la administración

municipal; desde la perspectiva público-comunitaria, el agua como bien común, cuyo manejo debe orientarse por un enfoque comunitario, respetando el derecho a la autogestión de las organizaciones que han construido, sostenido y administrado los acueductos, en la mayoría de los casos, sin el apoyo del Estado.

En relación con la forma como se ha venido desarrollando la regulación, de las intervenciones realizadas por los representantes podemos identificar que, en la gran mayoría de los casos, el cumplimiento pleno de los parámetros establecidos por el Estado no se viene presentando. Como ocurre en muchos casos en Colombia, el campo social en el cual se despliegan las normas dentro de las prácticas y usos cotidianos discrepa al menos parcialmente del plano jurídico formalmente establecido.

CONCLUSIONES

La configuración del territorio como espacio de gobernanza –cifrado en términos del ordenamiento estatal-nacional del espacio– ha sido en Colombia una pretensión más formal e ideológica que material y concreta: la organización fuertemente centralista en la mayor parte de nuestra historia republicana, sumada a los débiles e incluso abortados intentos de darle una mayor fortaleza a la descentralización política como mecanismo para el afianzamiento de la presencia del Estado en el territorio, han dado lugar a una formulación estatal del ordenamiento territorial que tal como han denunciado autores como Orlando Fals Borda, no se compadece con las condiciones geográficas, históricas y socioculturales del poblamiento y configuración conflictiva de este espacio.

Se reproduce y consolida el imaginario del país como un archipiélago de territorios más o menos autárquicos y difícilmente conectados, derivando en un fortalecimiento correlativo de los marcos de significación locales y regionales para la producción del espacio/territorio, afianzando las resistencias regionales frente al imaginario de la nación (las cuales se despliegan

principalmente en el orden de lo público-comunitario); así también, la ausencia o la débil presencia del Estado ha permitido el surgimiento de actores con capacidad económica, política e incluso militar para producir una regulación efectiva de los territorios de manera paralela o al margen del ordenamiento territorial del Estado.

El ordenamiento jurídico no es ajeno a la reproducción de estas condiciones estructurales y como tal instituye y perpetúa la desconexión entre un orden racional moderno consagrado formalmente (el cual asume como un hecho consumado una preconstitución política del espacio de posibilidad del derecho en el territorio nacional, que más que un hecho, es todavía una aspiración), y la multiplicidad compleja de las relaciones sociales configuradas en los territorios. Para el caso de los acueductos rurales (así como también, en términos

generales, sobre la categoría de *campesino* como sujeto de derechos), se presenta un déficit de reconocimiento e inclusión, las comunidades no han sido tenidas en cuenta para la definición de estos mandatos legales y reglamentarios, los cuales no corresponden con su manera de entender el vínculo entre el derecho al agua, la noción de lo público-comunitario y el territorio.

Es preciso concluir señalando algunos elementos que nos permiten fundamentar la pertinencia del abordaje planteado para la investigación desde la perspectiva del pluralismo jurídico. En primer lugar, a partir del marco teórico planteado por Teubner es posible identificar la existencia de dos formas de racionalidad sobre el derecho: por una parte, la comprensión planteada desde lo público-estatal y, por otro, la comprensión planteada desde lo público comunitario que caracterizamos en el siguiente cuadro:

Tabla 2. *Acueductos rurales: conflicto de racionalidades sobre el derecho (Günther Teubner)*

Racionalidad público-estatal	Racionalidad público-comunitaria
<ul style="list-style-type: none"> – Comprensión del agua como servicio público. – Desconexión entre agua-comunidad-territorio. – Derecho social-económico (conexidad con derechos fundamentales). – Gestión mediante esquemas/modelos de prestación empresariales. – Orientación hacia la privatización (criterios de costo/beneficio). – Bancarización. – Desigualdad en el acceso. – Ensamblaje de la relación entre autoridad-territorio y derecho: escala nacional, espacio tiempo de la ciudadanía, componente estructural burocracia. 	<ul style="list-style-type: none"> – Comprensión del agua como bien común. – Conexión estrecha entre agua-comunidad-territorio – Derecho humano esencial. – Gestión mediante organizaciones comunitarias (Juntas de acción comunal, asociaciones de usuarios, etc.). – Orientación hacia la “comunitarización” (criterios de solidaridad y subsidiariedad). – Formas no bancarizadas. – Igualdad frente al acceso. – Ensamblaje de la relación entre autoridad-territorio y derecho: escala local, espacio tiempo de la comunidad, componente estructural retórica.

Nota. Elaboración propia.

Naturalmente se trata de una tipología inicial que tiene únicamente un propósito expositivo, es posible que no se presente de manera pura en ninguno de los casos. También es necesario aclarar que, tal como señalaba Correa, entre esos dos enfoques se presentan múltiples superposiciones, traslapes, convergencias tácticas y estratégicas que deberán ser observadas y caracterizadas una vez adelantado el trabajo de campo de la investigación.

No obstante, ello no representa un obstáculo para afirmar que la presencia de elementos como: la legitimidad social de estas formas de organización comunitaria; los sentidos de pertenencia y dominio sobre el espacio (que producen una territorialidad asociada al área de influencia de los acueductos), y la apropiación de la reglamentación establecida por parte de las comunidades beneficiadas, nos permiten

inferir la existencia de un tipo de ensamblaje de la relación entre autoridad-territorio-derecho (Sassen, 2006), que transcurre de manera paralela, alternativa o por lo menos superpuesta al orden estatal-nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Bedoya, E. y Márquez J. (2017). El 1898 de 2016: un decreto que seca los acueductos comunitarios. Publicado originalmente en Desde Abajo. 25 de julio de 2017. Disponible en: <http://redacueductoscomunitarios.co/documentos/el-1898-de-2016-un-decreto-que-seca-los-acueductos-comunitarios/>
- » Cadavid, N. (2009). Acueductos comunitarios: Patrimonio social y ambiental del Valle del Aburra. Publicado en “Avances en recursos hidráulicos” Núm. 20 Junio a Octubre de 2009. Medellín.
- » Cárdenas, J. H. (Enero 11 de 2015). Acueductos comunitarios alternativos para el manejo sostenible del agua y la sequía. Disponible en corporación semillas.org: <https://www.semillas.org.co/es/acueductos-comunitarios-alternativos-para-el-manejo-sostenible-del-agua-y-la-sequia>
- » Correa, Hernán. (2006). Acueductos comunitarios, patrimonio público y movimientos sociales. Notas y preguntas hacia una caracterización social y política. Bogotá Eco fondo
- » De Sousa Santos, B. (1991) Estado, derecho y luchas sociales, Bogotá: ILSA.
- » De Sousa Santos, B. (2009) Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá. ILSA.
- » Gamboa, A. (s.f). Entre lo estatal y lo comunitario: el suministro de agua rural a través de acueductos comunitarios. Bogotá. Universidad de los Andes.
- » Guauque, C. (2012). Pluralismo de fuentes de producción normativa y conflicto de racionalidades sobre el derecho: una lectura del pluralismo jurídico desde la teoría de Gunter Teubner, publicado en “Disertaciones de la Filosofía del Derecho y la Argumentación” Duarte Cuadros Rubén (Ed.), Bogotá. Universidad Libre
- » Hernández, R. (2014). Metodología de la Investigación. México, McGraw-Hill, sexta edición.
- » Mondragón, L. Ed (2020) Memorias Red Nacional de Acueductos Comunitarios de Colombia. Medellín.
- » Red Nacional de Acueductos Comunitarios (2017). El derecho a la autogestión comunitaria del agua. Iniciativa legislativa para el fortalecimiento y defensa de los acueductos comunitarios.
- » Ruiz, J. P. (2017). Acueductos comunitarios vs. Privatización. Publicado en El Espectador.com: <https://www.elespectador.com/opinion/acueductos-comunitarios-vs-privatizacion-columna-722008>
- » Sandoval, C. (1996). Investigación cualitativa. Bogotá, Icfes.
- » Sassen, S. (2006). Hacia una proliferación de ensamblajes especializados de territorio, autoridad y derechos. En cuadernos del Cendes Año 23. No 62. Tercera época. Mayo-Agosto

- » Teubner, G. (2005) El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global, Bogotá Universidad Externado de Colombia.
- » Vargas, R. (2016). Gestión comunitaria del agua. Acueductos comunitarios veredales de las localidades de Usme y Ciudad Bolívar. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. Disp en <https://ingenieria.bogota.unal.edu.co/es/dependencias/decanatura/direccionamiento-estrategico/category/352-agua.html?download=978:gestion-comunitaria-agua-2016-03-compressed-pdf>

Normativa colombiana sobre contratación de personal: enfoque al trabajo digno (decente) y habilidades blandas

Colombian Regulations on Hiring Personnel: Focus on Decent Work and Soft Skills.

Autores: Luis-Edilio Jaime-Barón, Lila-Inés Reyes-Vargas, Auly-Fernando Paredes-Casas

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15415>

Para citar este artículo:

Jaime-Barón, L. E. Reyes-Vargas, L. N. Paredes-Casas, A. F. (2022). Normativa colombiana sobre contratación de personal: enfoque al trabajo digno (decente) y habilidades blandas. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 143-164.



NORMATIVA COLOMBIANA SOBRE CONTRATACIÓN DE PERSONAL: ENFOQUE AL TRABAJO DIGNO (DECENTE) Y HABILIDADES BLANDAS*

Colombian Regulations on Hiring Personnel: Focus on Decent Work and Soft Skills.

Luis-Edilio Jaime-Barón

M. Sc. Servicio Nacional de Aprendizaje (Tunja-Boyacá, Colombia).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7328-5084>

Correo: ljaime@sena.edu.co

Lila-Inés Reyes-Vargas

Servicio Nacional de Aprendizaje (Tunja-Boyacá, Colombia).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6152-4543>

Correo: lilarey74@misena.edu.co

Auly-Fernando Paredes-Casas

Servicio Nacional de Aprendizaje (Tunja-Boyacá, Colombia).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3981-8494>

Correo: aulyfernandop@gmail.com

Recepción: Junio 1 de 2022

Aceptación: Agosto 24 de 2022

RESUMEN

Al ser Colombia un estado social de derecho, la amplia normativa que regula las temáticas incluye el componente laboral que debe ser tenido en cuenta desde la incorporación del personal en las organizaciones. El *onboarding*—definido como el proceso de integración del nuevo colaborador en la empresa, estrategia que trabajan los autores para ser implementada en la ESE Santiago de Tunja— es un factor clave en el desarrollo empresarial y su estudio pormenorizado incide directamente en el espíritu institucional.

Este texto revisa la normativa del vínculo contractual entre trabajador y empresa, la cual se estructura a manera de normograma, bajo la técnica de cruz categorial (que se explica en el desarrollo de la investigación) y se enfoca para el sector de la salud. La revisión también presenta una relación directa de dos temáticas adicionales que son: trabajo digno y decente, y las habilidades blandas como tema integrado a la vinculación e integración (*onboarding*) laboral y el desarrollo productivo.

* Artículo de revisión normativa, en el marco del desarrollo de la estrategia de incorporación *onboarding* en la ESE Santiago de Tunja.

La revisión descriptiva se realizó con base en las herramientas institucionales del Gestor Normativo de la Función Pública y bases de datos como Scopus y Google académico. El análisis realizado de la normativa evidenció contradicciones en la aplicación de ésta frente a su desarrollo, encontrándose para el caso colombiano un alto porcentaje de trabajadores que no se vinculan por contratación directa sino por otras formas de vinculación no laboral y por tercerización, lo cual deriva en una precarización de las condiciones del trabajador y deteriora la política de trabajo digno y decente, situación que se encuentra generalizada en el País.

PALABRAS CLAVES

Contratación; Trabajo digno (decente); Habilidades blandas; incorporación; *Onboarding*; Cruz categorial.

ABSTRACT

As Colombia is a social state based on the rule of law, the wide normative that regulates the topics includes the labor component that must be taken into account from the incorporation of the personnel in the organizations; the Onboarding defined as the process of integration of the new collaborator in the company, strategy that the authors have been working on to be implemented in the ESE Santiago de Tunja, is a key factor in the business development and its detailed study, has a direct impact on the spirit of the organization. The following document presents a normative review of the contractual link between worker and company; the normative is structured as a normogram, under the categorical cross technique (which is explained in the development of the research) and is focused on the Health sector. The review also presents a direct relationship with two additional topics: decent and dignified work and soft skills as a topic integrated to labor linkage and integration (Onboarding) and productive development. The descriptive review was carried out based on the institutional tools of the Public Function Normative Manager, and databases such

as Scopus and Google Scholar. The analysis of the regulations revealed contradictions in their application in relation to their development, finding in the Colombian case a high percentage of workers who are not hired directly but through other forms of non-labor and outsourcing, which results in a precariousness of the worker's conditions and deteriorates the policy of decent and dignified work, a situation that is widespread in the country.

KEYWORDS

Hiring; Dignified (decent) work; Soft skills; Outsourcing; incorporation; onboarding; categorical cross.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se enmarca en la propuesta de implementación de una estrategia de incorporación *onboarding*, definida como el proceso de integración del nuevo colaborador en la organización, la cual es trabajada desde el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y el Centro de Gestión Administrativa y Fortalecimiento Empresarial (CEGAFE), para el proceso de contratación de personal en la Empresa Social del Estado (ESE) Santiago de Tunja. En esta última se llevó a cabo el diagnóstico de incorporación de personal, de cuyo resultado derivó, en la necesidad de crear un normograma relacionado con la contratación laboral y la incorporación de trabajo digno en su desarrollo; de tal propuesta surge esta revisión normativa, que se presenta a continuación.

De la investigación inicial, en los resultados del diagnóstico se identificaron las diferentes formas que utiliza la empresa para contratar su personal. El 22.5% están vinculados a la planta con contrato laboral directo y el resto con otras formas de vinculación, como por empresa temporal 61.7% (Jaime et al., 2022). De allí nace la inquietud de revisar la aplicación normativa en cumplimiento de la política de trabajo digno (decente) en materia de contratación

laboral en Colombia, enlazándola desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Ministerio de Trabajo (MinTrabajo), el Ministerio de Salud y Protección Social (MinSalud) y la empresa objeto de estudio (ESE Santiago de Tunja), aunado a ello como valor agregado y como complemento de la estrategia *onboarding* se incluyen las habilidades blandas requeridas en el proceso de incorporación de personal.

La construcción del normograma se realiza mediante una consulta previa de base teórica con fundamentación legal tratando temas como: tipos de contratación y vinculación laboral, obligaciones del empleador para con el trabajador y trabajo decente. Posteriormente a través de la técnica cruz categorial, se organiza la información relevante, ya que esta técnica permite frente a una idea central, evidenciar el contexto en el que se da, identificando el propósito de la norma, reflejando sus argumentos y derivando en las consecuencias de ella.

Esta busca establecer qué tanto se está aplicando la normativa en favor de los trabajadores, asumiendo que es el Estado, a través de la legislación, el garante de los derechos de los ciudadanos en especial el consagrado en la Constitución Política de Colombia (Constitución) en su Art. 25: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado” (Constitución Política de Colombia, 1991).

El resultado de la información obtenida se presenta desde el desarrollo del siguiente contenido en forma de cruz categorial:

- Fundamentación legal en entornos internacionales OIT, para el proceso de incorporación que oriente a las partes en la protección de sus intereses a través del análisis de convenios internacionales, gobernanzas, recomendaciones etc. y que se enfocan en la integralidad del vínculo laboral contemplando trabajo digno (decente), relación laboral, pasando por temas de reducción de costos y búsqueda de equidad de género.

- Fundamentación de las normas vigentes desde el MinTrabajo, encaminadas a la protección del trabajador en temas de cargos de carrera, igualdad de oportunidades para el acceso a empleos públicos, reconocimiento de derechos de trabajadores, trabajo digno y decente.

- Fundamentación de normas desde el MinSalud a través de Decreto reglamentario del sector salud, evidenciando la carga impositiva generada tanto a trabajadores como empresarios, reconocimiento de pensiones, generación de aportes al sistema de salud, etc.

- Enfoque del sector salud, en dónde se pretende alinear la ESE Santiago de Tunja con la normativa relacionada con el servicio médico, generación de buenas prácticas y fomento de la humanización en la prestación del servicio de salud.

De la revisión y posterior análisis se determina si en efecto la normativa desarrollada por el Estado protege al trabajador o, por el contrario, éste ve disminuidos los beneficios laborales alcanzados.

Se entrega un documento que enmarca los aspectos generales y legales sobre incorporación y contratación de personal en Colombia con enfoque en el sector salud y en particular para la ESE Santiago de Tunja, encontrando en esta herramienta un insumo importante para futuras investigaciones que apunten al desarrollo de estas temáticas.

Finalmente, como valor agregado y requerido para la estrategia *onboarding* se relaciona la política de humanización del servicio implementado en la ESE Santiago de Tunja, con las habilidades blandas requeridas para la incorporación del personal en las organizaciones.

METODOLOGÍA

Este estudio presenta una revisión sistemática (RS) de la normativa que regula la relación contractual (Empresa-Trabajador); revisión de la aplicación normativa que busca el mejor desarrollo personal del trabajador bajo los lineamientos del trabajo decente-digno; aunado a la aplicación de una política de humanización del servicio implementada en el sector salud que propone la integración de las habilidades blandas en la vinculación del personal como parte integral de la estrategia *onboarding*. Para ello se utilizó la consulta en bases de datos especializadas como gestor normativo, Scopus y Google académico, que referencian a otras bases de confianza.

El periodo de búsqueda normativo – incluido el tema de trabajo digno– fue alrededor de 30 años atrás, sin contar con la referenciación a convenios internacionales que datan de 1947, enfocando la estructuración de la normativa en la pirámide de Kelsen desde la legislación de tratados internacionales de la OIT, pasando por temas de contratación abordados en la Constitución, hasta cubrir Leyes, Decretos y Resoluciones emanadas de autoridades administrativas; de esta forma se encuentran referentes desde departamento administrativo de la función pública hasta llegar a las empresas sociales del estado. En cuanto a la temática de habilidades blandas se toma con un periodo de cinco años atrás y con especial énfasis en formación y/o capacitación recibida desde el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

Se realizaron búsquedas relacionadas con contratación laboral, inicialmente en sus generalidades y pasando por modalidades y tipos de contratos, vinculación por tercerización laboral - aunque se establece en el Decreto 683 de 2018 su derogación, principios mínimos fundamentales , prohibiciones en los procesos de vinculación, derivando en normativa de trabajo decente; la información anterior es presentada de manera secuencial a través de la técnica de cruz categorial, relacionando la normativa generada en la relación trabajador-empresa.

El tema relacionado con habilidades blandas se desarrolla desde la política adoptada en la ESE Santiago de Tunja de Humanización del Servicio, la cual abre el camino al fortalecimiento de las habilidades desde el proceso de incorporación de personal.

Con respecto a la normativa, ésta se presenta en cruz categorial.

Desarrollo

La relación laboral en Colombia se ejecuta de manera formal e informal. En este documento se abordan las temáticas de forma separada pero relacionadas entre sí: de manera tal que la amplia normativa que regula la contratación, muestre un soporte lógico y estructural del tema, vinculando la aplicación del trabajo digno y decente en contraste con la realidad contractual, a la vez que soporta e integra las habilidades blandas como mecanismo de fortalecimiento en la vinculación de un nuevo trabajador a través de la política de humanización del servicio en el sector salud. Partimos de la normativa colombiana en generalidades como:

Contratación laboral y otros tipos de vinculación

- **Contrato de trabajo.** Es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración (Código Sustantivo de Trabajo C.S.T. Art. 25. 1950, p. 3); se encuentra en la normativa con modalidades de contrato verbal o escrito (C.S.T.Art. 37. 1950, p. 6), y que por su duración pueden ser; término fijo, indefinido.

- **Término fijo.** Debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. (C.S.T. Art. 46. P.81950); el término fijo podrá ser inferior a un (1) año (Decreto 2351 de 1965 Art. 4).

- **Término indefinido.** El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo (C.S.T. Art. 47. 1950).

- **Accidental, ocasional o transitorio.** Es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador. (C.S.T. Art 6to. 1950) Cuando se trata de labores ocasionales o transitorias, se usa para reemplazar temporalmente el personal en vacaciones o en uso de licencia, para atender al incremento de la producción, al transporte o las ventas, o de otras actividades análogas, circunstancia, que se hará constar siempre en el contrato.

- **Obra o labor.** Por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada (C.S.T. Art, 45. 1950).

La ley contempla un periodo de prueba como etapa inicial del contrato, cuya duración máxima es de dos meses, y para los contratos menores de 10 meses máximo 1/5 parte del tiempo pactado (C.S.T. Art. 78. 1950).

Pero a pesar que la norma apunta a la realidad de la vinculación bajo los elementos constitutivos del contrato laboral, como son: la actividad personal de quien firma el contrato, el salario y la subordinación directa. En Colombia es común encontrar otra forma de contratación conocida como contratos por prestación de servicios, estos contratos buscan desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Las normas contemplan que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (Ley 80 de 1993. Estatuto general de contratación pública en Colombia. Art 32. 3), en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Estos contratos que en lo común se conocen como no laborales han sido objeto de múltiples reclamaciones bajo la figura de “contrato realidad”, dónde se busca que un Juez laboral, declare la existencia de un contrato laboral y que como tal le subsistan todos los derechos y garantías que le otorga la ley.

Pero para el caso que nos ocupa y en aras de aclarar más la temática, es necesario relacionar las otras formas de vinculación que en Colombia han venido ganando espacio en el vínculo trabajador - empresa que son las siguientes:

- **Intermediación laboral.** Se provee trabajo o mano de obra. La empresa usuario tiene la potestad de dar órdenes al trabajador que viene en misión. Se hace a través de agencias especializadas para esto, Empresas de Servicios Temporales (EST). Su característica principal es ser mano de obra temporal, esta intermediación está sujeta a dos condiciones establecidas en la Ley: el envío de trabajadores en misión para colocar temporalmente a empresas o instituciones en el desarrollo de sus actividades y que puede ser realizada únicamente por la EST y servicio de intermediación en la gestión y colocación de empleo, ofrecido por las agencias públicas y privadas de gestión y colocación de empleo (Resolución 2021 de 9 de mayo de 2018, Artículo 1)

- **Simple intermediario.** En los términos del artículo 35 del C.S.T, persona natural o jurídica que contrata servicios de otros para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, o quien agrupa o coordina los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

- **Contratista independiente.** En los términos del artículo 34 del C.S.T., son verdaderos patronos y no representantes o intermediarios de un patrón.

Estas formas de vinculación laboral, presentan en su contexto que se visualiza una gran inequidad, especialmente en lo que hace referencia al principio de “a trabajo igual salario igual”, pues se evidencia cómo los trabajadores que llegan bajo ésta modalidad de contratación a cumplir labores en cargos iguales en la empresa usuaria, se encuentran normalmente con una mayor carga laboral y una asignación salarial y prestacional más baja que los trabajadores de la empresa usuaria vinculados en los mismos cargos en planta permanente.

Jornada de trabajo

La legislación colombiana regula que, máximo se debe aplicar una jornada laboral ordinaria de trabajo de acuerdo con lo que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal, 8 horas diarias y 48 semanales, pero dejando a libre acuerdo entre las partes Trabajador-empresa, poder pactar jornadas inferiores.

Al respecto de la disminución de la jornada de trabajo en Colombia es pertinente citar la respuesta dada al periódico el tiempo por: Roberto Gutiérrez Pedrozo, Gerente administrativo de Hada International, empresa que desde enero del 2022 implementa la jornada laboral de 4 días a la semana. El Tiempo preguntó: ¿Qué mensaje han recibido de los empleados? La respuesta fue: “Todos están felices. Se percibe que la gente llega el lunes con más ideas, con más entusiasmo y con más ganas de mejorar sus procesos. Hay más persistencia, amor al trabajo y sentimos que quieren más a la empresa, lo que hace que los resultados sean mejores. Una muestra de esto es que tenemos 0 renuncias y 0 ofertas a nuestro personal desde otras empresas. Con estos beneficios que tenemos les queda muy difícil a otras compañías competirnos y enganchar a nuestro talento. La gente está 100 % contenta por lo que viene pasando en la empresa” (Alvarado, 2022).

Con la entrada en vigor de la Ley 2101 de 15 de julio de 2021, se debe disminuir gradualmente la jornada laboral (Tabla 1.) De 48 a 42 horas semanales así:

Tabla 1. Nueva jornada laboral.

Gradualidad para entrada en vigor de la norma - Vigente desde 17 julio de 2021			
Fecha Vigencia de la norma	Año	Tiempo disminuido	Jornada laboral máxima para implementar
Primeros dos años	2023	1 hora	47 horas semanales
Tercer año	2024	1 hora	46 horas semanales
Cuarto año	2025	2 hora	44 horas semanales
Quinto año	2026	2 hora	42 horas semanales

Fuente: Elaboración propia con base en Ley 2101 de 2021.

Tipos de obligaciones

Ahora bien, bajo el enfoque del tema que nos ocupa y su relación legal de la normativa, es necesario mostrar aquí las diferentes

obligaciones que tiene un empleador para con sus trabajadores, en especial las que nacen de la relación laboral, hecho que pareciera también perderse de vista cuando en algunos casos se desconocen o

simplemente se ignoran por parte de los empleadores para vulnerar los derechos de los trabajadores, quienes o desconocen o simplemente aceptan tales violaciones de sus derechos y no los reclaman, o callan simplemente porque necesitan su trabajo o porque no confían en el sistema judicial, adicionado a la mora que resulta desde

el momento en que se inicia y termina un proceso mediante demandas, sin contar que la carga probatoria en estos casos recae sobre el trabajador.

A continuación, se relacionan algunas obligaciones para el empleador (Tabla 2).

Tabla 2. Obligaciones para el empleador (C.S.T, 1950)

Periodicidad	Obligaciones para el Empleador
Cada vez que se vincula un trabajador	Afiliación al sistema integral de seguridad social. <ul style="list-style-type: none"> • Pensiones. • Salud (EPS). • ARL. • Caja de compensación familiar. • Firma de contrato de trabajo y entrega de copia al trabajador. • Abrir un expediente con la hoja de vida del trabajador. • Práctica de Examen médico (Ingreso-periódico-retiro)
Cada vez que ocurra	<ul style="list-style-type: none"> • Información de accidente de trabajo • Llevar los registros de trabajo extra • Suministrar dotación de calzado y vestido de trabajo. (abril- agosto- diciembre) • Realizar el pago oportuno de los salarios, prestaciones y demás obligaciones. (Mensual – Quincenal-Jornal) • Contratar aprendices cuando corresponda esta obligación.
Mensual	<ul style="list-style-type: none"> • Realizar aporte a las entidades de seguridad social, parafiscales y fiscales • Retener y consignar en los bancos autorizados la retención en la fuente. • Reportar las novedades de retiros y cambio de salarios de los trabajadores a las entidades de seguridad social y parafiscal.
Semestral	<ul style="list-style-type: none"> • Informar al SENA semestralmente sobre la variación de los integrantes de la nómina para efecto de cuotas de aprendices.
Anual	<ul style="list-style-type: none"> • Llevar los registros de vacaciones • Elaborar el informe general anual • Expedir el certificado de ingreso y retenciones • Consignar las cesantías de los trabajadores afiliados a los fondos de cesantías. • Pagar intereses sobre las cesantías liquidadas al 31 de diciembre.

Fuente: Elaboración propia con base en normativa.

Principios y prohibiciones en la vinculación de personal

Como soporte específico al tema de contratación y de acuerdo con la Constitución, art. 53, se relacionan a continuación los principios mínimos fundamentales que se deben cumplir en la relación trabajador empresa, y además se muestra en la Tabla 3

(Prohibiciones) las prohibiciones en temas de vinculación, de acuerdo con normativa referenciada.

Principios mínimos fundamentales

- Igualdad de oportunidades para los trabajadores.

- Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.
 - Estabilidad en el empleo.
 - Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
 - Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.
 - Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
 - Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.
 - Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
 - Derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
 - La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores

Prohibiciones

Tabla 3. Prohibiciones en temas de vinculación y medidas de protección.

Prohibición	Normativa
Exigencia de pruebas de embarazo	Sentencia T-1002 de 9 de diciembre de 1999
Discriminación de trabajadores enfermos o simples portadores del virus V.I.H.	Sentencia SU-256 de 30 de mayo de 1996
Práctica de prueba del Polígrafo	Resolución 2593 de 2003
Acoso laboral: maltrato laboral, persecución laboral, discriminación laboral, entorpecimiento laboral, inequidad laboral, desprotección laboral	Ley 1010 de 2006 Art. 2 Incisos del 1 al 6.

Fuente: Elaboración propia con base en normativa.

Trabajo digno y decente

De acuerdo con la página oficial de la OIT “El Tesoro de la OIT, define al trabajo como el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos”, por su parte “El empleo es definido como: "trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie) " sin importar la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o

independiente-autoempleo)”. Por su parte trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno” (Levaggi, 2004).

Para este punto es procedente identificar que se encuentran diferencias normativas entre los términos de trabajo digno y trabajo decente y encontramos esta diferenciación en el documento trabajado entre la Procuraduría General de la Nación en asocio con la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), (Procuraduría y USAID, 2010) en donde

generaron conceptualización sobre la temática así:

Indican que, a nivel nacional, el trabajo digno tiene mención en la normativa colombiana desde la misma Constitución en su artículo 25 en donde establece que “... Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (subrayado fuera del texto); ello significa que bajo ninguna circunstancia puede tratarse a la persona como medio para alcanzar diferentes fines, sino que ella representa un fin en sí misma. La Corte Constitucional colombiana lo ha dicho de la siguiente forma: “La dignidad de la persona humana no permite que ésta sea reducida a la condición de cosa u objeto, carente de autonomía, lo que sucede cuando por actos particulares se dispone de la libertad o del cuerpo de un ser humano” (Procuraduría y USAID, 2010. p. 34).

A nivel internacional, de acuerdo con el documento, se identifica la utilización del término de trabajo decente por el director General de la OIT en 1999, con relación a nacimiento de modelos inequitativos de distribución de riqueza, inestabilidad laboral entre otros hechos, que requerirían una promoción de oportunidades encaminadas a conseguir el trabajo decente en los trabajadores.

Es así que se pretende el respeto al derecho fundamental de los trabajadores a un pago (remuneración) justo por la labor y esfuerzo realizado; reconocer la dignidad del trabajador por encima de cualquier otro derecho, ya que, si se vulnera la dignidad de una persona, se asume por extensión la vulnerabilidad de los demás derechos. Como soporte se muestra a continuación la normativa que regula el tema. No sin antes mostrar que, como dato curioso, el Decreto 2362 del 2015 establece el día 7 de octubre como el día del trabajo decente en Colombia.

Recordemos la conceptualización al trabajo decente que desde la OIT menciona que éste resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea

productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres (OIT, 2022).

Desde la Constitución, se encuentra mención para el trabajo decente lo siguiente:

Art. 25 (derecho al trabajo); Art. 38 (garantía del derecho de asociación); Art. 39 (derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado); Art. 43 (igualdad entre hombres y mujeres, protección especial a la maternidad); Art. 44 (Derechos fundamentales de los niños y niñas); Art. 45 (El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral) Art. 47 (derecho a la previsión, rehabilitación e integración social); Art. 48 (derecho a la seguridad social); Art. 53 (Obligatoriedad de expedir el Estatuto del Trabajo y otorga rango de norma de la legislación interna a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados); Art. 54 (la obligación del Estado y los empleadores de ofrecer formación y habilitación profesional); Art. 55 (derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales); Art. 56 (garantía del derecho de huelga); Art. 93 (establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno).

Igualmente, para el caso, Colombia contempla trabajo decente en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 (Ley 1753 de 2015) formulando la política nacional de trabajo decente Art. 74. El Gobierno Nacional bajo la coordinación del MinTrabajo, adoptará la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado, adicionalmente en el plan de gobierno 2022 - 2026 se incluye el

“pacto por el trabajo” que busca impulsar las normas que regulan el trabajo digno.

Ahora y para generar un mejor contexto sobre el tema y mostrar la manera como es la realidad y su diferencia con la retórica de la norma, en este punto se consideró conveniente mostrar algunas estadísticas al respecto en busca de soportar la brecha de lo ideal y lo real en la vinculación laboral en Colombia y su relación con el trabajo digno.

En revisión realizada en revistas especializadas sobre el tema, se encuentra que, primero:

“[...] según cálculos de Garay y Espitia a partir de la GEIH (Gran Encuesta Integrada de Hogares) del Dane y los Microdatos del mercado laboral que publica la entidad estadística, “cerca de un 70% de los ocupados en el país no cuentan con las debidas garantías prestacionales”, pues el 41% de los ocupados son trabajadores por cuenta propia en condiciones de informalidad, otro 7% tampoco cuenta con contrato laboral y además, otro 20% de los ocupados labora bajo contrato verbal” (Becerra-Elejalde, 2021, p. 1).

Y segundo:

“[...] de acuerdo con informes de fecha 23 de septiembre de 2022, publicado por el empleo.com: **“85% de las personas que trabajan en microempresas lo hacen en la informalidad. Se calcula que son 14 millones de personas las que trabajan para microempresas, de estos 11,9 millones lo hacen en la informalidad** “Según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane), en Colombia hay 22,08 millones de personas ocupadas, pero solo 9,02 millones tienen un contrato formal, el restante (12,8 millones) trabajan en la informalidad” (empleo.com, 2022)

Esto en alguna medida nos hace volver a la investigación inicial relacionada con la forma de vinculación preponderante en la entidad que arroja una contratación de personal con empresa temporal de un 61.7% (Jaime et al., 2022).

Técnica cruz categorial para referenciar la normativa (normograma)

Esta técnica se explica en la misma figura (Tabla 4), aplicando la normativa de la relación contractual trabajador - empresa en temas laborales. La técnica se aplica y se representa en cada una de las tablas 5, 6, 7 y 8 expuestas a continuación.

Tabla 4. Explicación tabla en cruz categorial.

	En la parte superior, se escriben los argumentos, fundamentos, teorías y prácticas.	
En el brazo izquierdo, se escribe el contexto y la metodología.	Parte central, se escribe el tema de estudio	En el brazo derecho, se escribe la finalidad o propósito para defender el tema de estudio.
	Parte inferior, se escriben las consecuencias que se dan a partir del tema de estudio.	

Fuente: <https://www.chanboox.com/2017/03/23/estrategias-de-ensenanza-la-cruz-categorial/> (Vidales-Ripoll, 2017).

Fundamentación en cruz categorial de las normas vigentes desde la (OIT)

Esta cruz categorial enmarca la normativa general que desde la OIT aplica en Colombia, e influye de una u otra forma en la generación de lineamientos en temas de contratación laboral, resalta aspectos importantes según la técnica y toma temas de trabajo decente - digno que desde allí se proponen.

Tabla 5. Normativa laboral desde la OIT.

<p>* Promoción de la justicia social. *Reconocimiento de normas fundamentales del trabajo. & Igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. && Igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación && Creación y oportunidad de empleo § creación de Inspector de trabajo que vela por cumplimiento de la normativa laboral @ Políticas de desarrollo para el recurso humano ♀ Fin de la pobreza con prosperidad económica</p>	<p>RELACIÓN CONTRACTUAL TRABAJADOR – EMPRESA DESDE LA OIT</p>	<p>*Aumento de políticas laborales. *Promueve la defensa de los trabajadores. * Establecen Comisiones permanentes de seguimiento. *Desarrollo sostenible & Igualdad de remuneración en materia de género && Eliminar cualquier discriminación respecto al tipo de empleo. § Veeduría para cumplimiento de normas internacionales @ Formación por competencias @ Asegura el acceso de todos a la formación permanente. @ Formación del recurso Humano y Trabajo decente ♀ Fomento del trabajo decente y crecimiento económico ♀ Apoyo a la creación y mantenimiento de empresas sostenibles.</p>
	<p>*Unifica criterios de obligatorio cumplimiento en la relación laboral *Reducción de costos laborales, facilidad de despido. & -&& - § Reglamenta normas de trabajo a nivel internacional. @ Aplicación del trabajo decente. @ Falta de cumplimiento de aplicabilidad de la recomendación a nivel Nacional § Sistemas de gestión de calidad. ♀ Búsqueda de equidad de género</p>	

⁴ (Naciones Unidas - La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenibles: Una oportunidad para América Latina y el Caribe, 2018)

Fuente: Elaboración Propia.

Fundamentación en Cruz Categorial desde el Ministerio de Trabajo

Esta cruz categorial enmarca los parámetros generales de las normas que desde el MinTrabajo han de ser tenidas en cuenta al momento de establecer el vínculo contractual Trabajador-Empresa.

Tabla 6. Normativa laboral desde MinTrabajo.

	<p>* Constitución Política Art. 25; Ω Ley 50 de 1990; Λ Ley 789 de 2002 - Ley 909 de 2004; ∫ Ley 1429 de 2010+ Ley 1636 de 2013; ; ° Decreto 1072 del 2015; # Ley 1753 de 2015 art 74, % Ley 1780 de 2016; & Decreto 1563 de 2016; / Ley 1821 de 2016; = Ley 1846 de 2017; A Ley 1822 de 2017; ≠ Ley 2101 de 2021, = Decreto 1724 de 2021, → Ley 2088 de 2021∫ Ley 2191 de 2022,</p>	
<p>* Derecho a un trabajo digno y justo. Ω Reformas al código sustantivo del trabajo ∫ Implementación de mecanismos de protección social - Empleos en órganos y entidades estatales. - Ingreso en carrera administrativa con base al mérito. ∫ Generar empleos de calidad y formalización en trabajadores menores de 28 años y mujeres mayores de 40 años + Protección al cesante. ° Decreto único reglamentario del sector Trabajo # Plan Nacional de desarrollo, promueve el trabajo decente % Promoción del empleo y el emprendimiento juvenil *Trabajo como eje de desarrollo. *construir un acuerdo para la paz laboral. *Capacitar y formar al talento humano. *Proteger derechos laborales = Jornada ordinaria de trabajo. ≡ Fijación Salario mínimo legal 2022 → Trabajo en Casa ∫Desconexión Laboral</p>	<p>RELACIÓN CONTRACTUAL TRABAJADOR – EMPRESA DESDE EL MINISTERIO DE TRABAJO</p>	<p>*Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. Ω Flexibilización laboral ∫ Incentivar el empleo - Igualdad de oportunidad en la vinculación estatal. CNSC. ∫ Posibilidad de vinculación laboral para grupos vulnerables + Protección al trabajador cesante. ° Compilación de normas relacionadas con el sector trabajo. # Promueve la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores % Desarrollo de programas de jóvenes talentos (jóvenes sin experiencia) / Creación de nuevas empresas jóvenes & Busca la cobertura de trabajadores independientes con protección de Riesgos laborales. / Reglamentación cargos de carrera / Edad de retiro forzoso = Modificación de jornada diurna, nocturna y jornadas flexibles ^ Aumento de tiempo por licencia de maternidad a 18 – 20 semanas. ≠ Reducción de la jornada laboral a máximo 42 horas semanales ≡ Cumplimiento de normas sobre salario mínimo ∫ → Regula trabajo en casa, para evitar carga laboral fuera del horario legal</p>
	<p>*Imparte lineamientos al Poder ejecutivo. Ω Subcontratación, alta informalidad, alta temporalidad y bajo interés a acuerdos colectivos ∫ Pérdida de la estabilidad laboral del trabajador – facilidad de despido – Des favorabilidad hacia el trabajador por pago de horas extras, dominicales y recargos nocturnos *Formulación de políticas de derecho al trabajo *Crear más empleo. *Simplificar trámites para prestación de servicios. *Mejora en la calidad de vida del trabajador colombiano. *Pérdida paulatina de derechos laborales adquiridos ∫ Finalmente el trabajador terminará cargando algunos costos de conectividad.</p>	

Fuente: Elaboración Propia.

Fundamentación en Cruz Categorial desde el Ministerio de Salud y protección Social

Tabla 7. Normativa Laboral desde MinSalud

<p>* Regular el tema de salud, pensión y riesgos laborales. + Ajuste al sistema de pensiones] Adoptar políticas para la salud pública] Decreto único Reglamentario del sector Salud] Establece mecanismos de protección a los usuarios y regular aspectos relacionados con la facturación y pago de los servicios, y tecnologías en salud. ≈ Reglamenta procedimiento para revisión de incapacidades * Regula el Derecho Fundamental a la Salud = Lactancia materna – Salas Amigas</p>	<p>*Ley 100 de 1993; + Ley 797 de 2003;] Decreto 780 de 2016 modificado parcialmente por Decreto 441 de 2022 ; ≡ Decreto 1833 de 2016; ≈ Decreto 1333 del 2018;= Resolución 2423 de 2018</p> <p>RELACIÓN CONTRACTUAL TRABAJADOR – EMPRESA</p> <p>DESDE EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL</p>	<p>* Integralidad en los servicios de Seguridad Social + Aumento de edad para la pensión. + Regula las pensiones y su cobertura en Colombia] Compila normas del sector salud. ≡ Compila normativa relacionada con pensiones ≈ Proteger al trabajador en el reconocimiento del pago de prestaciones económicas por incapacidad = Facilitar a las madres lactantes espacios para alimentación de los recién nacidos</p>
	<p>+ Alta carga impositiva para el empleado y empleador, con fines de protección a personas pobres (FSP) *Exceso de legislación. *Se adoptan Modelos que no se ajustan al país. * Carga de pagos moderadores al trabajador y su núcleo familiar, como cuotas moderadoras y copagos * Cierre paulatino de EPS, derivada de la misma ineficiencia del sistema de salud *Políticas a corto plazo que no garantizan un buen servicio. * Confusión para el trabajador al tener que definir a qué régimen pensional pertenecer *Incremento de tiempos de cotización a pensiones y disminución % aplicado al IBL (Ingreso base de liquidación)</p>	

Fuente: Elaboración Propia.

Fundamentación en cruz categorial desde ESE Santiago de Tunja

Esta cruz categorial enmarca los parámetros generales de la normativa asociada a las Empresas de Salud, específicamente para la ESE Santiago de Tunja en la relación contractual trabajador – empresa.

Tabla 8. Normativa laboral desde la ESE Santiago de Tunja.

<p>≡ Normas en materia de ética médica. → integralidad en la seguridad social ^ Garantizar la calidad del servicio /Acreditación en Salud ⊗ Manual de Contratación de la ESE Santiago de Tunja & Política de humanización en la prestación del servicio.</p>	<p>≡ Ley 23 de 1981; → Ley 100 de 1993; ^ Decreto 903 de 2014; ⊗ Resolución 131 de 2017 & Resolución 060 de 2021</p> <p>RELACIÓN CONTRACTUAL TRABAJADOR – EMPRESA</p> <p>DESDE ESE SANTIAGO DE TUNJA</p>	<p>≡ Reserva profesional hacia el paciente. →Lineamientos para las empresas en relación con la Prestación de servicios de Salud ^ Garantiza la calidad en la atención en salud y sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo ⊗Aseguramiento de la calidad y oportunidad en la prestación del servicio & Fortalecimiento de la calidad en atención en salud. & Promover en el personal de la ESE Santiago de Tunja, una actitud amable y humana hacia el usuario.</p>
	<p>*Se busca alinear la ESE Santiago de Tunja a la normativa que regula el servicio médico. *Implementación de buenas prácticas en la prestación del servicio *Oportunidad para implementar las habilidades blandas en el proceso de incorporación de personal y fortalecimiento del trabajo digno * Prestar un servicio de salud con calidad para los usuarios *Oportunidad de capacitación para el personal</p>	

Fuente: Elaboración Propia.

Así las cosas, en el normograma presentado se relaciona de forma general el vínculo entre trabajador empresa, esperando aportar con ello claridad al respecto de la temática abordada y se reitera que ésta sirve de soporte para futuras investigaciones.

Por otro lado, es importante también señalar que los aportes que se muestran a continuación sobre el tema de habilidades blandas son un complemento que busca establecer las bases de una mejora en los procesos de vinculación de personal donde no sólo la norma sea lo que se aplique y cumpla, sino que se integre la dignidad de la persona con el fortalecimiento de sus capacidades comportamentales

Habilidades blandas

En temas de normativa, en el sector salud se vienen realizando esfuerzos por mejorar la calidad en la prestación del servicio; ya desde la Constitución de 1991, en sus artículos 44 y 49, se deja ver el tratamiento del derecho a la salud como un derecho Fundamental el cual se vio desarrollado más extensamente en la Ley 100 de 1993, en dónde se estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que estipula un plan obligatorio de salud (POS), con el que se pretende desde su artículo 153, ofrecer “protección integral” en salud a la población colombiana.

Así con las diferentes estrategias asumidas por el gobierno nacional en 2016 con la política de atención integral en salud “Un sistema de salud al servicio de la gente” hasta llegar a 2019 con una política de humanización de la salud (MinSalud, 2020), donde toma en cuenta la personalización de la atención al paciente, debemos abordar el tratamiento dado al personal sanitario que ofrece y está encargado de la prestación del servicio en sí, éstos profesionales, al igual que la mayoría de colombianos, pasan por temas de diferentes modalidades de contratación, falta de dotación, sobrecarga laboral, extensas jornadas de trabajo, temas que se hace necesario superar mediante generación de condiciones laborales justas y dignas.

En estas líneas se llama la atención desde la humanización del servicio a través de lo que en la “Política Nacional de Humanización en Salud...” (Rico-Barrera, 2021 pp. 77- 94) se ha dado en llamar pilar de Ser humano, la capacitación desde el enfoque humanístico, en dónde se evidencia la multidimensionalidad del ser humano, reconociendo la persona como objeto cambiante y de desarrollo, igualmente nos abocamos a la estrategia relacionada con el Desarrollo de iniciativas que favorezcan la transferencia de conocimiento entre entidades de salud... y el desarrollo del objetivo que pretende generar acciones orientadas a incorporar... habilidades gerenciales que faciliten el abordaje de la humanización como cultura en los agentes del sector”.

Estas habilidades gerenciales que podemos asimilarlas a habilidades blandas conocidas como la capacidad de “comprender y manejar las emociones, establecer y lograr objetivos, tomar decisiones autónomas y confrontar situaciones adversas de forma creativa y constructiva” de acuerdo con Ayrton Senna, Institute citado por Tamara Ortega en su diálogo “desenredando la conversación sobre habilidades blandas” (Ortega, 2016 p. 3), están en proceso de potencialización en la ESE Santiago de Tunja con el desarrollo de la investigación aplicada denominada: estrategia *onboarding* para la incorporación y retención de personal en el sector salud del municipio de Tunja, trabajada por los investigadores de este artículo.

En la Política Nacional de Humanización de la Salud (MinSalud, 2020), en uno de sus pilares involucra al ser humano, como eje fundamental de desarrollo integral y holístico en donde con el desarrollo y potencialización de sus habilidades puede transformar los entornos en los que influya, con esto pretende evidenciar mejoras en las condiciones laborales y contractuales de los trabajadores del sector, así como mejoramiento en las relaciones interpersonales, lo que nos reafirma la propuesta de formación y fortalecimiento en habilidades que se desarrollan con la

humanización traducida en *habilidades blandas*.

De acuerdo con investigaciones realizadas por el Instituto de Investigación de Stanford y la Fundación Carnegie Mellon, destacan que “El 75 % del éxito en el trabajo a largo plazo es resultado de las ‘habilidades blandas’ y solo el 25 % del éxito tiene origen exclusivo en las habilidades duras - técnicas de los colaboradores”; en concordancia con los resultados de este estudio se afirma que los trabajadores con habilidades blandas son de suma importancia en una organización, porque esto les permite tener un mejor desarrollo en las actividades y así mismo generar buenos resultados (González-Molina y otros, 2020).

En estudios relacionados con incorporación de habilidades blandas en los proceso de selección de personal estratégico 4.0 en Colombia (Rodríguez, 2019), se evidencia un recuento de las habilidades blandas más desarrolladas en los trabajadores y de acuerdo con Wilson, Ariffian, y H, 2012, citado por Alyson Rodríguez, destaca habilidades de : Comunicación, pensamiento crítico y resolución de problemas, trabajo en equipo, aprendizaje permanente y habilidades de gestión de la información, emprendimiento, habilidades éticas morales y liderazgo (p. 16), algunas de las mismas abordadas en la investigación en curso sobre la implementación de la estrategia *onboarding* mencionada anteriormente.

Por último, el nivel de importancia dado al desarrollo de las habilidades blandas también se ve en instituciones reconocidas a nivel nacional como el SENA en donde a través de su estrategia de “renovación cultural”, abordan la formación en la aplicación y potencialización de algunas habilidades, despertando aún más el interés por integrar estos temas en la humanización de los procesos de incorporación de los nuevos trabajadores a la organización

Discusión y conclusiones

Se presentó un recorrido por las modalidades de contratación en Colombia encontrándose que es permitido formalizar contratos de prestación de servicios, pero las entidades abusan de este tipo de contratación omitiendo las bondades de un contrato realidad o contrato laboral.

Frente al trabajo digno se pudo evidenciar que estamos lejos de alcanzarlo, con contratos que limitan las bondades de contratos laborales, normas que someten al trabajador a sistemas de seguridad social ineficaces en materias de protección y tratamiento de la salud y que hacen más demorado el disfrute de una pensión.

Se puede ver desde la OIT, que Colombia por pertenecer a dicha organización, adopta muchos lineamientos dados desde contextos internacionales incluyéndolos en la legislación; con algunos de ellos favorece la reducción de costos laborales en las empresas a través de figuras que desdibujan la contratación laboral con todos sus beneficios, pero con otros busca alcanzar la equidad de género a través de su remuneración y el fin de la pobreza a través de creación de empresas sostenibles

Al pasar a la revisión que enfoca el MinTrabajo, se ve cómo el gran número de normativa que desde allí se desprende sobre el tema, encuentra cierta contrariedad cuando su intención inicial es buscar mejores condiciones laborales para los trabajadores, pero con la sanción de algunas leyes como la Ley 50 de 1990, la Ley 789 de 2002 entre otras, finalmente lo que sucede es que el trabajador termina perdiendo algunos derechos adquiridos y se deteriora en muchos frentes la idea del trabajo decente al validar formas de contratación no laboral, flexibilización de la jornada laboral para evitar pago de horas extras, facilitar los despidos al disminuir los toques de indemnizaciones, etc.

En la normativa presentada en cruz categorial del MinSalud, se encuentra para el caso de pensiones una mayor carga hacia el trabajador cuando reglamenta mayores tiempos (semanas) de cotización al sistema, disminuye las bases de liquidación, y se aumenta la edad para adquirir este derecho, además de la encrucijada que encuentran muchos trabajadores cuando deben definir a cuál régimen pensional quieren pertenecer, generando mayor cesión de derechos si se escoge el régimen equivocado de acuerdo con su capacidad de cotización.

De forma similar, los tipos de vinculación coadyuvan a generar problemas en el tema de salud que son aún más complejos, por la falta de cobertura, tema de las cuotas moderadoras y la imposibilidad por parte de algunas EPS de prestar un servicio de calidad para el trabajador y su familia, son factores que la extensa normativa no ha podido solucionar.

Respecto a la cruz categorial de la ESE Santiago de Tunja, la entidad viene trabajando de forma paulatina en el ajuste de sus políticas a los lineamientos de los gobierno central y local sobre el servicio de salud, centra sus esfuerzos en mejorar la calidad del servicio llevando a su personal a adquirir una cultura de humanización del mismo, “atención al usuario con calidad” donde no se pierda el Ser como persona,

pretendiendo sentir la problemática del paciente y formar parte en lo posible de la solución.

Es evidente, entonces, que se necesita mejorar por parte de los empresarios e instituciones estatales, el cumplimiento constitucional de proveer a los trabajadores colombianos un trabajo digno que les permita llevar buenas y mejores condiciones de vida; para el caso que nos ocupa desde el sector salud. Para el proceso de incorporación de personal en la ESE Santiago de Tunja se resalta el tema de las habilidades blandas como factor determinante de integración de personal, donde además de cumplir con la normativa se piense en la parte humana y en el Ser como persona.

La revisión ha confirmado la relación directa que será necesario tener en cuenta, entre la normativa y el desarrollo en las personas de las habilidades blandas, para obtener un resultado positivo en el logro de los objetivos organizacionales; igualmente es imperativo fortalecer desde la vinculación del nuevo trabajador las garantías de un trabajo digno y decente, donde se busque de forma progresiva aumentar la formalización laboral y se minimice al máximo la intermediación laboral y los contratos por órdenes de prestación de servicios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Alvarado R. A. (22 de agosto de 2022) Así va la empresa colombiana que reduce su jornada laboral semanal a cuatro días – periódico - El tiempo. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/empresa-colombiana-hada-con-jornada-laboral-de-cuatro-dias-asi-funciona-696106>
- » Becerra, L. (24 de noviembre de 2021). ¿Faltan garantías? El 37 % de los contratos laborales son verbales. Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/empleo/mercado-laboral-en-colombia-tipos-de-contratos-que-hay-558885>
- » Espinel Pinzón, J. (2016). Evaluación de resultados de la Ley 1429 de 2010 – de formalización y generación de empleo – vista desde los beneficios otorgados en reducción de aportes parafiscales para las pequeñas empresas en la ciudad de Bogotá

- » García-Reyes, A. (2019). Cartilla de Seguridad Laboral y Seguridad Social. (ECO E, Ed.) 01: ECO E Ediciones.
- » Gómez-Gamero, M. E. (2019). Las habilidades blandas son competencias para el nuevo milenio. DIVULGARE Boletín Científico De La Escuela Superior De Actopan, 6(11). <https://doi.org/10.29057/esa.v6i11.3760>
- » González-Molina M.G., Enciso Galindo, B. V., Arciniegas Hurtado, L. F., Tovar Arévalo, P.A., Bonza Forero, P.I. & Arévalo Peña, L.P. (2020). Importancia de las Habilidades Blandas para la empleabilidad y sostenibilidad del personal en las organizaciones. Encuentro con semilleros, aportes y reflexiones ISSN 2711-4414, 2.
- » Hernández-Tapia, A.L. (2022). Práctica de habilidades blandas con enfoque en la inteligencia emocional de los trabajadores administrativos en la FAREM Carazo. Tesis de Maestría. Managua, Nicaragua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, Managua.
- » Jaime-Barón, L. E., Reyes Vargas, L. I., y Paredes Casas, A. F. (2022). Diagnóstico del proceso de incorporación (Onboarding) de personal en la E.S.E Santiago de Tunja. Pensamiento y Acción, pp. 2-19.
- » Levaggi, V. (9 de agosto de 2004). ¿Qué es el trabajo decente? OIT. Disponible en: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm
- » Ministerio de Salud y Protección Social (2020). Propuesta de Política Nacional de Humanización de la salud – Revisión – “Entretejemos Esfuerzos en la Construcción de la Cultura de Humanización para el Goce Efectivo Del Derecho a la Salud y la Dignidad Humana 2021- 2021. Bogotá-
- » Organización de Naciones Unidas. (2018). La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenibles: Una oportunidad para América Latina y el Caribe, La agenda 2030 (Naciones Unidas 12 de 2018).
- » Organización Internacional del Trabajo (OIT). Impulsar la justicia social, p.e. (08 de junio de año consulta 2022). OIT – Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm. "Copyright © Organización Internacional del Trabajo + 2022".
- » Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2004). Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, R195 - I. Objetivos, ámbito de aplicación y definiciones (OIT 17 de 06 de 2004).
- » Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1958). Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), Número 111 Art. 2 (OIT 04 de 06 de 1958).
- » Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1951). Convenio sobre igualdad de remuneración, C 100 (29 de 06 de 1951).
- » Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1947). Convenio sobre la inspección del trabajo, 081 (OIT 11 de 07 de 1947).
- » Ortega-Goodspeed, T. (2016). Desenredando la Conversación sobre Habilidades Blandas. The Dialogue, Leadership for the Americas, 2. Disponible en: <https://www.larepublica.co/especiales/especial-abogados-septiembre-2019/segun-el-ministerio-de-trabajo-el-35-3-de-las-personas-laborando-tiene-contrato-escrito-2913006>
- » Procuraduría General de la Nación y USAID, A. P. (2010). APP, Procuraduría.

Obtenido de https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=000583240346911865214:6xftjvivoswo&q=https://apps.procuraduria.gov.co/gp/gp/anexos/trabajo_digno_y_decente_en_colombia_seguinto_y_control_preventivo_a_las_politicas_publicas.pdf&sa=U&ved=2ahUKEwj

» Rico-Barrera, S. M. (29 de 09 de 2021). consultorsalud. Disponible en: <https://consultorsalud.com/con-politica-nacional-de-humanizacion-en-salud/#:~:text=En%20la%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de%20Humanizaci%C3%B3n%20en%20Salud,objeto%20de%20una%20mayor%20marginaci%C3%B3n%2C%20exclusi%C3%B3n%20y%20discriminaci%C3%B3n>

» Rodríguez, A. C. (2019). Incorporación de habilidades blandas en los procesos de selección de personal estratégico 4.0 en Colombia. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10654/35247>.

» Tendencias laborales (23 de septiembre de 2022). 85% de personas que trabajan en microempresas lo hacen en la informalidad. Recuperado de: 85% de las personas que trabajan en microempresas lo hacen en la informalidad | Noticias empleo.com

» Vidales-Ripoll, E. (23 DE 03 DE 2017). U. Yotoch chan Boox. Disponible en: <https://www.chanboox.com/2017/03/23/estrategias-de-ensenanza-la-cruz-categorial/>

Referencias jurídicas

» Código Sustantivo de Trabajo (C.S.T.). Ley 141 de 1961. (15 diciembre de 1961). Arts. 6, 25, 34, 35, 37, 46, 48 y 78.

» Constitución Política de Colombia (Const.). (1991). 7 de julio de 1991. Arts. 25, 38, 39, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 53, 54, 55, 56 y 93.

» Sentencia T1002/99. Corte Constitucional, Sala quinta de revisión. MP. Gregorio Hernández, 9 de diciembre de 1999.

» Sentencia SU 256/96. Corte Constitucional, Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. MP. Vladimiro Naranjo, 30 de mayo de 1996.

» Decreto 583 de 2016. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Por el cual se adiciona al título 3 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 2 que reglamenta el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 y el artículo 74 de la Ley 1753 de 2015. 8 de abril de 2016.

» Decreto 683 de 2018. Ministerio de Trabajo. Por el cual se deroga el capítulo 2 del Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo y el Decreto 583 de 2016. 18 de abril de 2018.

» Decreto 780 de 2016. Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto Único Reglamentario del Sector Salud. Por el cual se compila y simplifica todas las normas reglamentarias preexistentes en el sector de la salud, tiene como objetivo racionalizar las normas de carácter reglamentario que rigen en el sector y contar con un instrumento jurídico único. 6 de mayo de 2016.

» Decreto 903 de 2014. Ministerio de Salud y Protección Social. Por el cual se dictan disposiciones en relación con el Sistema Único de Acreditación en Salud. 13 de mayo de 2014.

- » Decreto 1072 de 2015. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. 26 de mayo de 2015.
- » Decreto 1333 de 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social). Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones. 27 de julio de 2018.
- » Decreto 1563 de 2016. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Por el cual se adiciona al capítulo 2 del título 4 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, una sección 5 por medio de la cual se reglamenta la afiliación voluntaria al sistema general de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones. 30 de septiembre de 2016.
- » Decreto 1724 de 2021. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Por el cual se fija el salario mínimo mensual legal. 15 de diciembre de 2021.
- » Decreto 1833 de 2016. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones. 10 de noviembre de 2016.
- » Decreto 1990 de 2016. Ministerio de Salud y Protección Social. Por el cual se fijan plazos y condiciones para la autoliquidación y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales. 6 de diciembre de 2016.
- » Decreto 2351 de 1965. Ministerio de Trabajo. Por el cual se hacen algunas reformas al Código Sustantivo de Trabajo. 4 de septiembre de 1965.
- » Decreto 2362 de 2015 (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social). Por el cual se adiciona al Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, un Capítulo 4 que establece la celebración del Día del Trabajo Decente en Colombia. 7 de diciembre de 2015.
- » Resolución 060 de 2021. (Empresa Social del Estado Santiago de Tunja). Por la cual se adopta la Política de Humanización de la E.S.E. Santiago de Tunja. 21 de junio de 2021.
- » Resolución 2021 de 2018. Art.1 (Ministerio de Trabajo). Por medio de la cual se establecen lineamientos respecto de inspección, vigilancia y control que se adelanta frente al contenido del artículo 63 de la ley 1429 de 2010.
- » Resolución 2423 de 2018 (Ministerio de Salud y Protección Social). Por la cual se establecen los parámetros técnicos. 27 de marzo de 2017.
- » Resolución 131 de 2017. (Empresa Social del Estado Santiago de Tunja). Por medio del cual se adopta el Manual de Contratación de la E.S.E Santiago de Tunja. 3 noviembre 2017.
- » Ley 2191 de 2022. Por la cual se regula la desconexión laboral - Ley de desconexión laboral. 6 de enero de 2022. D.O. No. 51909
- » Ley 2088 de 2021. Por la cual se regula el trabajo en casa y se dictan otras disposiciones. 12 de mayo de 2021. 51672.
- » Ley 2101 de 2021. Por la cual se reduce la jornada laboral semanal de manera gradual, sin disminuir el salario ni afectar los derechos adquiridos y garantías de los trabajadores. 15 de julio de 2021. D.O. No. 51736.

- » Ley 1822 de 2017. Por la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones. 4 de enero de 2017. D.O. No. 50106.
- » Ley 1846 de 2017. Por la cual se modifican los artículos 160 y 161 del Código Sustantivo de trabajo y se dictan otras disposiciones. 18 de julio de 2017. D.O. No. 50298.
- » Ley 1780 de 2016. Por la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado de trabajo y se dictan otras disposiciones. 2 de mayo de 2016. D.O. No.49861.
- » Ley 1821 de 2016. Por la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas. 30 de diciembre de 2016. D.O. No. 50102.
- » Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país. 9 de junio de 2015. D.O. No. 49538.
- » Ley 1636 de 2013. Por la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia. 18 de junio de 2013. D.O. No. 48825.
- » Ley 1429 de 2010. Por la cual se expide la Ley de formalización y generación de empleo. 29 de diciembre de 2010. D. O. No. 47937.
- » Ley 1010 de 2006. Art 2 Inciso 1-6. Por la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. 23 de enero de 2006. D.O. No. 46160
- » Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. 23 de septiembre de 2004. D.O. No. 45680.
- » Ley 797 de 2003. 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. 29 de enero de 2003. D.O. No. 45079.
- » Ley 80 de 1993. Art 32 Parágrafo 3. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993 D.O. No. 41094
- » Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. No. 41148.
- » Ley 100 de 1993. Art. 153 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. D.O. No. 41148
- » Ley 23 de 1981. Por la cual se dictan Normas en Materia de Ética Médica. 18 de febrero de 1981. D.O. No. 35.711.

Aportes críticos para una mirada a la salud y seguridad en el trabajo

Critical contributions for a look at health and safety at work

Autores: Ismael E. Carreño-Hernández, Camilo A. Riaño-Peña.

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15416>

Para citar este artículo:

Carreño-Hernández, I., y Riaño-Peña, C. (2022). Aportes críticos para una mirada a la salud y seguridad en el trabajo. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 165-180.



APORTES CRÍTICOS PARA UNA MIRADA A LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

Critical contributions for a look at health and safety at work

Ismael E. Carreño-Hernández

Psicólogo, Magíster Derechos Humanos
Docente Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Escuela de Ciencias Administrativas y Económicas
Miembro Grupo de Investigación en Gestión de Salud (FESAD-UPTC)
<https://orcid.org/0000-0001-6438-4937>
ismael.carreno@uptc.edu.co

Camilo A. Riaño-Peña

Abogado, Magister en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social
Especialista en Riesgos Laborales y Salud Ocupacional
Especialista en Derecho del Trabajo
Inspector de Trabajo y Seguridad Social en el Ministerio del Trabajo de Colombia
<https://orcid.org/0000-0001-8134-2624>
criano@unal.edu.co

Recepción: Junio 30 de 2021

Aceptación: Agosto 25 de 2021

RESUMEN

El presente artículo pretende resaltar la importancia que ha tenido el desarrollo de la categoría seguridad y salud en el trabajo como elemento indispensable para la dignidad humana, análisis hecho desde el pensamiento crítico con aportes provenientes de disciplinas diferentes al derecho buscando un soporte interdisciplinar para la defensa de su formulación y realización como derecho fundamental. Se parte del recuento del proceso de formación de las sociedades, en particular la

colombiana, en torno al trabajo y la ocupación laboral; luego se muestra la influencia que tuvo la explosión de costos asociados a problemas de los trabajadores en el cumplimiento de sus funciones en términos de productividad, para lo cual han sido determinantes los procesos sindicales; para finalizar se expone el nacimiento de los trabajos en pro de los trabajadores, lugar donde surge la categoría analizada. Como cierre se presentan algunas observaciones generales que pretenden

* Artículo de reflexión

centrar el análisis realizado en algunos aspectos concretos.

PALABRAS-CLAVE

Salud; Seguridad-Social, Trabajo; Derechos Humanos.

ABSTRACT

The goal of this article is to highlight the importance of what the development in the area of security and health at work as an indispensable element for human dignity. This analysis made from a critical thought with contributions coming from different discipline to the law in search of interdisciplinary support to the defense of its formulation and carrying it out as a fundamental right. Based on the compilation of the process of forming societies in particular the Colombian one, around work and labor occupation, it has shown the influence that the explosion of the cost associated with the problems of the performance of workers in their functions, in terms of productivity, which have been a deciding factor in the labour unions processes; to conclude the birth of jobs in favor of workers are exposed, this is where the analyzed category arises. To finalize some general observations are presented that pretend to center the analysis made in some specific aspects.

KEYWORDS

Health; Social-Security, Work; Human-Rights.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas el trabajo ha sido trascendental en la forma como las sociedades humanas se han conformado y transformado. Recientemente, el ahondar en la seguridad y la salud dentro del trabajo ha sido una constante para intentar dignificar las labores con las cuales obtienen su sustento las personas; sin embargo, pese a ser un tema con una amplitud considerable de trabajos desarrollados desde hace algún

tiempo de manera constante, la realidad es que en contextos como Colombia el trabajar sigue representando para la mayoría de la población un peligro para su seguridad y salud. Se arriesga la vida en el esfuerzo de garantizar lo mínimo para mantenerla.

El presente artículo de reflexión pretende responder a la pregunta sobre ¿cómo dimensionar la seguridad y la salud desde una mirada crítica y contextualizada en las realidades de Colombia para dignificar el trabajo? Este cuestionamiento supuso un reto complejo ya que, como sucede con muchas de las actividades cotidianas y rutinarias a las cuales nos hemos acomodado, con el trabajo se corre el riesgo de no detenernos a reflexionar sobre él ni asumir una postura de pensamiento crítico que genere su transformación. Nos adaptamos a sus exigencias, pero no nos dignificamos en el trabajo. Esto es menos probable que se de en medio del afán por asegurar el mínimo necesario para mantener la vida, no solo la propia sino la de la familia y demás miembros cercanos; ni que hablar en el trabajo informal, clientelar, esporádico e inclusive ilegal, norma para muchas personas en Colombia.

Dar respuesta a la pregunta planteada significó para los autores del presente texto un acto transformador; una propuesta por hacer posible un mundo donde quepan muchos mundos posibles. Peligrosamente, en este campo en particular se ha visto muchas veces a quien promueve el pensamiento crítico y las transformaciones sociales como un enemigo u obstáculo para la productividad y el rendimiento, lo cual resulta macabro en un país como Colombia donde la violencia armada ha sido el camino predilecto para acabar lo diferente. En muchos casos, esta fue la razón por la cual los sindicatos, sus líderes y lideresas, entre muchos otros actores que apostaron a la dignidad del trabajo, fueran un blanco dentro del conflicto armado interno. Se espera que estas reflexiones sean cobijadas en la cultura de la construcción de una paz integral, donde la garantía de los derechos sea una realidad.

A continuación se presenta un recuento del proceso de formación de las sociedades en torno al trabajo y la ocupación laboral, en segundo lugar se muestra la influencia que tuvo la explosión de costos asociados a problemas de los trabajadores en el cumplimiento de sus funciones en términos de productividad, y, finalmente, se expone el nacimiento de lo que aquí se ha denominado *los trabajos en pro de los trabajadores*, lugar donde surgió la categoría de *seguridad y salud en el trabajo*, principalmente desde la psicología organizacional.

Es importante dejar explícito, que la categoría sobre la cual tratan las siguientes páginas, *seguridad y salud en el trabajo*, no es una idea acabada y definitiva, más bien es un concepto en construcción que evidentemente ha sido una influencia significativa para el avance en la construcción de un trabajo decente, digno y de calidad para los seres humanos, lastimosamente aun no para todas las personas ni comunidades. Un acercamiento preliminar a este tema lo realizó uno de los coautores del presente texto (Riaño-Peña, 2019). Los pensamientos aquí compartidos no buscan nada diferente que motivar la crítica, aspecto fundamental para el pensar y actuar de otro modo, individualmente y como colectivo humano.

Colaboraciones históricas para el análisis

La forma de sociedad en la que se vive hoy es el resultado de la consolidación de un proceso histórico-cultural por medio del cual la especie humana construyó su sentido de ser y de existir en el mundo. Parte de ese sentido se ha estructurado gracias a los derechos, los cuales han marcado un avance significativo en los últimos tiempos en la manera como se regula el comportamiento social en base al respeto y la comprensión mutuos.

Así como la construcción de sociedad, los derechos también responden a un proceso histórico, de tal forma que el objetivo de esta sección es precisamente mostrar un poco de lo que sería el proceso para llegar a la seguridad y salud en el trabajo, tomando

como base la perspectiva de análisis desde el enfoque histórico-cultural propuesta por Lev Vygotsky (2012).

En primer lugar se debe revisar la manera como se construyeron las sociedades. Evidentemente los humanos tienen grandes desventajas físicas naturales frente a otras especies del planeta tierra: el cuerpo de un *Homo sapiens sapiens* no posee garras potentes, dentadura prominente, gran pelaje para el frío o la capacidad de volar por sí mismo. Estas desventajas, sumadas a la necesidad colectiva de sobrevivir, obligaron a la especie humana a agruparse y defenderse colectivamente, construyendo cada vez más y mejores tácticas y herramientas que ayudaran en dicha labor. El formar grupos para habitar no es un comportamiento exclusivo de los humanos sino que es algo común entre diversos grupos de animales, siendo una óptima estrategia natural de supervivencia. Este aspecto demuestra la forma en que la noción de *seguridad* se construyó en torno al estar con otras personas, siendo más seguro estar acompañados que en soledad.

Durante un tiempo considerable los humanos convivieron equilibradamente con los demás animales, haciendo parte al parecer de un mismo grupo que compartía y se relacionaba entre sí como co-habitantes de un mismo territorio. Esta relación determinó inclusive algunos modelos de pensamiento que nos permitieron afianzarnos en nuestra relación como partes integrales la naturaleza, lo cual ha sido indicado en los ejercicios de análisis del arte rupestre de sitios invaluable como las serranías de la Lindosa y Chibiriquete en Colombia (Castaño-Urbe, 2019). Lastimosamente, en la actualidad, el modelo de desarrollo que ha impuesto la humanidad sobre el planeta tierra no se concibe como parte de la naturaleza, más bien la mira a ella como algo aislado, un recurso para ser explotado.

Pero no solo la seguridad se construyó en torno al grupo. La *salud*, categoría compleja que merece un análisis particular pero que por el momento interesa enlazar a la preservación de la integridad física y mental,

también encontró en el grupo un ambiente propicio para desarrollar la medicina, los oficios curativos, el descanso y la recuperación. Por ejemplo, estando solo un individuo ante un ambiente hostil le era muy difícil recuperarse de una herida causada en la caza, por eso la especie humana buscó un ambiente que le permitiera poner en condiciones óptimas su cuerpo para continuar en la labor de sobrevivir.

Ese afianzamiento en grupos, base de las sociedades complejas de hoy en día, cambió la forma en que la especie humana habita y utiliza el planeta. En esta modificación el trabajo jugó un papel trascendental, ya que fue gracias a él que se mejoraron las tácticas y herramientas que llevaron a los humanos de esconderse de los otros animales a asentarse, cazar y domesticar, cultivar la tierra, construir edificaciones, entre otras actividades. De esta forma ya no solo resaltan las nociones de *salud y seguridad* como hilos conductores de la formación social, sino que el *trabajo* también entra a ser un aspecto determinante. Penosamente no se colocó hasta ahora freno alguno a esa confianza humana para desenvolverse en su entorno, a tal punto que la devastación del planeta es un riesgo inminente.

Confianza humana: creación de ciudades

Yuval Noah Harari sostiene que ese camino seguido por los humanos para hacer la transformación que él denomina *de animales a dioses*, supuso una revolución cognitiva que cambió la forma como el humano se pensaba y pensaba su entorno, lo cual motivó a su vez una revolución agrícola que cambió notablemente la forma de habitar territorios que antes eran únicamente transitados (2014); estas dos revoluciones transformaron notablemente las prácticas de supervivencia humana. Pero, siguiendo a Harari, el impacto más fuerte como sociedad surgió en la unificación que supuso las ciudades, las cuales nacieron de la necesidad de un sitio para el intercambio de productos y servicios bajo la protección de un imperio y la mediación del dinero. Con el afianzamiento de la ciudad llegó también

la revolución científica, la cual se extiende hasta hoy en día (Harari, 2014).

Las ciudades, fuente de denominación de la idea social del ciudadano, categoría usada por casi todos los Estados Modernos (Taboada, 2005), demostraron las dinámicas propias de aceptar la necesidad inminente de la seguridad y tecnificar la supervivencia a partir del trabajo, que de manual pasó a ser industrial y hoy en día, más que nunca, en transformación hacia lo virtual y digital. Gracias a la ciudad surge el concepto de frontera y con él empieza a construirse la idea de Nación (Álvaro-Cienfuegos, 2005). Tanto auge llegaron a alcanzar las ciudades que aún en la actualidad son referentes fundamentales. Se podría decir, con toda certeza, que el desarrollo de la especie humana se enlaza directamente a ellas.

Lejos de ser un proceso pasivo y silencioso que se dio casi de manera automática, la consolidación social a partir de la protección dada por las ciudades y la oportunidad de trabajar en ellas para subsistir fue un proceso complejo y principalmente violento (Engels, 2008). Esto es especialmente notorio en la construcción de muchas ciudades colombianas que partieron de los experimentos coloniales bajo una idea de organización social impuesta por la conquista y colonización a indígenas buscando su dominación (Arciniegas-Rodríguez, 2015).

Como ya se mencionó, la formación de los imperios y la mediación del dinero fueron entes constitutivos de las ciudades, es decir que sin ellos quizás el auge de las ciudades no se hubiera dado o hubiese sido diferente. Al ser entes constitutivos, ni las ciudades ni las sociedades pueden huir a la influencia del imperialismo y el dinero, pero si bien no se puede escapar a ella sí es posible regularla, aspecto en el cual han sido de vital importancia los derechos (Fariñas-Dulce, 2012).

El autor colombiano Libardo Sarmiento Anzola (2012) sostiene que el desarrollo de la especie humana se ha dado también a partir de los conflictos, siendo estos los principales motores de fenómenos como la

ciudad y la sociedad. Este autor sostiene que los avances de la humanidad no solo se han dado en la confrontación entre la especie y el resto del mundo, sino especialmente entre los mismos humanos motivando procesos de segregación, discriminación, dominación, e, inclusive, de exterminio. Dice, a modo de ejemplo, que el mismo *Homo sapiens sapiens* aniquiló a su especie hermana de raza el *Homo neanderthalis*, hecho sugerido a partir de investigaciones arqueológicas y paleontológicas recientes.

Estos conflictos ganaron como epicentro a las ciudades, siendo ellas el escenario hegemónico de socialización humana, donde conflictos de toda índole, inclusive los que no suceden dentro de las ciudades, se manifiestan notoriamente. Cabe aclarar que el escenario hegemónico no es el único, pero en el análisis que aquí respecta se toma este como referente sin desconocer que los espacios diferentes a la ciudad son también lugares importantes de la socialización humana y, en donde, evidentemente, la violencia y los conflictos también toman grandes proporciones.

Son reiterativos –dentro de las ciudades– los monumentos, construcciones, placas y otros vehículos de la memoria colectiva que recuerdan y simbolizan esos conflictos, los cuales dotan de cierto sentido a las sociedades y realzan aspectos concretos dentro de las mismas (Jelin, 2002). Una muestra reciente son los ataques de integrantes del Pueblo Indígena Misak a las esculturas hechas por el escultor Víctor Macho del español Sebastián de Belalcázar en las ciudades de Popayán y Cali¹, acciones reivindicatorias de la historia de dominación que construyó el homenajeado en las esculturas con el sacrificio de pueblos originarios.

Lastimosamente, dicha memoria sigue reiterando los mismos conflictos que han mostrado algo así como el lado oscuro de la humanidad; es decir, las dinámicas perversas

que sostienen los problemas sociales a los cuales intentan dar solución los derechos. Por ejemplo, Sebastián de Belalcázar sometió, torturó y desapareció indígenas por los intereses de la Corona española y demás interesados en la colonización de los territorios americanos y los actuales actores armados –que tienen presencia en el país– tienen como objetivo militar a los pueblos indígenas que se oponen a que sus territorios sean usados como fichas dentro de los intereses económicos que van en detrimento de la naturaleza y, a su vez, son motores del mismo conflicto armado nacional.

Lo que se menciona pasa pese a los derechos obtenidos por los pueblos indígenas en sus constantes luchas, los cuales se consignan tanto en entornos nacionales como internacionales, y pasa precisamente por esas dinámicas perversas mantenedoras de los conflictos, las cuales obtienen dicho calificativo por lo que generan para grandes colectivos humanos la manipulación social dirigida por pequeños grupos que detentan el poder económico y político y que se valen de todos los medios a su alcance para mantenerse en pleno ejercicio de dominación (Dussel, 2015), dinámicas que recuerdan constantemente la influencia ya mencionada que tiene el imperialismo y el dinero en la formación de las sociedades humanas.

Frente a estos aspectos, que bien se podrían llamar males humanos (entiéndase el imperialismo y el dinero), el autor árabe Samir Amín sostiene que se han definido de manera clara desde la lógica capitalista, basada en lo que él llama la *ley de valor mundializada* (2004, p. 75). Según esta ley, el desarrollo humano se da bajo la lógica de dos condiciones binarias que se entrecruzan y mezclan para continuar con la preservación del *status quo*: dominadores-dominados, por una parte y centro-periferia, por otra. Las ciudades y el trabajo no son ajenas a estas condiciones binarias, especialmente si el análisis tiene como lugar de enunciación las sociedades latinoamericanas como la colombiana.

Pero no para allí la influencia imperial y capital. Esta influencia ha encontrado

1. Para más información se puede consultar: <https://www.eltiempo.com/cultura/arte-y-teatro/por-que-fue-derribada-la-estatua-de-sebastian-de-la-belalcazar-en-cali-584482>

gran auge en la política como camino para redirigir la vida de su cauce natural y encausarla bajo lo que le interesa a quien quiere mantener el estado actual de cosas. Claras posturas hablan sobre este aspecto, quizás las más notorias son la propuesta de la *biopolítica* del francés Michael Foucault (1997) y la *necropolítica* del autor camerunés Achille Mbembe (2013).

En ese redirigir la vida empiezan a fundamentarse las visiones de las vidas que no importan, las vidas que se desechan, las vidas que solo sirven si ayudan a los intereses capitales. Estas vidas han sido llamadas de muchas maneras: el Otro (Dussel, 2009), el *homo sacer de la nuda vida* (Agamben, 2013), la vida de los condenados (Fanon, 2009); o en el caso colombiano *los desechables*, categoría amplia que a veces pareciera representar a todo lo diferente (indígenas, negritudes, comunidades campesinas, entre otros grupos); pero sea cual sea el nombre que se le de esa vida, lo cierto es que cada vez son más las personas que entran en ella y que la conciben como *la única vida posible*, dinámica en la cual las ciudades han dado un aporte bastante significativo.

Historia, cultura, supervivencia, seguridad, salud, trabajo, imperio, dinero, capital, frontera, violencia, derechos, conflicto, memoria, dominación, política, se presentan así como categorías intrínsecas en la formación de las ciudades como muestra del mismo desarrollo humano, lugares donde se focalizó y expandió el trabajo como bien que ha acompañado el desarrollo de la especie pero que, de cierta forma, lo ha determinado y trastocado. Curiosamente, todos estos macro procesos han sido posibles gracias a lo que hacen diariamente las personas y los colectivos humanos, no gracias a los poderes hegemónicos.

En el caso concreto de Latinoamérica y específicamente de Colombia, hablar de ciudades es hablar del producto del miedo, el miedo a la selva como bien diría la introducción de la canción *Mosca de Bar* del grupo de *punk-rock* argentino llamado 2 minutos. Gran parte de los núcleos urbanos actuales del país se hicieron

sobre antiguos poblados indígenas que fueron devastados y dominados de forma violenta por los invasores europeos. Quien desee aproximarse a esta temática desde un enfoque boyacense puede ver estudios como los de Henry Neiza-Rodríguez (2018; 2019) o Magdalena Corradine-Mora (2009). Estas ciudades colombianas se localizaron en estos lugares porque lo que se escapase de estos centros casi siempre significaba un peligro que el invasor no sabía manejar. El tener a los indígenas recluidos allí les daba cierta garantía de *seguridad*, la posibilidad de guardar su *salud* (principalmente la del dominador, claro está) y de contar con manos para *el trabajo*. Muchas ventajas.

Bajo estas ciudades coloniales, símbolos de la dominación y opresión, sucedieron las luchas emancipatorias del siglo XIX, adoptándolas como centros de entrenamiento y hospedaje. Una vez se logra la *independencia* del invasor, se cambian los dominadores y los centros de poder de los españoles (tierras, esclavos), que pasan a dominio de los criollos que abanderaron el proceso de emancipación (Díaz-Díaz, 1989). En esta nueva configuración, las ciudades colombianas empiezan a dirigirse hacia las dinámicas con las que se afianzaron los fenómenos que se explicaron páginas atrás con ejemplos como el del Pueblo Indígena Misak.

A finales del siglo XIX y el desarrollo del siglo XX se dinamizó en Colombia la industrialización, fenómeno que se presentó precisamente en las ciudades (Kalmanovitz, 2001). La industrialización supuso la apertura laboral en una sociedad que hasta ese momento había sido predominantemente agrícola, pero, al igual que la formación de la sociedad humana, la industrialización en Colombia no fue algo que se pudiera catalogar como “un cuento de hadas”, sino más bien una historia de terror. Masacres como la sucedida en las bananeras del magdalena sobre mediados del siglo XX hablan de esta dinámica de industrialización nacional que responde nuevamente a las lógicas que se explicaron a lo largo del presente apartado. Es importante dejar dicho aquí que –pese a que el presente análisis se centra en la

ciudad- las zonas rurales muestran ejemplos claros de esta historia de terror, pero por razones de extensión no podrá abordarse este campo en el presente escrito.

Esta suerte de *historia gris* de la industrialización se mezcla con el hecho de que, con los conflictos armados que han sucedido en Colombia después del proceso de emancipación frente a la corona española, las ciudades se han formado gracias a migrantes que se refugian en ellas, alejándose de la violencia en los campos. Aunque, más que migrantes Colombia ha generado desplazados, es decir grandes grupos poblacionales que han salido de su hogar por necesidad de supervivencia frente a la violencia, personas que si no hubieran llegado a la ciudad seguramente no habrían continuado viviendo y en ese sentido han construido toda una imagen de la ciudad que la hace deseable (Restrepo-Domínguez, 2008).

Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Santa Marta, Villavicencio, Ibagué y, en general, casi todas las ciudades colombianas han crecido gracias al asentamiento de estos desplazados de todas las guerras, personas que van a las ciudades precisamente en búsqueda del trabajo, la seguridad y la salud que el Estado no ha podido garantizar en sus lugares de origen a lo largo del tiempo.

En el sentido que se viene hablando, la ciudad en Colombia es el sinónimo de trabajo, seguridad y salud, idealmente claro está. En la ciudad se encuentra todo lo que en el campo no, y el conseguir trabajo allí es la esperanza de poder escapar a una realidad adversa que ha sido motivada por las pugnas del poder. Pero llegar ahí y conseguir trabajo no es suficiente. Dinámicas laborales abusivas e indignantes reafirman lógicas de dominación y deshumanización en estas personas que viven en carne propia los resultados de todos los procesos que se acaban de mencionar. La posibilidad de que estas dinámicas se den y se afiancen se da porque pese a que existe el reconocimiento explícito y directo de la seguridad y salud en el trabajo como un derecho fundamental, este no se aplica de forma efectiva.

Con lo dicho hasta aquí, queda clara la forma en que la especie humana se organizó en sociedades y cómo esta organización supuso el trabajo, seguro y saludable, como un imperativo para todos quienes habitan en las ciudades, categoría clave del presente artículo. Quedan también claras las particularidades que tienen las ciudades colombianas y cómo ha emergido en ellas una idea frente a la seguridad, la salud y el trabajo, sin mencionar mucho del desarrollo de la temática en el sector rural, donde la realidad es compleja y preocupante. Logrado esto se puede continuar con el análisis acerca de cómo la explosión de costos en las afectaciones a los trabajadores impactó la productividad, he hizo el camino para que surgiese la idea concreta de la seguridad y salud en el trabajo.

Arriesgando la vida por conseguir el sustento

Aunque suene dramático, el nombre del presente subtítulo demuestra buena parte de la realidad cotidiana del trabajador informal en Colombia, grupo poblacional que representa a la gran mayoría de trabajadores del país. Día a día son muchas las personas que arriesgan su seguridad y salud por contar con dinero que, si bien no supe todas las necesidades, sí ayuda a aliviarlas. Pese a que esta no es una dinámica exclusiva de Colombia ni de la ciudad, casi que en todo el mundo se puede ver gracias a las relaciones binarias ya expuestas (Amín, 2004), si es cierto que en sociedades con índices de desigualdad tan altos como el del país esta realidad se torna bastante compleja.

Hacer evidente esta situación, que en ocasiones se oculta con cifras construidas desde la institucionalidad para hacer ver bien al Estado frente a organismos internacionales en el cumplimiento de sus compromisos adquiridos, tiene por objeto dejar explícito que la categoría de seguridad y salud en el trabajo tiene como origen la solución a esto, a que las personas tengan que arriesgar algo único invaluable del ser humano (su integridad física) en la búsqueda de solucionar las necesidades vitales (alimento, vestido, hogar). ¿Qué otro sentido

podría tener la civilización? Bajo esta lógica es mayor la fuerza que toma el sustento para la aplicación efectiva de la *seguridad y salud en el trabajo* como derecho fundamental, ya que una afirmación de este tipo obliga a desplegar toda la acción posible para su garantía, teniendo claro que es un avance y no la culminación de un trabajo digno real.

Se puede decir que el *trabajo*, o al menos una comprensión limitada de este como una actividad que permite obtener una remuneración, marcada por el intercambio de fuerza de trabajo por dinero, llegó a su auge en los procesos de industrialización iniciados a partir de las revoluciones tecnológicas asociadas a la unión entre vapor y mecánica en el siglo XIX. En ese momento el esquema de trabajo y ocupación cambió radicalmente y se concentró mayoritariamente en las fábricas o industrias. De la predominancia agraria Colombia pasó a generar cada vez más fábricas, lugares asentados en las ciudades o núcleos urbanos a donde acudía toda suerte de personas en busca de *cómo ganarse la vida*. Si bien es cierto que no todas las fábricas quedan dentro de las ciudades ni todas las ciudades en Colombia tienen grandes fábricas que hagan parte de su paisaje, es innegable que estas dieron un nuevo carácter a las ciudades donde se instalaban.

En el afianzamiento de la fábrica, las herramientas usadas para los trabajos y, los trabajos mismos, se transformaron profundamente. Si a lo anterior se suma una lectura contextual con base en Colombia, se tendría como resultado un panorama como el siguiente: un pescador chochoano que emigra a Buenaventura o Bogotá huyendo de la violencia tuvo que cambiar la atarraya y el remo por un casco y un overol, pasando de estar durante el día en el río y el mar a quedar confinado en una bodega teniendo que entenderse con máquinas complejas y peligrosas. Hacer la lectura contextual ayuda de mucho para entrever la realidad, ya que este panorama no fue el mismo en sociedades como las europeas, la norteamericana o las asiáticas. Colombia, su ciudad, sus fábricas y otras fuentes de empleo han tenido que afrontar y plantear soluciones a un gran

cumulo de problemáticas sociales que complejizan la forma en que un trabajador tiene que desempeñarse en su labor; o, ¿acaso no entra en un campo riesgoso y desconocido ese pescador chochoano al entrar a trabajar en la ciudad? ¿No afectan la historia y la razón de estar allí?

Las respuestas a estas preguntas son sencillas: bajo todas las luces la historia y la razón para que ese trabajador en específico esté allí, cuya realidad no se aleja de la gran mayoría de compañeros con quienes acude todos los días a desempeñar su labor, si influye de manera notable en su desempeño en una labor nueva para la cual, pese a tener la capacidad física necesaria y seguramente una instrucción detallada, no está totalmente preparado ni dispuesto. Si a esto se le suma que el puesto de trabajo fue conseguido bajo condiciones extremas que llevan a aceptar cualquier labor bajo cualquier condición con tal de no pasar hambre, el desempeño y la productividad siguen disminuyendo. Todo esto sin siquiera mencionar las afectaciones psicológicas que puede generar esta condición laboral, impactando negativamente la salud mental del individuo y su familia.

Estos trabajadores poco experimentados en la labor, en su gran mayoría de origen diferente al urbano, con niveles educativos básicos, afectado seguramente por la violencia armada y los conflictos sociales del país, ubicados de repente dentro de un contexto totalmente diferente a su lugar de confort, llegan a sus sitios de trabajo con un cúmulo significativo de situaciones que de antemano suponen un factor en contra de su productividad. Esto es perfectamente aplicable a muchos trabajos diferentes que conforman el mercado laboral colombiano, teniendo también presente que los conflictos sociales alcanzan niveles realmente trágicos en el país².

Frente a todas estas situaciones llega el trabajador a ambientes laborales hostiles,

2. A título personal, los autores recomiendan para ampliar la visión sobre los conflictos sociales colombiano los textos de Velázquez (2009) y Molano-Bravo (1997; 2009).

marcados por el afán y las presiones productivas, en donde además debe cumplir tareas exigentes. Estos lugares muchas veces no cuentan con infraestructura ni recursos de otro tipo que prevengan fructíferamente los accidentes, en parte por vacíos legales o por omisiones a la ley hechas bajo el manto protector de la corrupción, para quien el interés económico siempre prima. Cabe señalar que si bien esta situación es característica en todo el mundo, en Colombia es casi que una norma general.

Bajo estas condiciones es bastante probable, inclusive esperable, que un trabajador falle, que cometa errores, omisiones o cualquier otra acción que lo ponga en riesgo a él y su trabajo. Lastimosamente el riesgo es real y en circunstancias como las que se acaban de mencionar los accidentes no dejan de suceder. Muchos de estos accidentes seguramente no tienen mayores consecuencias que vayan más allá de problemas en la producción o el desempeño del trabajo, pero como quien se involucra en el accidente es un ser humano, prácticamente inevitable tener daños colaterales que afectan al cuerpo o la mente.

Producto de estos accidentes es que surge la categoría de *seguridad y salud en el trabajo* como un campo de análisis con el cual evitar accidentes, minimizar riesgos, mejorar las condiciones laborales en las que los trabajadores se deben desempeñar todos los días. En pocas palabras: dignificar el trabajo. Esta categoría ha sido un avance significativo, pero en un mayor desarrollo y ampliación se pueden encontrar mejores resultados que hagan real dicha dignificación del trabajo para toda la especie humana y no solo para pocos, yendo más allá de la mera preocupación por los costos económicos de una enfermedad laboral. En el sentido que se acaba de expresar es que se busca sustentar *la seguridad y salud en el trabajo* como derecho fundamental que debe ser aplicado de forma real.

Con las dinámicas sociales que inciden de manera potente en la formación y transformación de las sociedades, enlazado a lo que se explicó en la primera parte

del presente documento, el *trabajo* fue especializándose cada vez más, a tal punto que de un contexto rural donde el trabajador debía ser multifacético y entenderse con varios procesos, se pasó a un contexto citadino en el que el trabajador se especializa en una sola labor específica que se entrelaza con las labores de otras personas especializadas. Si se tiene en cuenta la posible dificultad que supone el acomodar a una persona para una labor que le es desconocida es de suponer que hallar a una persona que haga bien la labor requerida es ya un logro significativo. En sociedades europeas –por el amplio periodo de industrialización– permitieron el traspaso generacional de los conocimientos especializados de un oficio particular enmarcado en la dinámica industrial de trabajo. Dicho logro debe ser conservado si se quiere mantener la productividad que esta persona supuso.

En esta dinámica es un imperativo garantizar que ese trabajador esté seguro, no se accidente y permanezca en condiciones de cumplir su labor lo mejor posible, buscando con ello cuidar el recurso más importante para una empresa: el *recurso humano*. Más aún, esa seguridad física debe ser expandida a la seguridad social, no solo del trabajador sino de su familia. Claro está que esto que se acaba de decir es lo deseable, lo esperable en el marco de un proceso de contratación ético, donde el contratante busca el bienestar de su contratista y no su explotación, pero esta no es una realidad absoluta. Muchos trabajos son riesgos latentes para quien lo realiza y para quienes lo ofrecen nada importa más allá de sus ganancias, transformando el trabajo en un sistema de explotación.

Antes de continuar es importante mencionar que bajo esta figura de *recurso humano* muchos pensadores sostienen que se haya implícita una dinámica de deshumanización, pero este análisis no hace parte del objetivo del presente documento, sin querer decir que no sea un campo de investigación en el cual la seguridad y salud en el trabajo pueda y deba plantear aportes que conlleven a transformaciones. Por el momento basta con dejar explícito que dicho

recurso, las personas que desempeñan las labores, es lo más importante para una organización centrada en la producción de una mercancía o servicio específico.

Las dinámicas de explotación en el trabajo de las que se venía hablando han sido una constante en la historia de industrialización y formación de empresa, tanto así que han sido el hilo conductor de luchas gremiales históricas desde las cuales es posible apreciar los frutos que tienen las luchas propuestas por los movimientos y las movilizaciones sociales en el marco de la construcción de un trabajo digno, decente y de calidad, donde estas luchas han sido las configuradoras de nuevos derechos en el marco del trabajo. Sobre lo que se acaba de decir pueden hallarse muchos casos, pero interesa resaltar los Latinoamericanos y particularmente ejemplos como el argentino (Cotarelo, 2008; Campione, 2008).

Si ese recurso humano invaluable corre riesgo y sufre una afectación en la que su capacidad para el trabajo es impactada de forma inmodificable, la organización que lo contrata sufre una afectación generalizada en su proceso de producción, la cual puede llegar a poner en riesgo todo un negocio sólido y rentable y llevarlo inclusive hasta la ruina. Sin mencionar aquí los problemas asociados al núcleo familiar que depende de la persona que se afecta.

Saliendo de la mirada fatalista, donde un accidente o problema pueda impactar a un trabajador clave y llegar al punto de poner en riesgo toda una fábrica, oficina, empresa o negocio, algo que es importante reconocer es que el trabajo automatizado que supone el modelo de producción predominante en Colombia, al menos el formal, sí sufre afectaciones significativas cuando algún proceso falla por la ausencia o baja productividad de un trabajador calificado. Este riesgo, sumado a algunas presiones normativas formales que han impuesto el Estado o las mismas fuentes de trabajo en su proceso de acreditación para poder funcionar bajo estándares de calidad, es el que ha permitido el desarrollo práctico de la *seguridad y salud en el trabajo*, aspecto que de

ser reconocido como derecho fundamental avanzaría significativamente en la construcción de formas no deshumanizantes de emplearse. Queda un gran reto: hacer que estos avances positivos se traduzcan en condiciones dignas para el desarrollo no de grupos excluidos sino de la población en general.

Hasta aquí se ha intentado mostrar la influencia que tuvo la explosión de costos asociados a problemas de los trabajadores en el cumplimiento de sus funciones sobre la productividad y la forma en que eso se convirtió en un escenario para el desarrollo formal de la categoría de *seguridad y salud en el trabajo*. Se da paso con el título siguiente a una revisión del nacimiento de los trabajos en pro de los trabajadores, lugar en donde surge la categoría analizada, usada principalmente desde la psicología organizacional.

Una categoría extranjera hecha propia

El desarrollo de lo que aquí se ha llamado el trabajo en pro de los trabajadores ha estado marcado, principalmente, por la preocupación que tuvieron algunos industriales, en su mayoría europeos y norteamericanos (aunque en la actualidad existe también una profunda influencia asiática), alrededor de fórmulas que permitieran optimizar el tiempo que los trabajadores se encontraban dentro de sus empresas. Este interés, claramente motivado por el proceso de expansión capitalista, permitió el surgimiento de la categoría concreta de *seguridad y salud en el trabajo*, usada hoy en día en la psicología organizacional, la administración de empresas, la salud ocupacional, entre otras áreas.

El hecho de que haya sido una categoría desarrollada por los industriales extranjeros pero que ya se encuentra inserta dentro del lenguaje laboral alrededor del mundo, donde Colombia no es la excepción y en lo que la psicología organizacional ha sido su principal abanderada, es lo que motiva el título del presente apartado, el cual pretende hacer explícito que, en gran medida, no

se hablaría en Colombia de la necesidad de un trabajo seguro y saludable si no fuera por las presiones externas que van desde la competitividad empresarial, hasta normativas concretas.

El objetivo de las líneas que siguen a continuación es hacer un breve recuento general de las influencias más significativas frente a la generación de la categoría concreta de *seguridad y salud en el trabajo*, tomando como principal insumo el texto elaborado por Forero y Toro (2015).

Dentro de los industriales que comenzaron a preocuparse por la productividad asociada a la prevención de los riesgos para el trabajador resaltan algunos nombres puntuales. Dentro de dichos nombres está el del australiano Elton Mayo (1880-1949), pionero de lo que se ha denominado *escuela de las relaciones humanas*, lo que después se llamó: clima y cultura organizacional. Las preocupaciones de Mayo surgieron del proceso industrial británico, haciendo énfasis en factores como la fatiga, la selección y las condiciones físicas del trabajo.

Otro nombre bastante reconocido es el del estadounidense Frederick Winslow Taylor (1856-1915), a quien se le debe la renombrada corriente taylorista de la administración de las organizaciones económicas. Esta corriente transformó la concepción gerencial bajo la que se entendía al trabajador y el obrero, haciéndolos ver como personas que traían consigo aptitudes y sentimientos que tenían que evaluarse, de manera que el oficio al cual se le asignara fuera ventajoso para él y rentable para la empresa, cambiando también la concepción acerca del gerente que también gradualmente fue visto como un líder preocupado por las tareas complejas de la administración. Un estudio hecho por Antanas Mockus (1983) hace un interesante análisis respecto a la implementación de la taylorización dentro del campo educativo, pero este tema va más allá del objetivo del presente artículo.

Un tercer nombre es el del francés Henri Fayol (1841-1925), ingeniero pionero en

la concepción de implementar una manera universal de dirigir una empresa industrial. A este personaje se debe el concepto de las *funciones en el trabajo*, regulación procedimental que permitió hacer un control efectivo de los accidentes que se podrían presentar por inexperiencia o poca experticia.

Dentro del contexto latino se debe reconocer que la psicología organizacional ha avanzado en la medida que los países se han ido vinculando a los sistemas de mercado e intercambio mundial contemporáneo, lo cual es, hoy en día, una norma general gracias a los procesos de globalización. En un inicio, la psicología organizacional se dedicó exclusivamente a copiar los modelos de manejo laboral que se implantaban en las industrias más grandes, las cuales eran todas extranjeras, razón por la cual se introdujeron terminologías como la categoría aquí estudiada. Inclusive, como afirma Alberto Mayor Mora, la importación de personal extranjero encargado de adaptar las metodologías al país fue una práctica común en la industria nacional (1988).

Actualmente este campo de la psicología se ha desarrollado mucho más, ya que conforme la identidad nacional se va mezclando con los sistemas de intercambio se adquiere una adaptación de los criterios mundiales más allegados a las realidades y necesidades propias de la región, haciendo que la psicología organizacional sea más pensada en los contextos propios y empiece un desarrollo alternativo (Forero y Toro, 2015). Lastimosamente, en relaciones económicas profundamente injustas, como sucede en muchos trabajos formales e informales dentro del país, el desarrollo disciplinar de este campo de estudio ha sido una herramienta que no es usada siempre para el bienestar de quien trabaja, sino de quien se ve beneficiado económicamente.

Cabe resaltar que el campo de la psicología en Latinoamérica como una profesión enseñada desde las aulas de la educación superior, tiene sus comienzos desde la década de los cincuenta del siglo XX y su gran evolución en las décadas de

los sesentas y setentas, lo cual indica que esta disciplina, por lo menos en el contexto colombiano, fue poco permeada por fenómenos mundiales como la revolución industrial o las guerras mundiales. Poco no es igual a nada.

El gran auge de la psicología social y transcultural adquirido en toda América Latina se mezcló con las necesidades de la psicología organizacional y payoutó un avance en cuanto a la modificación de cómo ver al trabajador. La psicología en Colombia llegó precisamente con factores asociados al trabajo, siendo la primera psicóloga reconocida en hacer presencia en el país la española Mercedes Rodrigo (1891-1982). Sus primeras influencias se dieron en la Universidad Nacional en la década de los cincuenta. Posteriormente, en los años setentas, su influencia se concertó en la creación del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), lugar donde comienza a surgir lo que se denomina psicología industrial.

Normativamente fue la Ley 58 de 1983 la que estableció la profesión del psicólogo en Colombia, momento donde se incluye a profesionales de esta área en diversas instituciones y organizaciones, gracias a lo cual la psicología organizacional logra establecer tres niveles de acción: individual, grupal y organizacional. En Colombia, al igual que en todo el mundo, son las investigaciones y las publicaciones académicas las que han logrado darle un cuerpo sólido a la categoría de la seguridad y salud en el trabajo (Forero y Toro, 2015).

En resumidas cuentas, *la seguridad y salud en el trabajo* surge de un contexto geográfico muy diferente al que se vive en un país como Colombia, más aún luego de los últimos acontecimientos ocasionados por la pandemia del Covid-19, que cambió la realidad laboral de muchas personas.

Otro punto a considerar es que esta es una categoría gestada desde los niveles directivo-gestionales pero que debe responder de manera directa a las exigencias del trabajador. El reto que se debe ahora asumir es utilizar dicha categoría para dignificar

las realidades de vida de las personas que trabajan. Queda invitado quien lea este artículo a participar en dicha transformación.

CONCLUSIONES

En este punto es importante recordar la pregunta que guió el presente artículo ¿cómo dimensionar la seguridad y la salud desde una mirada crítica y contextualizada en las realidades de Colombia para dignificar el trabajo? Además de lo dicho hasta aquí, es importante realizar algunas observaciones generales que permitan puntualizar sobre la respuesta a ella.

El primer aspecto por mencionar tiene que ver con reconocer que *la seguridad, la salud y el trabajo* han sido hilos conductores de la historia y desarrollo humanos, siendo protagonistas de la conformación de ciudades y la construcción de las sociedades complejas que han venido mutando con el paso del tiempo. Dentro de ese proceso de desarrollo humano, la influencia del imperialismo, el dinero, la industrialización y la competencia comercial han tomado roles hegemónicos, tanto así que han configurado la vida cotidiana en torno a cierto tipo de trabajo, para el cual es fundamental el goce pleno de la seguridad y la salud. Cabe recordar que el epicentro de este proceso han sido las ciudades, creando contingencias que igualan a *la ciudad con el trabajo*.

La segunda observación es que en Colombia la unión entre trabajo y ciudad es innegable, aspecto que es motivado por otra serie de problemáticas sociales que afronta el país y que se han acumulado en verdaderas crisis humanitarias. Dentro de ese panorama resulta fundamental reconocer la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental para avanzar en la construcción de caminos que dignifiquen a los trabajadores, sus familias y la comunidad en general.

Si se tiene de precedente que la preocupación por la seguridad y la salud en el trabajo ha significado mejorías significativas para los trabajadores vinculados a las

empresas preocupadas por su productividad y responsabilidad, esta actitud debiera ser imperativas para todas las fuentes de trabajo. Si dicha actitud se generalizara, la beneficiada sería toda una comunidad nacional y no solo un grupo reducido de personas que detentan el poder. Para que dicha generalización suceda es necesario el reconocimiento explícito de la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental, además de un arduo esfuerzo por parte del Estado en dotar de herramientas a quienes se encuentran trabajando en la informalidad.

El reconocimiento explícito que se propone debe de acompañarse de un compromiso real por parte de quien administra el Estado y sus instituciones, así como del sector privado de la economía, para garantizar que las transformaciones necesarias se puedan realizar en toda escala; lo anterior supone la aplicación efectiva de medidas evidenciables que hagan real el derecho. No se puede olvidar, bajo ninguna circunstancia, que el mero reconocimiento

discursivo de los derechos no significa su garantía. La lucha por una vida digna para todas las personas va mucho más allá de discursos o instrumentos escritos inaplicables.

Por último, pero no menos importante, se debe reconocer que al implementar la categoría propuesta de seguridad y salud en el trabajo como un derecho humano fundamental se generarán diferentes opiniones dentro del sector empresarial, pues es este gremio el que tendrá que asumir los costos directos e indirectos de no proteger a los trabajadores a su cargo según la ley. Por esta razón la implementación de las transformaciones necesarias que supongan la adopción de la categoría propuesta debe tener en cuenta todos los sectores implicados y desarrollarse de una forma gradual, equitativa y manteniendo las fuentes de empleo siempre en crecimiento, buscando así que prevalezca y se salvaguarde la vida y la salud como elementos de dignificación.

REFERENCIAS

- » Agamben, G. (2013). *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida I*. España: Pre-Textos.
- » Álvaro-Cienfuegos, J. (2005). La frontera como hábitat. En Zea, L. (coordinador) y Taboada, H. (compilador). *Latinoamérica en la globalización y el tercer milenio. Tomo 3: la frontera como reto*, pp.15-30. México: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Fondo de Cultura Económica.
- » Amín, S. (2004). Geopolítica del imperialismo contemporáneo. En Boron, A. (compilador). *Nueva Hegemonía Mundial: Alternativas de cambio y movimientos sociales*, pp.73-110. Buenos Aires: CLACSO.
- » Arciniegas-Rodríguez, W. (2015). *La lectura oculta de las imágenes. Estudio iconográfico de una techumbre colonial tunjana*. Tunja: Consejo Editorial de Autores Boyacenses.
- » Campione, D. (2008). "Reaparición obrera" en Argentina a partir de 2004. En López-Maya, M., Iñigo-Carrera, N. y Calveiro, P. (editores). *Luchas contrahegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*, pp. 279-298. Argentina: CLACSO.
- » Castaño-Uribe, C. (2019). *Chibiriquete: la maloka cósmica de los hombres jaguar*. Colombia: Grupo de Inversiones Suramericana.
- » Corradine-Mora, M. (2009). *Vecinos y moradores de Tunja 1620-1623*. Tunja: Consejo Editorial de Autores Boyacenses.

- » Cotarelo, M. C. (2008). Las protestas contra el FMI y la política estadounidense en la Argentina reciente (2000-2006). En López-Maya, M., Iñigo-Carrera, N. & Calveiro, P. (editores). *Luchas contrahegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*, pp.261-278. Argentina: CLACSO.
- » Díaz-Díaz, F. (1989). Estado, Iglesia y desamortización. En Tirado-Mejía, Á. (director). *Nueva Historia de Colombia, Tomo 2: República y Siglo XIX*, pp. 197-222, Bogotá: Editorial Planeta.
- » Dussel, E. (2015). *Filosofías del sur. Descolonización y Transmodernidad*. España: Akal. En López-Maya, M., Iñigo-Carrera, N. y Calveiro, P. (editores). *Luchas contrahegemónicas y cambios políticos recientes de América Latina*, pp. 279-298. Argentina: CLACSO.
- » Dussel, E. (2009). *Introducción a una filosofía de la liberación latinoamericana*. México: Cerezo Editores.
- » Engels, F. (2008). *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*. Colombia: Editorial Torre Fuerte.
- » Fanon, F. (2009). *Los condenados de la tierra*. México: Fondo de Cultura Económica.
- » Fariñas Dulce, M. (2012). Derechos Humanos y Democracia en Tiempos de Globalización. En Restrepo, M. (director) *Derechos Humanos en Tiempos de Globalización y Neoparamilitarismo en Colombia*, pp. 39-52. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- » Forero, E. E. y Toro, L. E. P. (2015). Visión retrospectiva, actual y prospectiva de la psicología organizacional. *Acta colombiana de Psicología*, (11), pp. 5-22.
- » Foucault, M. (1997). *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. Colombia: Nueva Criminología.
- » Harari, Y. N. (2014). *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*. Bogotá: Penguin Random House.
- » Jelin, E. (2002). Los trabajos de la memoria. Argentina: Siglo XXI.
- » Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Colombia: Editorial Norma.
- » Mayor-Mora, A. (1988). La historia de la industria colombiana. 1930-1968. En Tirado-Mejía, Á. (director). *Nueva Historia de Colombia, Volumen V: Economía, Café, Industria*. (pp.333-356). Bogotá: Planeta.
- » Mbembe, A. (2013). *Sortir de la grande nuit: Essai sur l'Afrique décolonisée*. París: La Découverte.
- » Mockus, A. (1983). *Tecnología educativa y taylorización de la educación*. Bogotá: Departamento de Matemáticas y Estadística de la Universidad Nacional de Colombia
- » Molano-Bravo, A. (1997). *Rebusque Mayor. Relatos de mulas, traquetos y embarques*. Colombia: El Áncora Editores.
- » Molano-Bravo, A. (2009). *Ahí les dejo esos fierros*. Colombia: Aguilar
- » Neiza-Rodríguez, H. (2018). Historia Colonial del Pueblo de Indios de Cucaita. Tunja: Corporación Cultural Alejandría.
- » Neiza-Rodríguez, H. (2019). Sora: Conquista y Colonia. Tunja: Corporación Cul-

tural Alejandría.

- » Restrepo-Domínguez, M. H. (director), Martín-Novoa, G. y Vargas-Ávila, H. E. (coordinadores). (2008). *Caracterización del sujeto desplazado*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- » Riaño-Peña, C. A. (2019). Seguridad y Salud en el trabajo como un Derecho Humano Fundamental. (Tesis de Maestría) Universidad de Alcalá y Organización Iberoamericana de Seguridad Social –OISS- (sin publicar).
- » Sarmiento, L. (2012). Entre el derecho y los derechos: un camino de dificultades. *Revista Teoría y Praxis de los Derechos Humanos*. 1(2), pp. 5-12. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- » Taboada, H. (2005). Las fronteras y los bárbaros. En Zea, L. (coordinador) y Taboada, H. (compilador). *Latinoamérica en la globalización y el tercer milenio. Tomo 3: la frontera como reto*, pp. 31-37. México: Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Fondo de Cultura Económica.
- » Velásquez, F. (coordinador). (2009). *Las otras caras del poder. Territorio, conflicto y gestión pública en municipios colombianos*. Bogotá: Fundación Foto Nacional por Colombia. Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH.
- » Vygotsky, L. S. (2012). *The collected works of LS Vygotsky: Scientific legacy*. Estados Unidos: Springer Science y Business Media.

El Derecho a la salud en Colombia: una mirada a su aplicación como derecho humano fundamental y en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

The right to health in Colombia: A look at its application as a fundamental human right in Colombia and in the inter-American system for the protection of human rights

Autor: Margy Geraldine Araque Ortiz

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n40.2022.15417>

Para citar este artículo:

Araque Ortiz, M. (2022). El Derecho a la salud en Colombia: una mirada a su aplicación como derecho humano fundamental y en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. *Derecho y Realidad*, 20 (40), 181-198.



EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA: UNA MIRADA A SU APLICACIÓN COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL Y EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS*

The right to health in Colombia: A look at its application as a fundamental human right in Colombia and in the inter-American system for the protection of human rights

Margy Geraldine Araque Ortiz

Abogada, Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja (Colombia).
Administradora Pública, Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) Tunja.
Magíster en Derechos Humanos, UPTC, Tunja.
Correo electrónico: margyaraqueortiz@gmail.com
Código ORCID: 0000-0002-0030-2426

Recepción: Septiembre 6 de 2022

Aceptación: Octubre 20 de 2022

RESUMEN

El presente artículo identifica el radio de acción y protección jurídica que se ha abordado para el derecho a la salud en el campo del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, como también su amparo en el escenario constitucional, legal y jurisprudencial en el caso colombiano, cuya finalidad radica en establecer el alcance conceptual e interpretativo de la figura de la transmutación del derecho a la salud a partir de las esferas convencionales y jurisprudenciales, dilucidando así la evolución de este derecho desde su naturaleza y carácter prestacional, hasta la incorporación de su contenido fundamental, autónomo, asistencial y de inmediato cumplimiento.

PALABRAS CLAVES

Derecho a la salud; derecho fundamental; transmutación de derechos; derechos humanos, bloque de constitucionalidad.

ABSTRACT

This article identifies the orbit of action and legal protection that has been addressed for the right to health in the field of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, as well as in the constitutional, legal and jurisprudential scenario in the Colombian case, whose purpose It lies in establishing the conceptual and interpretative scope of the figure of the

* Artículo de reflexión, producto de la investigación de la revisión documental adelantada en la investigación académica que se realizó por parte de la suscrita en la tesis de maestría denominada “el derecho a la salud como derecho humano fundamental en Colombia y en el sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos”, dentro del programa de maestría en derechos humanos de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), 2021.

transmutation of the right to health, from the conventional and jurisprudential spheres, thus elucidating the evolution of this right from its character and benefit nature, to the incorporation of its fundamental content, autonomous, welfare and immediate compliance.

KEYWORDS

Right to health; fundamental right; transmutation of rights; human rights, constitutionality block.

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, el análisis del derecho a la salud parte de la conceptualización contemplada en el seno del Sistema Interamericano y Protección de Derechos Humanos (en adelante SIPDH), que tiene como sustento la promulgación y ratificación por parte del Estado colombiano de la Convención sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la cual permite incorporar su análisis desde la relación convencional, así como desde la figura del bloque de constitucionalidad, que sirve como base esencial para categorizar el derecho a la salud como un derecho humano fundamental, constituyendo de esta manera pautas normativas y jurisprudenciales que permitirán entender como la instancia nacional se encuentra inmersa e interrelacionada por los cambios y las dinámicas de progresividad.

De lo anterior, se encuentra como oportuno la conducencia, necesidad, accesibilidad, calidad y disponibilidad de la adopción de medidas progresivas que respondan de manera urgente a los nuevos retos que representa la salud para la sociedad actual, ya que este artículo tiene como finalidad, identificar ese *corpus iuris* del derecho a la salud como derecho humano fundamental en el SIPDH y en el ordenamiento jurídico colombiano.

En segundo lugar, se contempla el derecho a la salud en el marco del Sistema Regional –SIPDH– y su aspecto convencional junto con sus respectivos sistemas y fuentes normativas jurídicas vinculantes es

indispensable, ya que los pronunciamientos relacionados con: la interpretación jurídica, la argumentación judicial y la casuística por parte de la Corte IDH, acerca de la identificación, construcción, protección y reconocimiento del *Corpus Iuris* jurídico de la Salud, en la esfera de la fundamentalidad y bajo los criterios auxiliares de justicia como: i) la ley, ii) la doctrina y iii) la jurisprudencia, porque establecen directrices enfocadas hacía el impacto de la realidad social frente a la relación prestación-derecho; permitiendo así, trazar desde la localidad la configuración normativa, el alcance conceptual y de derecho positivo en el ordenamiento jurídico colombiano; sumado a ello, también se encuentran pertinentes los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, como principal actor de la jurisdicción constitucional y orientador de las políticas públicas en el país, enfocadas en materia de prevención y promoción de acceso al derecho a la salud.

En tercer lugar, la metodología del presente artículo es descriptivo-documental, enfocada hacía la teoría crítica de los derechos humanos, generando como punto de inicio, los elementos bibliográficos, científicos e iconográficos, como son: artículos, libros, informes, bases de datos académicas, repositorios, revistas científicas, tesis de doctorado y maestría, provenientes de centros de estudio, páginas oficiales de entidades y organismos internacionales; así mismo, y en complementación con la doctrina, jurisprudencia y normatividad del sistema interamericano de derechos humanos, como del ámbito jurídico colombiano, en materia de conceptualización del amparo de la salud como derecho fundamental y humano.

Por último, el objetivo general de este artículo, es explicar el alcance y la accesibilidad del derecho a la salud, desde la óptica doctrinal, jurisprudencial, normativa y conceptual que recoge el *corpus iuris* regional interamericano e internacional de los derechos humanos, que no se encuentra normado ni contemplado en el ordenamiento jurídico colombiano. Así mismo tendrá como objetivo determinar el alcance prestacional,

asistencial y humanitario de la salud como derecho fundamental, para converger finalmente en la consecución de una ruta emergente de actores externos e internos relacionados con la promoción, prevención, habilitación, diagnóstico y protección que inciden –directa o indirectamente– en el marco del derecho a la salud, como DESC, fundamental, humano y autónomo.

Objetivo general: Determinar la existencia del *corpus iuris* del derecho a la salud como derecho humano fundamental y en el ordenamiento jurídico colombiano.

Pregunta de Investigación: ¿Se puede establecer la existencia del *corpus iuris* del derecho a la salud como derecho humano fundamental y en el ordenamiento jurídico colombiano?

Metodología: Esta es una investigación de naturaleza socio-jurídica que se sustenta en componentes descriptivos-documentales, obtenidos a través del estudio de diferentes elementos bibliográficos, científicos e iconográficos, tales como: artículos, libros, informes, bases de datos académicas, repositorios, revistas científicas, tesis de doctorado y maestría, provenientes de centros de estudio, páginas oficiales de entidades y organismos internacionales; así mismo y en complementación con la doctrina, jurisprudencia y normatividad del sistema interamericano de derechos humanos, como del ámbito jurídico colombiano, en materia de conceptualización del amparo de la salud como derecho fundamental y humano.

1. LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

La salud se percibe desde diferentes ópticas, las cuales pueden tener un alcance distinto; por ejemplo, si se analiza de manera inicial desde el aspecto constitucional se encuentra que la misma ha sido contemplada como un derecho integrado tanto a los derechos económicos, sociales y culturales, como los servicios públicos en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991 y que también ha sido catalogado como derecho

fundamental únicamente para el caso de los niños en el artículo 44 del mismo documento.

Como se mencionó, es posible visualizar la salud desde otros escenarios, uno de ellos es desde el ámbito jurisprudencial, ya que desde esta óptica se ha permitido que el contenido de la salud sea analizado como derecho humano en conexidad con otros derechos humanos fundamentales, tal como indica Cortés Nieto quien indica que la Corte Constitucional ha manifestado al respecto que “los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales” (Cortés-Nieto et al., 2007, p.125).

En el mismo sentido, es pertinente indicar que la salud como derecho humano dentro del Sistema de Salud cuenta con una serie de elementos constitutivos que buscan su protección desde distintas esferas, según Currea-Lugo el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas ha definido dichos elementos como “ a) la disponibilidad..., b) Accesibilidad..., c) Aceptabilidad ... y d) Calidad” (Currea-Lugo, 2008, p. 76), estos elementos se transforman en principios rectores del funcionamiento de los sistemas de salud, ya que a través de ellos se busca el perfeccionamiento en la prestación del servicio de salud, el cual no depende de manera exclusiva del criterio cobertura en el sistema, sino de factores eficientes que contribuyan a la garantía plena de la salud como derecho humano.

Ahora bien, el derecho a la salud en Colombia ha sido contemplado como derecho humano objeto de protección a través de tres vías “en conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana; reconociendo su naturaleza fundamental en sujetos de especial protección y cuando se concreta en una garantía subjetiva derivada de normas que rigen a la salud” (Dueñas-Ruiz, 2012, p. 76), es decir, la salud en sí misma presenta o extiende su ámbito

de protección cuando se habla de otros derechos como los mencionados.

De igual forma, pese a que la salud es vista para muchos como un derecho humano que requiere ser garantizado a toda la población por cualquiera de sus vías de análisis, también lo es que es percibida para algunos como un derecho que carece altamente de protección social y esto obedece a que una porción considerable de los usuarios del sistema de salud de cualquier régimen en Colombia se enfrenta a problemáticas que hacen que sus preocupaciones vayan más allá de la enfermedad que padecen, pues tal como lo afirma Marcela Vélez “una gran parte de nuestra población no tiene acceso a servicios de salud curativos, y una proporción mayor no accede a programas de promoción, prevención y rehabilitación” (Vélez, 2008, p. 57).

Lo anterior, resulta preocupante pues pese a que la salud es reconocida actualmente dentro del grupo de los derechos fundamentales “en la medida que se constituyen en instrumentos de protección de los intereses más importantes, entiéndase vitales, de las personas, ya que preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna” (Gañán-Echavarría, 2012, p. 15), carece de plena protección más aún cuando “el derecho a la salud como derecho fundamental debe ser garantizado a todos los seres humanos porque es un mandato constitucional que irradia del ejercicio del poder público y determina una de las funciones del Estado Social de Derecho” (Navarrete-Torres y Acosta-Trujillo, 2009, p. 12).

Finalmente y desde la perspectiva anterior es posible afirmar que la salud es vista como derecho humano que al verse afectado requiere protección jurisdiccional, lo que implica que a través del uso de mecanismos de protección se puede demostrar su vulneración y posterior garantía, a través de la intervención actores como Jueces de la república quienes contribuyen a eliminar los obstáculos que generan su vulneración, un ejemplo de ello es “la Sentencia T-760 de 2008, la más importante que ha proferido la

Corte Constitucional en materia del derecho a la salud, marca un hito y un cambio muy significativo en la concepción misma del derecho a la salud al darle el carácter de derecho fundamental autónomo” (Navarrete-Torres y Acosta-Trujillo, 2009, p. 27).

1.1 La conexidad de la salud con el derecho a la vida digna y la integridad personal

La vida como derecho fundamental tiene diversas aristas para su garantía, sin embargo en el marco del estudio de la salud tuvo un análisis jurisprudencial que amplió su espectro de protección, pues “la Corte no protegió directamente el derecho a la salud, sino que lo hizo acudiendo a la conexidad” (Dueñas-Ruiz, 2012, p. 85), por ello la figura de la conexidad va más allá, ya que no solo protegió la salud en conexidad con la vida, sino que también buscó a través de la salud la protección de la dignidad de las personas:

El concepto de vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela sólo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas” (Dueñas-Ruiz, 2012, p. 86).

Es decir, la garantía de la salud “está ligada a otros derechos y por tanto su cumplimiento no depende siquiera de si es o no un derecho o si es parte o no de otros derechos, sino que basta la garantía de otros derechos para garantizarla” (Currea-Lugo, 2008, p. 110), tal y como se abordó por parte de la Corte IDH en el Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, en donde se admitió el caso relacionando la salud con el derecho a la vida digna e integridad personal y los derechos del niño y en donde se realizó una interpretación que permite según Sanabria, Merchan y Saavedra (2019, p. 133) abordar la salud en el Sistema Interamericano, como un puente conductor

que permite sustraer estándares relevantes que aportan de manera significativa para amparar el derecho a la salud.

A lo anterior, se suma la noción de que la Corte IDH frente a la salud ha tenido varios pronunciamientos de fondo, no como derecho propio sino como derecho conexo a otros derechos, como lo es el realizar una interpretación de la salud a partir del derecho a la vida y a la integridad personal, según Garat (2015, p. 69) la posición de la Corte frente a la salud ha sido la de interpretarla a través de otros derechos y esto según Robles (2016, pp. 201-202) obedece a una práctica a la que le ha tocado recurrir a la Corte, sustentada en la unidad e interdependencia de los derechos humanos, atendiendo a que el Protocolo de San Salvador no le otorgó competencia directa a la Corte IDH para conocer el derecho a la salud, como sí lo otorgó frente a otros derechos como la educación y la sindicación.

Es necesario entender que pese a que la salud originalmente proviene de los derechos que conforman los DESC, la misma ha tenido que ser interpretada y analizada a la luz de derechos fundamentales, inicialmente vía conexidad con otros derechos tal como se observará más adelante, pues “el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, así sea calificado como un derecho social y además tenga una importante dimensión prestacional, está en conexidad con el derecho a la integridad personal y a la dignidad humana” (Navarrete-Torres y Acosta-Trujillo, 2009, p.12), y esto según Robles (2016, pp. 201-202).

1.2 La salud en el marco de las políticas públicas

El recorrido de la salud como derecho humano no se limita, *contrario sensu* su análisis, estudio e interpretación se da incluso desde las políticas públicas pues “las políticas públicas y los derechos humanos son temas y contenidos mutuamente implicados, ya que los derechos humanos establecen límites, márgenes y obligaciones para las políticas públicas”

(Quinche-Ramírez y Rivera-Rugeles, 2010, p. 120), de tal suerte que ello conlleva a entender el papel que juegan las mismas en la garantía de la salud como derecho humano, ya que estas persiguen resolver o atender diferentes problemas sociales que pueden ser originados en distintos nichos.

Por ejemplo, nichos como el de la salud llevan a que esta también deba ser incorporada y desarrollada en la agenda política de cada gobierno, ya que “la salud ha de formar parte del orden del día de los responsables de la elaboración de los programas políticos, en todos los sectores y a todos los niveles” (Carta De Ottawa Para La Promoción De La Salud, n.d.); sin embargo, la realidad es que el anterior postulado no se aplica en debida forma y ello hace que se genere a corto y mediano plazo la vulneración del derecho a la salud y esto hace que jueces de la república intervengan para resolver los vacíos que no alcanzan a abordar las políticas públicas frente a los derechos humanos, pues “frente a la inobservancia de los derechos humanos en la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas el papel de la justicia constitucional cobra especial valor con miras a dar eficacia a esas obligaciones, tal como la práctica lo demuestra” (Quinche-Ramírez y Rivera-Rugeles, 2010, p. 116).

Un ejemplo de lo anterior es la Sentencia T-760 de 2008, que fue un hito en la salud ya que a través de ésta se extendió la interpretación de la salud, a tal punto de incluir en la misma diferentes cuestionamientos y órdenes específicas que permitieron subsanar algunas inconsistencias en el sistema de salud e incluir postulados en aspectos como el de las políticas públicas, es decir, la Corte Constitucional de acuerdo a la realidad social frente a la salud decide tomar medidas que sustancialmente aporten a la consolidación y efectividad real de ésta, pues claramente con esta sentencia:

“la Corte Constitucional le ha dado a la modulación de los efectos de los fallos de tutela, al utilizarlos para controlar dos de las políticas públicas más importantes en materia de derechos fundamentales:

la política pública implementada frente a la grave crisis humanitaria del desplazamiento generado por el conflicto armado interno, y la política pública de protección de la salud de toda la población colombiana” (Rivera-Rugeles, 2012, p. 104).

Es necesario entender que la Corte Constitucional colombiana acude al estudio de las políticas públicas en cuanto a la vulneración de derechos humanos “a partir de un análisis de contexto de ciertas situaciones concretas, en el cual se ahonda para establecer cuáles son las causas que han generado una vulneración masiva de los derechos de las personas afectadas por esa política” (Rivera-Rugeles, 2012, p. 105), atendiendo básicamente a que “los gobiernos tienen la obligación de cuidar la salud de sus pueblos, mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.” (Declaración de Alma-Ata- OPS/OMS|Organización Panamericana De La Salud, n.d.), pues como se mencionó la salud se debe garantizar de una forma no inmediata como un servicio público a cargo del Estado a través de políticas públicas, programas y proyectos institucionales dentro de plazos distintos al inmediato.

1.3 Derecho a la salud y los derechos económicos sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen naturaleza prestacional y su garantía o exigibilidad tradicionalmente no se dan a través del mecanismo de acción de tutela, más bien su desarrollo se encuentra consignado en un sentido programático y a largo plazo, es decir no tienen el carácter de inmediatez, que sí poseen los derechos de orden fundamental, tal como lo afirma Cortés Nieto et al., al indicar que “el tribunal constitucional en varios pronunciamientos ha considerado que los DESC, atendiendo a su contenido prestacional, no son derechos fundamentales exigibles en principio mediante el ejercicio de la acción de tutela” (Cortés-Nieto et al., 2007, p.119).

De acuerdo con Morales (2012, pp. 2-3) se debe tener en cuenta que la DUDH abrió el espacio de discusión de la salud como derecho humano social internacionalmente, porque se desarrolló de manera específica en el PDESC que buscó crear frente a la salud su carácter vinculante y obligatorio para los Estados en relación con los Derechos Económicos Sociales y Culturales contenidos en la DUDH, -lo que de conformidad con lo manifestado por Mediano (2009, p. 210)-, no se traduce en más que esas obligaciones a cargo del Estado que deben perseguir reducir la mortalidad y alcanzar condiciones sanitarias aptas para el desarrollo humano en todos sus ámbitos.

Se tiene entonces que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el artículo 12 reconoce a la salud como un derecho, el cual según la Organización de Naciones Unidas (2003, p. 6) funge como soporte y pilar fundamental que sustenta el amparo de la salud como derecho en la esfera internacional y se convierte en la puerta que permite comprender la fundamentalidad de este como derecho desde la óptica y estudio en la comunidad internacional.

Es pertinente señalar que el derecho a la salud a partir de los derechos económicos sociales y culturales abre la posibilidad de interpretarlo en el seno de la comunidad internacional, tal como ha sucedido en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos en casos como así ha sido interpretada la salud por parte del Consejo Económico y Social a través de la Observación General 14 del 2000, donde se enriqueció el análisis de la salud como derecho en el orden internacional.

2. EL DERECHO A LA SALUD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Son dos los órganos competentes para la protección del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos

Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que es indispensable mencionar que en los términos del artículo 33 de la CADH, se atribuye a la comisión interamericana de derechos humanos en los sucesivos CIDH y la Corte IDH la calidad de órganos autónomos con facultad para avocar conocimiento frente a la consecución de las obligaciones originadas en la Convención, según Rodríguez (2015, pp. 226-227) estos órganos revisten especial importancia porque los Estados miembros se encuentran obligados a cumplir y practicar las decisiones que se resuelvan en el seno de estos sin embargo, se debe recordar que es la CIDH la que por excelencia tiene la característica de ser un órgano consultivo que también la posee la Corte.

Ahora bien, la CIDH es un órgano no jurisdiccional que hace parte del Sistema Interamericano, sobre el cual según Figueroa (2014, pp. 43-44) descansa la tarea de amparo de los derechos de los individuos, es pertinente establecer que esta instancia interamericana para una persona que considera que un Estado ha afectado sus derechos humanos fundamentales incorporados en la CADH representa la posibilidad en caso de haber cumplido a cabalidad con todos los requisitos exigidos en la declaración y como indica Cordeiro (2015, p. 340), el ejercicio del mecanismo de protección más trascendental que posee el Sistema Interamericano que es el de formulación y gestión de peticiones o denuncias, ya que cuando una persona considere vulnerado su derecho a la salud, podrá una vez cumplidos los requisitos de la Convención acudir a la CIDH y solicitar la protección de su derecho a la salud.

Pues bien, el Sistema Interamericano opera integralmente de la mano de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en términos de Figueroa (2014, pp. 44-45) es un órgano que se encarga de avocar conocimiento frente a los casos de Estados que le han reconocido competencia jurisdiccional, donde su fin es establecer la existencia o ausencia como responsable internacional de los Estados a causa de

presuntas vulneraciones de derechos consagrados en los diferentes instrumentos y Convenciones concernientes a la Corte IDH, la función contenciosa según Rodríguez (2015, p. 219) se activa en casos de transgresiones de derechos fundamentales y opera bajo el sustento del debate probatorio para comprobar si un Estado es responsable internacionalmente por la acción, omisión o aquiescencia de estos o de particulares que como consecuencia hayan perturbado o violado los derechos de los individuos.

La Corte IDH funge como la instancia jurisdiccional autónoma por excelencia que –a través de sus funciones consultivas y contenciosas– reafirma el amparo de los derechos de los individuo contenidos en la CADH para los países latinoamericanos, sus protocolos adicionales ratificados por los Estados miembros quienes deben aceptar la facultad contenciosa, sobre la cual es pertinente indicar que tiene una naturaleza autónoma que proviene según Salas (2014, p. 205) del estatuto de la Corte que la faculta para decidir bajo los parámetros de independencia judicial. Al respecto, Cordeiro manifiesta que –pese a que gran parte de los Estados miembros por regla general han aceptado esa competencia contenciosa, existen algunos que no la han aceptado y que esta situación se convierte en la excepción a la regla (2015, p. 351).

2.1 El derecho a la salud en los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano y su rol de protección

La importancia de los instrumentos del orden jurídico internacional en el sistema interamericano es superior, ya que su protección en derechos humanos se refleja en parte dentro de estos, pues representan para Osorio y Hernández (2020, p. 189) una herramienta que no puede ser concebida como cualquier otro tratado, en especial porque genera obligaciones no interestatales, es decir genera relaciones entre los Estados y las personas, lo que hace que se dé una esencia diferencial. Por lo tanto, la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos según Figueroa (2014, p. 41) se constituyen como otros de los documentos fundacionales que junto con la carta de la OEA sirvieron como sustento para dar origen al Sistema Interamericano y representa una de las fuentes de obligación internacional más importantes para los Estados en el amparo de los derechos humanos.

De acuerdo con Cordeiro (2015, p. 130) la CADH contiene los mismos derechos que recoge la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la cual –frente al derecho a la salud– hace un reconocimiento taxativo en el artículo 11, al establecer que el derecho a la salud se ve materializado cuando el individuo cuenta con adecuadas medidas sanitarias, alimentación, vestuario, vivienda y asistencia en salud. Poniendo a esta en términos de Salvioli (2004, p. 107) como el instrumento que sirve con fundamento interpretativo para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto Camarillo (2014, p. 171) afirma que la Convención se convierte entonces en ese instrumento que reviste mayor importancia en América porque su labor persigue el respeto por los derechos humanos fundamentales en un régimen de justicia social y libertad personal del ser humano.

El derecho a la salud en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos es uno de los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano que reconoce a la salud de manera abierta y taxativa, lo que lleva a pensar que la salud es tan integral que sus análisis y alcance de protección puede ser tan amplio, que bastaría identificar un grupo específico para enfocar su estudio o su percepción, por lo que al ser ésta objeto de atención en diferentes contextos, debe ser objeto de debate e interpretación según cada caso, por lo que maneja de manera plena un discurso de universalidad aunque se quisiera, resultaría algo complejo.

2.2 Los principios y obligaciones consagrados frente a la salud dentro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos

El principio de progresividad está reconocido en el SUDH en la proclamación de la DUDH, con dicha proclamación la Asamblea General solicita la incorporación de este principio en todas las alternativas que se adopten para garantizar los derechos consagrados en la Declaración. Adicionalmente, el artículo 52 del PIDCP reconoce este principio según Rodríguez (2015, p. 196) como una herramienta necesaria para interpretar correctamente los derechos, así mismo Guerrero y Giordano (2016, p. 93) lo refiere también como una obligación que surge en el seno de los estados que consiste en la abstención de desplegar conductas que restrinjan el disfrute de los derechos humanos reconocidos con anterioridad.

La obligación de respeto, según Medina y Nash (2007, p. 117) se dilucida como el compromiso que descansa sobre los estados, de verificar la implementación efectiva del derecho internacional al interior de su ordenamiento jurídico, por lo cual para materializar dicha implementación, las normas internas deben responder coherentemente a las normas internacionales y en caso de no existir esa congruencia las normas nacionales se deben adecuar, por lo tanto es necesario que los países que suscriben el PIDCP, tienen el compromiso de ajustar su ordenamiento jurídico en aras de no contravenir los postulados del instrumento internacional.

Respecto a la obligación de garantía como obligación positiva Melo (2016, p. 51), quien indica que los Estados deben cumplir las obligaciones que surgen al ratificar diferentes instrumentos internacionales, pues su incumplimiento genera consecuencias negativas para estos. Esta obligación de garantía es una obligación positiva que según Figueroa (2014, p. 48) se configura o evidencia cuando los estados despliegan

acciones orientadas a efectivizar los derechos bajo los criterios de no discriminación, de protección ante la vulneración de terceros y de la aplicación de medidas que prevengan, investiguen, sancionen y reparen a las víctimas en el marco de la cooperación.

2.3 Derecho a la Salud. Análisis jurisprudencial de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el Caso Gonzales y otros vs. Ecuador, la Corte IDH aborda el derecho a la salud en infantes como derecho conexo con el derecho a la vida digna e integridad personal y los derechos del niño en el contexto de un contagio con VIH de una menor de 3 años tras recibir una transfusión de sangre. Esta interpretación según Robles (2016, pp. 201-202) obedece a una práctica a la que le ha tocado recurrir a la corte sustentada en la unidad e interdependencia de los derechos humanos, atendiendo a que el Protocolo de San Salvador no le otorgó a la Corte competencia directa para conocer el derecho a la salud.

El pronunciamiento de la Corte frente a la salud como derecho se concentró en señalar de un lado, que existe la necesidad de aplicar rigurosamente la fiscalización y supervisión de las instituciones pues por su acción u omisión representan un peligro ineludible para la salud de los individuos, como lo es el caso de las transfusiones de sangre y, de otro lado, que el servicio de salud puede ser prestado por operadores públicos o privados y aun así el Estado figura como el principal agente responsable frente a cualquier situación de vulneración de derechos.

Ahora bien, frente al Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, la Corte IDH se pronunció frente al derecho a la salud por su afectación en relación con la resolución de investigaciones dentro de un término de tiempo razonable, en el caso originado por la presunta ausencia de debido proceder y correcta conducción en las investigaciones adelantadas por parte del Estado ecuatoriano, frente a las

consecuencias negativas generadas a la señora Melba del Carmen Suárez Peralta tras recibir el procedimiento médico denominado apendicitis.

En el presente caso la CIDH admitió el caso relacionando la salud con el derecho a la garantía y protección judicial e integridad personal y se concentró en señalar que la demora presentada por parte de las autoridades judiciales en la resolución del caso penal instaurado por la señora Melba superó el plazo razonable, lo cual hizo que se generará el fenómeno de la prescripción e impidiera iniciar acciones de reparación en la jurisdicción civil que le permitieran acceder a una reparación económica que le posibilitará solventar el tratamiento médico que requería.

De igual manera y frente a la salud el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, marca un hito importante en el sistema interamericano en tanto la salud se interpreta como derecho autónomo y no como derecho conexo, ya que abordó el derecho a la salud y la muerte de un paciente en el contexto médico originado ante las presuntas acciones y omisiones presentadas por parte el Estado chileno en relación con la falta de suministro de tratamiento intensivo al señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, por parte de la institución prestadora de servicio de salud lo cual le ocasionó su muerte.

En este fallo por primera vez la Corte IDH se pronuncia con respecto a la salud como derecho propio, es decir de forma autónoma sustentando su actuar en el artículo 26 de la CADH que reconoce la protección de los DESC, así mismo se destaca que esta Corte en la providencia objeto de análisis logra establecer las tres causales de responsabilidad internacional de los Estados por muerte de paciente en el contexto médico, de tal suerte que las enuncia así: i) por negación de atención de urgencia médica, ii) por grave negligencia médica y iii) por evidencia de nexo causal entre acto probado y daño acreditado, estas tres causales claramente definidas se convierten en estándares en la salud.

Seguidamente, en el caso *Hernández vs. Argentina*. Serie C No. 395 se expone el derecho a la salud en establecimientos carcelarios y comisarías policiales y se aborda temáticas como la ausencia de suministro de tratamiento médico oportuno por parte de Comisarías y de la Unidades Carcelarias de Buenos Aires al recluso José Luis Hernández, frente a un cuadro clínico de meningitis, hechos que presuntamente atentaron contra su derecho a la salud, libertad e integridad personal de él y de su madre. La CIDH admitió el caso relacionando la salud con el derecho a la integridad personal, la presunción de inocencia, libertad personal, la falta de recursos judiciales efectivos para proteger el derecho a la salud y la violación del derecho a la integridad personal de su madre.

La Corte –al interior de la sentencia– manifiesta que la falta de atención médica afecta de manera directa el derecho a la integridad personal, por ello considera pertinente establecer los estándares del derecho a la salud para personas que se encuentran en establecimientos carcelarios así: i) El Estado debe garantizar la existencia de regulación interna fortalecida para la atención en salud en establecimientos carcelarios, ii) el Estado debe garantizar a los reclusos una instancia en condiciones de dignidad y iii) la atención en salud de las personas reclusas se debe proveer bajo condiciones de oportunidad, accesibilidad, calidad y efectividad.

3. EL ROL DE PROTECCIÓN DE DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA, DESDE LA FIGURA DE LA TRANSMUTACIÓN DE DERECHOS

La salud en Colombia reviste especial atención dado que es un elemento transversal en la vida de todos los colombianos, por ello autores como Corcho (2017, p. 36) indican que a finales del siglo XX la salud ya era concebida en el ámbito internacional como una condición que representaba algo más que simplemente carecer de enfermedad y que por ello la misma comprendía distintas

aristas de análisis como el saneamiento básico, la vivienda, entre otros, que se convierten en retos importantes de asumir por parte de los estados, ya que estos eran los principales obligados a efectivizar su garantía.

De acuerdo con Estupiñán (2012, pp. 13-14) la salud ha sido reconocida en la jurisprudencia como un derecho humano que se ubica en el rango de fundamental y convencionalmente desde los DESC como un derecho de carácter prestacional; de esta forma López (2013, p. 29) indica que la salud en Colombia fue incorporada como servicio público con la Ley 10 de 1990, según Galindo, Bedoya y González (2015, p. 50) esto ocurre atendiendo al fundamento que da el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, el cual convierte la salud en servicio público de naturaleza prestacional.

En virtud de lo anterior, resulta entonces importante señalar que en Colombia la Ley Estatutaria 1751 de 2015 estableció el derecho a la salud como derecho fundamental y aplica los mandatos internacionales tanto introduce en la misma los elementos esenciales del derecho a la salud reconocidos en la Observación General 14 del 2000, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad, aplicando así los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y el Bloque de Constitucionalidad, en la medida que: i) reconoce el derecho a la salud como un derecho de rango fundamental y ii) también incorpora los elementos esenciales.

Chacón (2017, p. 12) manifiesta que fue a través de la Carta que el derecho a la salud tuvo un reconocimiento expreso, es por lo anterior que el derecho a la salud en Colombia como lo afirma Ruíz (2019, p. 32) se integró en la Constitución Política de 1991 como un derecho proveniente de los DESC, incluido en el grupo de derechos de segunda generación. Ahora, el tránsito de la Constitución Política de 1886 hacia la Constitución Política de 1991 representó un avance importante, tal como lo manifiesta López quien indica que el país fue reconocido como un Estado social de derecho desde la Constitución Política de

1991 pues esta logró introducir principios y valores que orientaron el amparo de derechos fundamentales permitiendo así su justiciabilidad (2013, p. 65).

El marco normativo en torno a la salud ha variado con el tiempo, Cárdenas asegura que normas como el Decreto 056 de 1975 y leyes como la 10 de 1990, la 60 y 100 de 1993 y la 1122 de 2007 (reformó el sistema de salud) han sido piezas fundamentales para consolidar y transformar el derecho a la salud en Colombia (2011, pp. 41- 42), a la par Alzate (2014, pp. 161-162) indica que la Ley 100 de 1993 introdujo en el país un sistema de prestación del servicio de salud en donde el Estado tenía una participación amplia y se encargaba de ejercer control, inspección y vigilancia. Esta norma según Maldonado y Monsalve en Colombia permitió dejar atrás un Sistema de Salud paterno-centralista y acceder a un modelo que permitía un acceso con cobertura universal (2016, p. 23); es necesario indicar que Chacón señala que la Ley 100 de 1993 es uno de los instrumentos jurídicos relevantes que en Colombia dieron lugar al amparo del derecho teniendo a la salud bajo el concurso de los sectores denominados público y privado (2017, p. 14).

3.1 El derecho a la salud y los mecanismos de protección existentes en Colombia

Es posible partir de la acción de tutela como mecanismo de amparo de derechos por ser la máxima por excelencia que garantiza con inmediatez el derecho a la salud, esta se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política (1991) y desarrollada a través del Decreto 2591 de 1991, en dicha normativa se contempla a esta acción constitucional como el instrumento que habilita a cualquier persona para acceder al amparo de sus derechos considerados fundamentales y no fundamentales.

En la actualidad la radicación de acciones de tutela para amparar el derecho a la salud no cesa. Al respecto, Ruíz indicó que el reiterado crecimiento que ha tenido en la

jurisdicción el ejercicio de acciones de tutela que persiguen el amparo del derecho a la salud por parte de los usuarios, comporta una gran preocupación que ya ha sido detectada por parte de la Defensoría del Pueblo (2019, p. 83).

Naturalmente, el ejercicio de las acciones de tutela en salud obedece según Barrera, a la negativa EPS de suministrar la asistencia médica requerida, que hacen que los ciudadanos sientan afectado su derecho a la salud y acudan a la jurisdicción en aras de obtener su protección y garantía (2015, p. 250). Sin embargo, considerar la acción de tutela como único mecanismo de protección del derecho a la salud resulta impertinente, ya que mecanismos como el control de convencionalidad resulta –desde el seno de la jurisdicción– como una herramienta de protección pues según Granados (2018, p. 185) el texto constitucional fue redactado con la idea de que a partir del Bloque de Constitucionalidad la interpretación de los derechos humanos se puede dar desde una gama más amplia y vinculante, que permite además habilitar vías externas de protección, como lo son tribunales internacionales.

De acuerdo con Barrera, la Corte Constitucional –haciendo uso del control convencional en la revisión de acciones de tutela– ha identificado algunos cuellos de botella en el Sistema de salud, así como también ha logrado encontrar focos específicos necesarios de atacar y mejorar (2015, pp. 252-253). Según Sánchez, Higuera y Torres (2019, p. 234) el control de convencionalidad es aplicado desde la dimensión del Sistema Interamericano gracias a la función contenciosa que reposa en el seno de la Corte IDH, la cual se describe como un control convencional de tipo concentrado; y en casos como el colombiano –a través de la figura denominada bloque de constitucionalidad– es posible el ejercicio del control convencional de tipo difuso (aplicado por los jueces internos *vía interpretación convencional*) y no concentrado como en el orden internacional (la aplicación de las decisiones e interpretaciones de la Corte IDH como criterio hermenéutico).

3.2 El derecho a la salud como derecho autónomo. Análisis de las sentencias T-859 de 2003 y T-760 de 2008

De acuerdo con Melo, en Colombia las instituciones jurisdiccionales han encontrado en los pronunciamientos de la Corte Interamericana modelos de medidas de reparación y mecanismos de protección que guían su actuar y han hecho un tránsito perspectivo y conceptual que ha representado un aporte importante al momento de determinar su reconocimiento (2016, p. 5). Este avance según Galindo, Bedoya y González (2015, p. 57) ha sido gestado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana a través del tiempo y mediante fallos judiciales ha logrado pasar de reconocerlo como derecho prestacional conexo a otros derechos, a reconocerlo como derecho autónomo y fundamental para todos los individuos.

Tenemos entonces que en la Sentencia T-859 de 2003¹ la Corte Constitucional realiza una examen en el sentido abstracto e indica que no es un derecho que ostente el rango de fundamental, *contrario sensu* manifiesta que es un derecho que tiene origen prestacional y asistencial cuya aplicación no es de carga inmediata y cuyo garante es el Estado mediante la construcción, desarrollo y aplicación de políticas públicas, programas y/o planes que en el caso de la salud es posible evidenciar con el POS, el cual incluye todas las obligaciones mínimas y básicas frente a este derecho a la salud en Colombia, por lo que considera la Corte indispensable determinar el carácter fundamental del derecho a la salud. A la par de lo anterior, la Corte también entra a determinar frente a la salud el alcance de la acción de tutela ante casos como los que se abordan en el presente y su necesidad de relativizarla ante otros.

1. Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Acción de tutela. Accionantes: John Jairo Nivia Vargas y Germán Vargas Mantilla Accionados: Compensar E.P.S y Salud Total E.P.S.

Esta sentencia resulta vital para la salud en Colombia porque por primera vez la Corte Constitucional se pronuncia frente al derecho a la salud como derecho fundamental, autónomo, subjetivo e inmediato, dejando atrás –a partir de esta sentencia– la concepción interpretativa y estática que se tenía del derecho a la salud como derecho social, prestacional, asistencial y no inmediato.

Ahora bien, frente al derecho a la salud con su reconocimiento como fundamental en la Sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional hace la revisión de 22 acciones de tutela que fueron instauradas por parte de diferentes particulares en contra de EPS y otras entidades relacionadas con la salud, donde la Corte consideró la existencia de unidad temática en salud porque la mayoría de casos se relacionaban con la negación al acceso a servicios de salud salvo los contextos. Es pertinente señalar que la Corte Constitucional en los casos revisados buscó analizar el cumplimiento y fallas de las obligaciones de respeto y garantía que les corresponde asumir a las EPS y al mismo Estado y da directrices que buscan superar las fallas que presenta la prestación del servicio de salud en el país, de tal suerte que identifica algunos actos necesarios para realizar ajustes progresivos.

Resulta importante mencionar que en esta sentencia la Corte Constitucional se pronuncia frente al derecho a la salud ya no con la tesis de derecho conexo, sino con la tesis de derecho autónomo y fundamental señalando las formas en que se vulnera con la exposición de diferentes situaciones que examina en los casos revisados de tal suerte que logra establecer que se vulnera el derecho a la salud cuando: i) las EPS no proceden con la autorización de los servicios médicos que necesite el paciente, aduciendo que el mismo se encuentra excluido del POS, ii) las EPS imponen a las pacientes cargas administrativas que son de naturaleza funcional de la entidad y no le corresponden asumir a los usuarios, iii) no se presta el servicio de salud a personas con bajos, escasos o nulos recursos que no pueden

cancelar la cuota moderadora y iv) al negar la afiliación de una persona al servicio de salud fundamentando como causal el tener familiar con patología catastrófica es un evento que se configura en causal violatoria del derecho a la salud.

CONCLUSIONES

Frente al derecho a la salud como derecho humano de rango fundamental, se puede afirmar que no es posible hacer del mismo una interpretación aislada de la comunidad internacional, ya que se ha logrado dejar en evidencia que el mismo ha tenido la posibilidad de ser reconocido en instancias internacionales, tales como la del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que a través de sus dos órganos, representan el eje fundamental de protección, es así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH, se convierten en órganos que se dan a la tarea de pronunciarse frente a la garantía del derecho a la salud, bien sea una a través de los examen de admisibilidad u opiniones consultivas y/o a través de las decisiones o fallos de carácter definitivo e inapelable de la Corte. Esta, en atención a su autonomía jurisdiccional ha resuelto de fondo en repetidas oportunidades frente a la salud como derecho indispensable para la convivencia del individuo, de manera conexas a partir de la interpretación del mismo a través de derechos como la vida o la integridad personal, y de manera autónoma como derecho propio, subjetivo y fundamental, como se logró dejar en evidencia hasta antes de 2019, la Corte IDH interpretaba el derecho a la salud a través de los DESC vía artículo 26 de la CADH y solo en 2019 –con el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile– logró interpretarlo como un derecho propio por considerar que era de carácter fundamental y lo suficientemente autónomo.

El Sistema Interamericano entonces se comporta para el derecho a la salud como una instancia internacional de protección regional latinoamericana, que se puede configurar como una solución a la incapacidad de los Estados para atender la salud como derecho fundamental, pues

este Sistema cuenta una Corte que le permite a los individuos exigir el amparo del derecho a la salud mediante el litigio y debate internacional. Esto, a su vez, permite que el individuo supere las esferas jurídicas nacionales y perciba en el orden internacional una vía accesible de protección efectiva, que le permitirá al individuo no solo acceder a la justiciabilidad del derecho a la salud como derecho fundamental, sino a la consolidación de estándares y parámetros que la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia incorpora desde la interpretación convencional.

En Colombia la salud tiene múltiples formas de ser analizada, desde la Constitución Política de 1991; por ejemplo, se introdujo como servicio público esencial a cargo del Estado, es decir, que no fue incluida en ese tránsito constitucional como derecho de rango fundamental, por lo que fue en los jueces y magistrados en quienes descansó el debate de elevarlos al rango de fundamental, quienes a través del ese tránsito es atribuible en parte a ese carácter oficioso que permite el control de convencionalidad habilitado por el bloque de constitucionalidad interpretaron el derecho a la salud, a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo cual llevó a dichas magistraturas a transitar en el ámbito de interpretación del derecho a la salud, a partir de una vía diferente y con carácter extensivo, que permite un análisis desde perspectivas más proteccionistas en torno a la salud que van más allá, del *hard law* al *soft law* internacional, lo cual sustenta la interpretación del derecho a la salud como derecho autónomo y no como derecho conexo, que se gestó en el seno de la Corte Constitucional, permitiendo que emergiera así la denominada figura de la transmutación del derecho a la salud, lo cual se considera un aporte demasiado importante para la garantía del derecho a la salud en Colombia.

Con las sentencias T-859 de 2003 y T-760 de 2008, expedidas por la Corte Constitucional, son fallos estructurales de direccionamiento de las políticas públicas en materia de salud, ya que se da el salto del proceso de transmutación de

derecho prestacional-asistencial a derecho fundamental autónomo y humano a la salud, que genera como producto, un acto de transformación y reivindicación socialmente favorable a los grupos poblacionales de clase

media, baja y de extrema pobreza, en pro de los derechos humanos.

4. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA SALUD

Sistema Universal	Sistema Regional	Régimen Colombiano
<p>Fuentes:</p> <p>Hard law (Vinculantes)</p> <p>DUDH, PIDESC, Convención sobre los derechos de los niños, DU. Sobre la erradicación del Hambre y la MN.</p> <p>Costumbre internacional, normas de ius cogens, decisiones judiciales y la doctrina</p> <p>Soft law (No Vinculantes)</p> <p>Resoluciones, recomendaciones, informes, observaciones generales</p> <p>Observación General No. 014 del 2000</p>	<p>Fuentes:</p> <p>Carta de la OEA</p> <p>Convención Americana de los Derechos del Hombre</p> <p>Convención Americana de los Derechos Humanos</p> <p>Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos</p>	<p>Fuentes:</p> <p>Artículo 13, 44, 46, 48, 49 y 366 Constitución Política de 1991</p> <p>Decreto 056 de 1975</p> <p>Ley 23 de 1981</p> <p>Ley 10 de 1990</p> <p>Ley 100 de 1993</p> <p>Ley 1122 de 2007</p> <p>Ley 1751 de 2015</p> <p>Sentencia T-850 de 2003</p> <p>Sentencia T-760 de 2008</p>

Fuente: Elaboración propia

REFERÊNCIAS

- » Alzate-Mora, D. (2014). *Las formas jurídicas (pos)neoliberales desde Colombia: el sistema de salud en las dinámicas lucro-destructivas del derecho útil al capital*. (Tesis Doctoral, Universidad del Rosario).
- » Barrera, E. L. (2015). *La salud en Colombia: entre el Derecho a la salud y la Racionalidad Económica del Mercado 1993-2015*. (Tesis Doctoral, Universidad Externado de Colombia).
- » Camarillo-Govea, L. A. (2014). *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Tesis Doctoral, Universidad Castilla-la Mancha).
- » Cárdenas-Ramírez, E. (2011). *Alcances del derecho a la salud en Colombia*. (Tesis de Maestría, Fundación Universidad del Norte).
- » *Carta de Ottawa para la promoción de la salud*. (n.d.). IRIS PAHO. Retrieved March 16, 2022, from <https://iris.paho.org/handle/10665.2/44469>
- » Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- » Caso Hernández vs. Argentina. Serie C No. 395-Corte IDH. Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.
- » Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

- » Caso Suárez Peralta vs. Ecuador Corte IDH. Caso Suárez Peralta vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C, No. 261.
- » Chacón-Mendoza, D. C. (2017). La tutela en salud y sus resultados en equidad. (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Javeriana).
- » Constitución Política de Colombia. (1991).
- » Corcho Mejía, D. C. (2017). *El proceso de la ley estatutaria: la lucha por la hegemonía política del derecho a la salud en Colombia*. Bogotá.
- » Cordeiro-Lopes, A. H. (2015). *La Integración de los Derechos Humanos en América Latina*. (Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla).
- » Cortés-Nieto, J. d. P., Arias-Amaya, C. A., Fanger-Sáenz, N. A., González Valencia, A. M., Kurmen de la Cruz, A., Luna de Aliaga, B. E., Manrique Niño, J. I., Prieto Ríos, E. A. y Pulido Caballero, D. C. (2007). La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios Socio Jurídicos*, 9(9), pp. 109-141.
- » Corte Constitucional. Sentencia de Revisión No. T-760 (2008). Accionantes: titulares Varios Accionados: Eps varias. Magistrado Ponente. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Clase de proceso: acción de tutela. 31 de julio de 2008.
- » Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003. Magistrado Ponente
- » Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Acción de tutela. Accionantes: John Jairo Nivia Vargas y Germán Vargas Mantilla Accionados: Compensar E.P.S y Salud Total E.P.S.
- » Currea-Lugo, V. d. (2008). *La salud como derecho humano*. Universidad de Deusto. *Declaración de Alma-Ata - OPS/OMS | Organización Panamericana de la Salud*. (n.d.). PAHO. Retrieved March 16, 2022, from <https://www.paho.org/es/documentos/declaracion-alma-ata>
- » Dueñas-Ruiz, O. J. (2012). *Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión*. Editorial Universidad del Rosario.
- » Estupiñán Barrera, L. (2012). *Derecho fundamental a la salud en la prestación pública de servicio de salud*. (Tesis de Maestría, Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario).
- » Figueroa Bastidas, G. (2014). *Aplicación en Colombia de la responsabilidad internacional agravada del estado por violaciones graves a derechos humanos*. (Tesis de Maestría, Universidad del Rosario).
- » Galindo Fonseca, A., Bedoya González, M. A. y González Guevara, J. (2015). *La crisis de la seguridad social en materia de salud como servicio público esencial a cargo del Estado: causal de una falla en prestación del servicio en Colombia*. (Tesis de Maestría, Universidad Libre).
- » Gañán-Echavarría, J. L. (2012, julio-diciembre). Del derecho a la salud en Colombia. Un derecho seriamente fundamental. *Institución Universitaria Salazar y Herrera*, (19), pp. 11-24.
- » Garat, M. P. (2015). El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Segunda Época*, pp. 59-79.
- » Granados-Ferreira, J. (2018). *La fundamentalidad del derecho a la salud en Colombia y su desarrollo*. (Tesis Doctoral, Universidad Santo Tomás).

- » Guerrero-Iraola, J. y Giordano, C. (2016). Progresividad o regresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales. Claves para pensar Nuestramérica (2015 – 2019). *Question Revista Especializada en Periodismo y Comunicación*, 90 - 97.
- » López-Rodríguez, D. A. (2013). *Garantía del derecho a la salud en Colombia: contradicciones del sistema general de seguridad social en salud con el estado social de derecho en Colombia*. Bogotá.
- » Maldonado-Díaz, R. J. y Monsalve-Mantilla, A. M. (2016). *Derecho a la salud: más allá del papel alcances y limitaciones de la Ley 1751 del 2015, a la luz de la salud como derecho fundamental*. (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Javeriana).
- » Mediano, C. (2009). La salud ¿un derecho universal? *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, pp. 203-216.
- » Medina-Quiroga, C., & Nash Rojas, Claudio. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho.
- » Melo Cristancho, L. P. (2016). *¿Discrepancia o concordancia? Las medidas de satisfacción en el derecho colombiano de cara al sistema interamericano de derechos humanos*. (Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás).
- » Morales, L. (2012). *Derechos Sociales Legítimos: La justificación de su protección constitucional en las sociedades democráticas*. (Tesis Doctoral, Universitat Pompeu Fabra).
- » Naciones Unidas. (2003). *Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 3003/31*.
- » Navarrete Torres, P. y Acosta Trujillo, R. d. P. (2009). *Análisis de la importancia de la Sentencia T- 760 de 2008 sobre el derecho a la salud*. Universidad de la Sabana.
- » Osorio Sánchez, E. G. y Hernández-Granados, L. Y. (2020). Comisión interamericana y los estados que denuncian la Convención Americana y la carta de la OEA. *Justicia*, pp. 185-200.
- » Quinche-Ramírez, M. F. y Rivera-Rugeles, J. C. (2010, julio-diciembre). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. *Vniversitas*, 121, pp. 113-138. (julio-diciembre de 2010).
- » Rivera-Rugeles, J. C. (2012). *Control judicial y modulación de fallos de tutela*. Universidad del Rosario.
- » Robles, M. Y. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones Constitucionales*, pp. 199-246.
- » Rodríguez-Molina, J. A. (2015). *Los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad en los sistemas de justicia latinoamericanos: propuesta de un modelo justicia en El Salvador*. (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha).
- » Ruíz-Núñez, M. C. (2019). *Derecho a la salud y su evolución en Colombia frente a sujetos de especial protección*. (Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás).
- » Sala-Cruz, A. (2014). La carta democrática interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, pp. 185-235.
- » Salvioli, F. (2004). La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *IIDH*, p. 167.

- » Sanabria-Moyano, J. E., Merchán López, C. T., & Saavedra Ávila, M. A. (2019). Estándares de protección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Ágora USB*, pp. 132-138.
- » Sánchez-Cubides, P. A., Higuera-Jiménez, D. M. y Torres-Bernal, C. (2019). El control de convencionalidad: aplicación de las medidas internacionales en el ordenamiento jurídico interno como estándar de protección a los derechos de las víctimas. *Opinión Jurídica*, pp. 231-250.
- » Vélez, M. (2008). *Salud: negocio e inequidad, quince años de la Ley 100 en Colombia*. Ediciones Aurora.

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(mos) 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:

