



Revista justicia, sociedad y derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Programa de Derecho y Ciencias Políticas
Vol. 1 Nro. 2 Julio - Diciembre 2021 - Tunja, Colombia

ISSN: 2500-9389

ISSN: 2539- 1569 (En línea)

Periodicidad Semestral - Ediciones Universidad de Boyacá

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Boyacá, es una publicación de carácter científico, con periodicidad semestral, dirigida a la comunidad académica, científica y universitaria interesada en áreas del derecho, las ciencias políticas, jurídicas y sociales, en donde investigadores, docentes y estudiantes de los diferentes niveles académicos, expresan su pensamiento a través de su producción intelectual con origen en procesos académicos de investigación socio-jurídica.

PÚBLICO OBJETIVO

La Revista está dirigida a profesionales, investigadores, docentes y estudiantes de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores ceden a la Revista Justicia, Sociedad y Derecho, los derechos de autor y propiedad intelectual, derechos de copia de todas las formas y medios conocidos. En caso de no ser publicado el artículo, la Universidad de Boyacá accede a retornar los derechos enunciados a los autores. La evidencia científica, el conflicto de intereses y el contenido de los documentos son de responsabilidad exclusiva y única de los autores.

AGRADECIMIENTOS

La Revista Justicia, Sociedad y Derecho del programa de Derecho y Ciencias Políticas, patrocinada por la Universidad de Boyacá, agradece a los profesionales que han colaborado como evaluadores de los artículos recibidos y a todo el equipo de publicaciones que han apoyado la edición.

DIRECTIVOS UNIVERSIDAD DE BOYACÁ

Presidente Emérito

Dr. Osmar Correal Cabral

Presidenta

Dra. Rosita Cuervo Payeras

Rector

Ing. MSc. Andrés Correal Cuervo

Vicerrector Académico

Ing. MSc. Rodrigo Correal Cuervo

Vicerrectora Desarrollo Institucional

C.S. Mg. Ethna Yanira Romero Garzón

Vicerrectora Investigación, Ciencia y Tecnología

Ing. Mg. Claudia Patricia Quevedo Vargas

Vicerrector Administrativo y de Infraestructura

Dr. Camilo Correal C.

SOLICITUD DE CANJE

Politeca - Universidad de Boyacá

Carrera 2a. Este Nro. 64 - 169

PBX: 7450000

Correo: politeca@uniboyaca.edu.co

Tunja, Boyacá - Colombia

INFORMACIÓN Y CORRESPONDENCIA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Boyacá
Correo: revistajusticiasociadadyderecho@uniboyaca.edu.co
Teléfono: 3174003603
<http://revistasdigitales.uniboyaca.edu.co/index.php/Justicia/about/submissions>



Carrera 2a. Este Nro. 64 - 169
Teléfono: +57 8 7 45 2105 Ext. 3104
Correo: publicaciones@uniboyaca.edu.co
Tunja, Boyacá - Colombia

Directora:

PhD. (c) Mg. Ethna Yanira Romero Garzón

Editor:

PhD. (c) Mg. Diego Fernando Rodríguez Casallas

COMITÉ EDITORIAL / CIENTÍFICO

Mg. Jorge Eduardo Vásquez Santamaría
Universidad Autónoma de las Américas

Dra. Bibiana Escobar García
Corporación Colegiatura Colombiana

Dra. Diana Rocío Bernal Camargo
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Dra. Alexandra Agudelo López
Universidad Autónoma Latinoamericana

Dr. (C) Ferney Asdrúbal Rodríguez
Universidad Simón Bolívar

Dr. Alcibíades García Caez
Universidad Simón Bolívar

Mg. Jacinto Pineda
Escuela Superior de Administración Pública

Mg. Jorge Aníbal Rojas Devía
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Dr. Carlos Londoño Ramos
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Mg. Carlos García Gil
Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

PhD. Jenny Paola Rodríguez



COLABORADORES

PhD. (c) Olga Sofía Morcote

Mg Fabiana Tibamoso

PhD. Claudia Patricia Guerrero A.

PhD. (c) Mario Lozano

PhD. (c) Isabel Acero Torres

Mg. Rubby Elsa Amador Díaz

PhD. (c) Héctor John Ortegón

Mg. Andrea Pedreros

PhD. (c) Johana Gutiérrez

Mg. Sebastián Bastidas

Mg. Federico Useche Cañon

Mg. Liliana Margarita Quirós

Mg. Héctor Alexander López Leguizamón

CONTENIDO



PRESENTACIÓN ▶ 7-8

Osmar Correal Cabral

FUNDAMENTO LEGAL DE LA CONVIVENCIA ESCOLAR APLICADO EN LOS MANUALES DE
CONVIVENCIA. INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL MUNICIPIO
DE SOGAMOSO, BOYACÁ

ARTÍCULO_01

▶ 11-33

William Antonio Amaya Pérez

Olga Sofía Morcote González

SOLUCIONES INNOVADORAS LOCALES PARA LA REDUCCIÓN DE LA POBREZA

ARTÍCULO_02

▶ 34-48

Julio Armando Rodríguez Ortega

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LOS ÁRBITROS ¿SE PUEDE
UTILIZAR EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN JURÍDICA ERROR JUDICIAL, PARA OBTENER
LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ESTOS EN SU ACTUACIÓN?

ARTÍCULO_03

▶ 49-64

Jean Pierre Stefan Prieto Vaca

¿SON LOS DERECHOS HUMANOS UNA HERRAMIENTA POLÍTICA? EN LA OBRA DE SOPHIE
DAVIAUD: L'ENJEU DE DROITS DE L'HOMME DANS LE CONFLIT COLOMBIEN

ARTÍCULO_04

▶ 65-81

Gloria Estella Zapata Serna

¿DE QUIÉN ES LA TIERRA?, UNA REFLEXIÓN CRÍTICA AL TEXTO DE MARCO PALACIOS WHO IS THE EARTH FROM?, A CRITICAL REFLECTION TO THE MARCO PALACIOS TEXT ▶ ARTÍCULO_05
82-95

Héctor Sebastián Alarcón Barrera

LA RESILIENCIA, CLAVE DE LA PAZ EN EL CARIBE COLOMBIANO THE KEY RESILIEN- CE OF PEACE IN THE COLOMBIAN CARIBBEAN ▶ ARTÍCULO_06
96-109

Doris del Carmen Navarro Suárez

Karla Sáenz López

MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL PAÍS VASCO VERSUS ECUADOR ▶ ARTÍCULO_07
110-123

Nerea Laucirica Rubio

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA DEBIDO PROCESO Y CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN. CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW IN COLOMBIA DUE PROCESS AND EXCLUSION CLAUSE ▶ ARTÍCULO_08
124-138

JOSÉ MEJÍA MEJÍA

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES ▶ 139-140

PAUTAS DE ESTILO ▶ 141

PRESENTACIÓN

La Universidad de Boyacá, siempre comprometida con el pensamiento crítico y la construcción de conocimiento, pone a disposición de la comunidad académica el Volumen II de la revista Justicia, Sociedad y Derecho, que reúne las reflexiones y resultados de investigación de académicos de talla nacional e internacional, que con sus aportes han producido un espacio de discusión de una altura intelectual solo superada por el respeto a la dignidad humana, desde una visión socio - jurídica y humanística, propia de las ciencias sociales y la misión institucional de la Universidad de Boyacá.

La vida del ser humano se encuentra en constante cambio y en dinámica permanente, es por ello que la revisión constante de los problemas que aquejan a la sociedad y al ser humano, es un deber de la academia como de la ciencia en general, es un compromiso de todos los intelectuales que conforman la humanidad, en el ejercicio constante de mejoramiento de las condiciones de vida de la especie humana.

El análisis del contexto escolar y la convivencia de los ciudadanos en formación adquiere relevancia en la generación de capital social tan necesario en estos tiempos; la pobreza y los mecanismos para responder a los requerimientos sociales es un insumo previo para la convivencia pacífica y la eliminación de los fenómenos de violencia; la responsabilidad del Estado y la conducta de sus agentes debe ser examinada constantemente para impedir la arbitrariedad en las decisiones a cargo del Estado; la residencia es también para afrontar la incertidumbre que entraña la vida

misma; la mediación familiar adquiere relevancia como núcleo esencial de la sociedad y la constitucionalizarían del derecho penal como un mecanismo de garantía a los derechos ciudadanos.

Todos estos tópicos conforman el Volumen II de la revista Justicia, Sociedad y Derecho. Auspiciada por la Universidad de Boyacá y el programa de Derecho y Ciencias Sociales, garantizando la independencia relativa a su carácter científico.

Andrés Correal

Rector de la Universidad de Boyacá



EDITORIAL

La revista Justicia, sociedad y derecho se presenta como un espacio de reflexión crítica y libre en la construcción de conocimiento científico para el desarrollo de la sociedad, en coherencia con la visión institucional de la Universidad de Boyacá.

El volumen II de la revista justicia, sociedad y derecho, contiene reflexiones resultado de procesos de investigación que abren la puerta a la discusión académica sobre temas de impacto para la sociedad tales como: la implementación de los manuales de convivencia escolar, la innovación como mecanismo de reducción de la pobreza desde el contexto local, la responsabilidad del Estado por la conducta de los árbitros, la resiliencia clave para la paz en el Caribe colombiano, la mediación familiar y la constitucionalización del derecho penal, son los temas que han despertado el interés de nuestros autores, colaboradores e investigadores, en su afán de interpretar la realidad desde una lógica socio - jurídica.

Reiteramos el carácter crítico contenido en las líneas que conforman cada uno de los artículos propuestos en el presentes espacio, con el rigorismo académico propio de la labor de cada uno de los colaboradores que han aunado sus esfuerzos en la materialización y concreción de sus reflexiones e investigaciones, a quienes damos gracias.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Barrera , H. S. (2021). ¿De quién es la tierra?, Una reflexión crítica al texto de Marco Palacios . Justicia, Sociedad y Derecho, 81-93.

Mejía Mejía, J. (2021). Constitucionalización del derecho penal en Colombia, debido proceso y cláusula de exclusión. Justicia, Sociedad y Derecho, 122-136.

Morcote González , O. S., & Amaya, W. A. (2021). Fundamento legal de la convivencia escolar aplicado en los manuales de convivencia - instituciones del municipio de Sogamoso, Boyacá. Justicia, Sociedad y Derecho, 12- 32.

Navarro Suárez, D. d., & Sáenz López, K. (2021). La resiliencia, clave de la paz en el Caribe colombiano. Justicia, Sociedad y Derecho, 94-107.

Prieto Vaca, J. S. (2021). Responsabilidad del Estado por la actuación de los árbitros ¿se puede utilizar el título de imputación jurídica error judicial, para obtener la reparación de los daños causados por estos en su actuación? Justicia, Sociedad y Derecho, 47-63.

Rodríguez Ortega, J. A. (2021). Soluciones innovadoras locales para la reducción de la pobreza. Justicia, Sociedad y Derecho, 36 -46.

Rubio, N. L. (2021). Mediación familiar en el país Vasco versus Ecuador. Justicia, Sociedad y Derecho, 108-121.

Zapata Serna, G. E. (2021). ¿Son los Derechos Humanos una herramienta política? En la obra de Sophie Daviaud: L'Enjeu de droits de L'Homme Dans le conflit Colombien. Justicia, Sociedad y Derecho, 64-80.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

FUNDAMENTO LEGAL DE LA CONVIVENCIA ESCOLAR APLICADO EN LOS MANUALES DE CONVIVENCIA-INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO, BOYACÁ

LEGAL FOUNDATION OF SCHOOL COEXISTENCE APPLIED IN THE MANUALS OF COEXISTENCE-EDUCATIONAL INSTITUTIONS OF THE MUNICIPALITY OF SOGAMOSO, BOYACÁ

RESUMEN

El propósito de este artículo es hacer un análisis de los fundamentos jurídicos de la convivencia escolar en Colombia aplicada en los manuales de convivencia de las instituciones educativas del Municipio de Sogamoso, en los que se han originado errores de implementación, interpretación y aplicación cuando se abordan problemáticas de agresiones entre los integrantes de la comunidad educativa. Se abordarán los aspectos generales de la convivencia escolar, el análisis de las fuentes jurídicas, la importancia de los Manuales de Convivencia y las falencias en su elaboración; finalmente se muestra una propuesta para materializar el derecho sustancial cuando se vulneran Derechos Humanos en la convivencia escolar. Se determinó que existen imprecisiones en la aplicación de la norma al igual que vacíos jurídicos que conllevan a que la convivencia como política no se materialice efectivamente en las aulas de clase.

Palabras clave: fundamento legal, convivencia escolar, manuales de convivencia, instituciones educativas.

**William Antonio Amaya Pérez¹
y Olga Sofía Morcote González²**

¹ Abogado, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Boyacá. Licenciado en Filosofía y educación religiosa. Estudiante de Maestría en Filosofía, Universidad Libre de Colombia. Docente Colegio Sugamuxi-Sogamoso, Boyacá. Email: waap14@hotmail.com

² Abogada, Administradora Pública, Magíster en Derecho Público, Doctora en Filosofía con Énfasis en Ciencias Políticas, Universidad Nuevo León, México. Docente de Tiempo Completo del Programa de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Boyacá, Tunja. Miembro del Grupo de Investigación Socio-Jurídica. Email: olg-morcote@uniboyaca.edu.co. <https://orcid.org/0000-0001-9647-9017>

Fecha de recepción: 01/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

Citar este artículo así:

Amaya, W. A., & Morcote González, O. S. (2021). Fundamento legal de la convivencia escolar aplicado en los manuales de convivencia - instituciones del municipio de Sogamoso, Boyacá. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 12- 32.



ABSTRACT

The purpose of this reflection is to make an analysis of the legal fundamentality of school coexistence in Colombia applied in the coexistence manuals of the educational institutions of the Municipality of Sogamoso, which have resulted in multiple errors of implementation, interpretation and a main compilation of the technical and legal shortcomings that are presented when addressing issues of aggression among members of the educational community.

It contains at the time of applying the route of attention to solve the behaviors that affect school life and contents analysis of the rulebooks. In this article of reflection it will be analyzed the general aspects of school coexistence, the analysis of legal sources, the importance of the rulebooks and the shortcomings in its elaboration, a proposal to make a reality the substantial Law when human rights are violated in the school coexistence. Concluding that there are many inaccuracies in the application of regulations as well as legal voids that lead to the coexistence as a policy that does not materialize effectively in classrooms.

Keywords: legal fundamentality, school coexistence, coexistence manuals, educational institutions.

INTRODUCCIÓN

La violencia en las escuelas y otros entornos educativos causa a los niños y adolescentes graves daños que pueden persistir en la edad adulta; tal como señaló el Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños (Pinheiro, 2006). Este es un tema de análisis y preocupación por los Estados y Organizaciones de tipo internacional, especialmente la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), debido a su avance y a las políticas ineficaces para contrarrestarla.

La eficacia de las políticas, leyes, y estrategias de prevención de la violencia relacionada con la escuela, dependen de un conocimiento fidedigno de la prevalencia, las pautas y los efectos que tienen en el mundo; pese a ello, aún se carece de los datos empíricos necesarios para hacer un análisis a profundidad (Pinheiro, 2006).

Víctor Montero Espinoza señala que, "Las políticas educativas de un país, cualquiera que sea su matriz política, responden o deben responder a dos exigencias fundamentales: permitir el desarrollo de las capacidades individuales de todas las personas y satisfacer necesidades y demandas de una sociedad, en términos de desarrollo y progreso" (Montero Espinoza, 1984).

Para el caso colombiano, con la modernización del Estado, la promulgación de la Constitución Política de 1991 y la ratificación de las Resoluciones de la Unesco, se dieron avances en el sistema educativo;

específicamente en convivencia escolar, para que esta posteriormente se concretara en planes, programas, políticas públicas, leyes, decretos y fueran aplicados en los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas.

En virtud de expedición de la Ley 1620 de 2013 sobre la convivencia escolar, surge la obligación para las Instituciones Educativas de tener un documento guía que señale los derechos, los deberes, las garantías de protección y la ruta de atención a los casos de violencia escolar, documento llamado: "Manual de Convivencia".

Para el abordaje del tema en comento, se desarrollará la temática relacionada con la comunidad educativa definida como:

un grupo social histórico, que refleja una cultura pre-existente al investigador; que posee una cierta organización, cuyos grados varían según el caso, con intereses y necesidades compartidos; que tiene su propia vida, en la cual concurre una pluralidad de vidas provenientes de sus miembros; que desarrolla formas de interrelación frecuentes marcadas por la acción, la afectividad, el conocimiento y la información. No debe olvidarse que, como parte de su dinámica, en esas relaciones internas puede también llegar a situaciones conflictivas conducentes a su división, su disgregación y a la pérdida de identidad (Montero, 2004, p. 43).

La comunidad educativa es un espacio donde se forma al ser humano desde niño para que finalmente contribuya en la construcción de la sociedad con su actuar; y

es en los Manuales de Convivencia como documento guía, donde se deben concretar las políticas de Estado que contrarresten esta problemática.

En primer lugar, se analizará el fundamento jurídico de la Convivencia Escolar en Colombia desde 1991 con la Constitución Política y la promulgación en el año 2013 de la Ley de Convivencia Escolar, la cual tiene como objetivo crear un desarrollo libre de la persona en derechos y deberes, que origine una idónea convivencia escolar, así como una formación ciudadana. Además, tiene como objetivo educar en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos a los niños, niñas y adolescentes miembros de la comunidad educativa. Igualmente diseña las rutas de atención que permitan la promoción, prevención, atención, detección y manejo de las conductas que vayan en contra de la misma convivencia escolar en los establecimientos educativos (Montero Espinoza, 1984).

En segundo lugar, se identificarán las principales falencias técnicas y jurídicas al momento de elaborar el manual de Convivencia, principal documento donde se concreta la política de convivencia escolar, a fin de corregir y dar soluciones a las vulneraciones y desconocimiento de derechos fundamentales.

Para concluir, se presentará una propuesta de los aspectos importantes que deben adicionarse en los manuales de Convivencia y que permitirán que el proceso disciplinario sea garantista del Debido Proceso.

ASPECTOS GENERALES

Las agresiones en las instituciones educativas fueron inicialmente analizadas en 1978 en el libro del Autor Olweus: "Aggression in the schools". (Olweus, 1978). Posteriormente Ana María Sanabria, define la violencia en el ámbito escolar como un "fenómeno estudiado por investigadores desde diferentes enfoques, teorías, metodologías y objeto de múltiples definiciones, concepciones, descripciones, tratamientos e intervenciones que muestran por un lado, el conocimiento acumulado sobre la diversidad compleja del fenómeno, y por el otro lado las posibles dificultades de su comprensión en las comunidades educativas, y entre los investigadores mismos y las instituciones públicas, que señalan a través de las políticas públicas y programas su manejo y tratamiento (Montero Espinoza, 1984).

Investigaciones en Colombia, como la realizada por Luis Evelio Castillo, evidencia dos grandes períodos con intereses y objetivos muy distintos:

en el primero, que comprende los años ochenta y noventa, a partir de estudios estadísticos referencialmente cuantitativos, se buscó responder interrogantes como la incidencia del contexto social, los actores, el origen, las manifestaciones, las consecuencias y los factores que inciden en la violencia que ocurre en la escuela. En el segundo período, del año 2000 en adelante, los estudios se orientan a la comprensión del fenómeno desde una perspectiva más integral en la cual, además de los estudios estadísticos, se empiezan a tener en cuenta la voz de los actores y sus diferentes formas (enfoques) de comprender la realidad (Castillo Pulido, 2011, p. 22).

Debido a los antecedentes que evidenciaron en su momento la problemática, Colombia expidió el fundamento normativo de la Convivencia Escolar, que tiene como objetivo contribuir al mejoramiento de la convivencia escolar y a la búsqueda de la paz; una problemática que afecta el contexto educativo, y se convierte en un obstáculo en la dinámica formativa debido a los diferentes tipos de violencia escolar que sufren los integrantes de las instituciones educativas, como: estudiantes, docentes, directivas docentes, padres de familia y personal administrativo; generando consecuencias académicas y psicológicas graves en el corto y largo plazo.

Por esta razón, no es fácil lograr disminuciones efectivas en estos tipos de violencia, incluso algunas estrategias y políticas educativas no han encontrado cambios significativos en el problema, principalmente porque es serio y sistemático este fenómeno o acoso escolar como lo menciona la Ley 1620 de 2013. (Ley de Convivencia Escolar, 2013).

Ha sido el Ministerio de Educación Nacional el encargado de crear planes, programas, proyectos y políticas públicas que contrarresten la violencia escolar. Los objetivos primordiales del Ministerio son:

la formación integral de los estudiantes para que en el futuro sean sujetos activos, participativos y respetuosos en la sociedad, igualmente hacer coherentes las prácticas de formación para la convivencia con el discurso teórico, contribuir a la disminución de la distancia entre la teoría y la práctica, entre las razones y los quehaceres y a convertir en realizaciones, las conceptualizaciones sobre la convivencia escolar (MEN, 2002, p. 2).

ANÁLISIS DE LAS FUENTES JURÍDICAS DE LA CONVIVENCIA ESCOLAR EN COLOMBIA

Con la Constitución Política de Colombia de 1991, se realizó una reforma constitucional, específicamente en el tema de la consagración y protección de los derechos fundamentales, incluso se categorizó como tal la Paz en el Artículo 22 de dicho ordenamiento Constitucional, y la educación como un derecho económico, social y cultural igualmente de protección especial.

A manera de preámbulo, “se define la convivencia escolar, indicando que ésta surge como la necesidad de que la vida en común, propia de los escenarios educativos (relaciones profesores-alumnos, alumnos profesores, alumnos-alumnos y escuela-familia), se desarrolle bajo lineamientos de respeto entre todos los actores; y como la necesidad de que las normas democráticas que la escuela propicia se dinamicen de forma tal que la propia convencionalidad de las reglas” (Del Rey, 2009, p.12).

En Primer lugar, la Constitución Política de Colombia de 1991, como Ley suprema, en su parte Dogmática (filosofía del Estado, conjunto de principios, derechos y valores), es la fuente principal de los manuales de convivencia en la vida escolar. Los aportes que hace a las instituciones educativas son la categorización de la educación como un derecho de toda persona y un servicio público que tiene una función social (Constitución Política, 1991).

En segundo lugar, señala claramente los fines de la educación, las responsabilidades del Estado, la sociedad y la

familia; su obligatoriedad; los alcances de la gratuidad; la obligación que le corresponde al Estado y la concurrencia de la nación y las entidades territoriales en su dirección, financiación y administración.

En tercer lugar, fija los derechos de los particulares para fundar establecimientos educativos, la participación de la comunidad educativa, la calidad de los educadores, los derechos de los padres de familia, la educación bilingüe de los grupos étnicos, la erradicación del analfabetismo y la educación especial.

Posteriormente se expidió la Ley 115 de 1994 del 8 de febrero de 1994, Ley General de educación impulsada por el cambio constitucional de 1991 al haber transferido la Constitución de 1991 la facultad del Presidente de la República de regular y de ejercer la inspección y vigilancia de la educación al Congreso de la República. Fue así como modificó una tradición constitucional más centenaria en este caso la Carta de 1886 y en adelante, el Presidente de la República, modificó una en materia educativa relacionada con la Inspección y vigilancia de la enseñanza y estableció que esta debe ceñirse a la Ley.

El principal aporte que hace esta Ley a las Instituciones Educativas es la conceptualización de los principios generales y fines de la educación, organización académica y pedagógica, organización administrativa, financiera y derechos y garantías e inspección y vigilancia de la educación. El aporte jurídico materia de esta propuesta de investigación es que al desarrollar el derecho fundamental a la educación acoge los tratados internacionales y figuras jurídicas como el “debido proceso, eje fun-

damental en la materialización del derecho sustancial como derecho fundamental” (Constitución Política, art 29, 1991, p. 22).

Puntualmente esta Ley de educación insertó el tema de convivencia de manera general en el artículo 5 relacionado con los Fines de la educación, fundamentado en el artículo 67 de la Constitución Política. Señaló que la educación se desarrollará atendiendo entre otros: “la formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad” (Ley General de Educación, 1994,p.1)

En el Artículo 16 referido a los objetivos específicos de la educación preescolar, señala que: “El desarrollo de la capacidad para adquirir formas de expresión, relación y comunicación y para establecer relaciones de reciprocidad y participación, de acuerdo con normas de respeto, solidaridad y convivencia” (p. 3). El Artículo 20 como objetivos generales de la educación básica busca “propiciar el conocimiento y comprensión de la realidad nacional para consolidar los valores propios de la nacionalidad colombiana tales como la solidaridad, la tolerancia, la democracia, la justicia, la convivencia social, la cooperación y la ayuda mutua” (Ley General de Educación, 1994, p. 5); tenemos otros artículos como el 21 y 30 que relacionan tangencialmente el tema.

Consecutivamente, se expidió el Decreto 1860 de 1994, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley

115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos; generales, desarrollando el derecho fundamental a la educación que lleva en su esencia el Proyecto Educativo Institucional como documento soporte del proceso educativo apoyado en los manuales de convivencia de cada institución; consagrando: “El reglamento o manual de convivencia debe contener una definición de los derechos y deberes de los alumnos y de sus relaciones con los demás estamentos de la comunidad educativa” (Decreto 1860 de 1994, artículo 17, p. 5).

De igual forma, en el 2004, el Ministerio de Educación Nacional puso en marcha el Programa Nacional de Competencias Ciudadanas, “el cual involucró la educación cívica y ciudadana, y le proponía a todas las instituciones educativas del país la idea de que, al ser parte de la vida cotidiana de estudiantes, maestros y padres, “la educación cívica y ciudadana debe basarse en competencias y no exclusivamente en conocimientos” (Jaramillo, 2009, p. 5)

De otra parte, la Ley 1098 de 2006 Fuente especificada no válida; creó un espacio especial de protección a la infancia y la adolescencia, erigiendo el camino jurídico para que leyes como la de convivencia escolar, sean un complemento a Padres de Familia, Tutores y Acudientes a que se involucren en el desarrollo de los educandos, teniendo en cuenta que este tipo de situaciones son corresponsabilidad de las familias, el Estado y la Sociedad. Igualmente, la citada Ley fue creada para definir sus aportes a la convivencia escolar que servirán de argumentos jurídicos para que las mismas instituciones educativas organicen coherentemente sus actuaciones frente a vulneraciones de

derechos humanos que literalmente, incorporadas en los Manuales de Convivencia marquen un camino ajustado al derecho (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006).

En esta Ley, se consagró en el Artículo 41 las obligaciones del Estado, entendido este como el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes y señaló:

En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá “promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social y formar a los niños, las niñas y los adolescentes y a las familias en la cultura del respeto a la dignidad, el reconocimiento de los derechos de los demás, la convivencia democrática y los valores humanos y en la solución pacífica de los conflictos” (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006, p. 12)

Igualmente, el Artículo 43 del citado Código señala, la obligación ética fundamental de las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006).

Sorprende el caso Colombiano, específicamente por parte del Ministerio de Educación Nacional, que casi dos décadas luego de promulgada la ley general de educación, siga existiendo una evidente problemática estudiantil. (Ministerio de Educación Nacional, 2002).

Por lo anterior, y debido al aumento de conductas de violencia en las aulas de clase como el acoso escolar, antes de la expedición de la ley 1620 del 15 de marzo de 2013 y su decreto Reglamentario 1965, el Ministerio de Educación consultó a las secretarías de educación del país con el objetivo de indagar las problemáticas y aspectos importantes que se debían consagrar en una ley de convivencia escolar; proceso dividido en cuatro fases: la primera fue la etapa de redacción del documento desde el dos de abril al quince de julio de 2013; la segunda fue la etapa de revisión y consulta mediante encuentros regionales del quince de julio al cinco de agosto de 2013; la tercera fue la etapa de expedición del decreto reglamentario el nueve de septiembre de 2013, en el marco de la semana por la paz y la última correspondió al acompañamiento para la implementación de la ley y su decreto reglamentario en las Secretarías de Educación y en las instituciones educativas del país desde septiembre de 2013 a mayo de 2014.

Este proceso fue impulsado por el Ministerio de Educación, bajo la dirección del Ministerio en cabeza de María Fernanda Campo Saavedra; en medio del desarrollo del proceso de paz en La Habana (Cuba).

En el concepto de esta propuesta educativa se consideró la ley de convivencia escolar como una de las primeras manifestaciones del posconflicto, debido a que sus objetivos están orientados a la búsqueda de la paz como un elemento transversal, e importante para aplicar en las comunidades educativas del país, a partir de elementos como la ideología de género; la inclusión y el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos.

Los aportes principales de la Ley 1620 del 15 de marzo de 2013 son, el de crear el comité escolar de convivencia, el de nombrar dicho comité como la instancia que fomenta la armonía, buenas relaciones y la convivencia, el promover actividades de orientación, asesoría para fortalecer el crecimiento en valores de los integrantes de la comunidad educativa, de evaluar y mediar los conflictos que se presenten dentro de las instituciones educativas y llevar a cabo el seguimiento del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el manual de convivencia, y en casos especiales, previo análisis y mérito, establecer las relaciones con entes estatales, como las distintas especialidades de la justicia.

La Ley de convivencia establece en concordancia con las anteriores herramientas, los lineamientos para la incorporación en el Manual de Convivencia de las instituciones educativas; así como las disposiciones para el manejo de conflictos que degeneran la convivencia escolar, los derechos fundamentales, sexuales y reproductivos de la comunidad educativa.

Recapitulando, la Ley 1620 de 2013 define tareas específicas de las instituciones educativas que, realizadas correctamente, irán disminuyendo la posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad educativa y en caso de ser afectados, acudir a la administración de justicia con prontitud y responsabilidad. Entre estas tareas, cabe mencionar que las instituciones educativas como entes públicos o privados deben dar cumplimiento a la ley, en aras de fortalecer la formación ciudadana y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los

estudiantes de los niveles educativos de preescolar, básica, y media; prevenir y mitigar la violencia escolar y el embarazo en la Adolescencia, las instituciones educativas competentes son las únicas que puedan dar seguridad al cumplimiento de los fines del Estado Social de derecho.

En este mismo sentido, la Ley 1620 de 2013 presenta la misión del servicio público educativo, desde la perspectiva del Estado social de derecho, cuyo objeto es contribuir a la formación del ciudadano activo que aporte a la construcción de una sociedad democrática, participativa, pluralista e intercultural, en concordancia con el mandato constitucional y la Ley General de Educación; mediante la creación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar.

La ley citada, igualmente define las problemáticas presentes en las instituciones educativas que abordan los manuales de convivencia:

1. Las competencias ciudadanas como uno de los fundamentos básicos y conjunto de conocimientos y de habilidades cognitivas, emocionales y comunicativas que, articulados entre sí, hacen posible que el ciudadano actúe de manera constructiva en una sociedad democrática.

2. Educación para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos como aquella orientada a formar personas capaces de reconocerse como sujetos activos titulares de derechos humanos, sexuales y reproductivos con la cual desarrollarán competencias para relacionarse consigo mismo y con los demás, con criterios de respeto por sí mismo, por el otro y por el

entorno, con el fin de poder alcanzar un estado de bienestar físico, mental y social que les posibilite tomar decisiones asertivas, informadas y autónomas para ejercer una sexualidad libre, satisfactoria, responsable y sana en torno a la construcción de su proyecto de vida y a la transformación de las dinámicas sociales, hacia el establecimiento de relaciones más justas, democráticas y responsables.

3. Acoso escolar o bullying como aquella conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña, o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado (Ley de Convivencia Escolar, 2013).

Debe destacarse, como lo indica la literatura científica sobre la materia, este fenómeno (conocido también como acoso escolar o “bullying”) es la agresión repetida y sistemática que ejercen una o varias personas contra alguien que usualmente está en una posición de poder inferior a la de sus agresores. Esta deliberada acción sitúa a la víctima en una posición en la que difícilmente puede escapar de la agresión por sus propios medios (Sentencia T 478, 2015).

De otra parte, continuando con el análisis, el acoso escolar, puede ocurrir por parte de docentes contra

estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo.

Complementando lo anterior, el Decreto 1965 de 2013 que reglamentó la Ley 1620 de 2013, reguló el funcionamiento del sistema nacional de convivencia escolar y los lineamientos generales bajo los cuales se deben ajustar los Manuales de Convivencia de los establecimientos educativos, de acuerdo con lo ordenado en la Ley. Así como, otros aspectos relacionados con la participación de las entidades del orden nacional y territorial, establecimientos educativos, la familia y la sociedad dentro del sistema nacional de convivencia escolar (Decreto 1965, 2013).

El ámbito de aplicación del Decreto 1965 de 2013 son los establecimientos educativos oficiales y no oficiales de educación preescolar, básica y media del territorio nacional y demás instancias que conforman el sistema nacional de convivencia escolar; al mismo tiempo define la forma de construcción de los Manuales de Convivencia al exponer los lineamientos generales para su incorporación en los establecimientos educativos, las disposiciones sobre manejo de situaciones que afectan la convivencia escolar, los derechos humanos, sexuales y reproductivos.

Este decreto reglamentario, señala las rutas para la atención a las diferentes problemáticas de las instituciones educativas y conceptualiza términos importantes a la

hora de la elaboración y aplicación de los Manuales de Convivencia.

El primer término, se define el conflicto como las situaciones que se caracterizan debido a que hay una incompatibilidad real o percibida entre una o varias personas frente a sus intereses. Describe los conflictos manejados inadecuadamente como aquellas situaciones en las que estos no son resueltos de manera constructiva y dan lugar a hechos que afectan la convivencia escolar, como altercados, enfrentamientos o riñas entre dos o más miembros de la comunidad educativa de los cuales por lo menos uno es estudiante y siempre y cuando no exista una afectación al cuerpo o a la salud de cualquiera de los involucrados.

El segundo término, se define la agresión escolar como toda acción realizada por uno o varios integrantes de la comunidad educativa que busca afectar negativamente a otros miembros de la comunidad educativa, de los cuales por lo menos uno es estudiante. La agresión escolar puede ser física, verbal, gestual, relacional y electrónica.

Es evidente el interés del decreto reglamentario como el de la Ley 1620, por ordenar las instituciones educativas, y el interés de muchos educadores también por aportar a este ideal, de ello trata la siguiente referencia de una investigación realizada por maestros investigadores y cuyo tema principal fue el Manual de Convivencia y su incidencia en el mejoramiento de la educación pública, propuesta que fue financiada por la Universidad de Antioquia desde el comité para el desarrollo de la investigación, CODI

según acta de aprobación No. 311 de 15 de febrero de 1999 (Ariza, 1999).

No se puede dejar de lado que el último Decreto que expidió el gobierno nacional relacionado con el tema fue el que unificó el Sector Educación (Decreto 1075, 2015), en él se reiteró y estableció como fundamento que la producción normativa ocupa un espacio importante en la implementación de las políticas públicas, materializando las decisiones del Estado.

En el mismo sentido, la norma estableció como objetivos del Ministerio:

generar directrices, efectuar seguimiento y apoyar a las entidades territoriales para una adecuada gestión de los recursos humanos del sector educativo, en función de las políticas nacionales de ampliación de cobertura, mejoramiento de la calidad y la eficiencia del servicio educativo y la pertinencia" (Decreto 1075, 2015, p. 9), todo esto se hace efectivo a partir de la reglamentación de las instituciones educativas en su manual de convivencia.

El decreto citado también define que el manual de convivencia debe contener entre otros criterios de comportamiento entre los integrantes de la comunidad educativa que garanticen el mutuo respeto y procedimientos para formular quejas y reclamos al respecto y demás aspectos que reglamenten la convivencia en la institución respectiva.

Por lo anterior, los aportes fundamentales de esta investigación nacen de las consideraciones de los presupuestos de la Ley General de Educación, su

Decreto reglamentario 1860 de 1994 y del Decreto de Unificación Reglamentario del Sector Educativo 1075 de 2015; teniendo en cuenta como lo expresa la jurisprudencia:

la educación tiene una doble connotación. En primer lugar, como derecho, se constituye en la garantía que se inclina por la formación de los individuos en todas sus potencialidades, ya que a través de ésta el ser humano puede desarrollar y fortalecer sus habilidades físicas, morales, culturales, analíticas entre otras, y en segundo lugar, como servicio público, la educación se convierte en una obligación del Estado que es inherente a su finalidad social" (Sentencia T 715, 2014, p. 22).

IMPORTANCIA DE LOS MANUALES DE CONVIVENCIA

Los Manuales de Convivencia, son el documento que dirige las políticas educativas en cada una de las Instituciones de enseñanza, por esta razón son las directivas quienes tienen que elaborarlos y someterlos a las reglas del debido proceso en su aplicación; teniendo en cuenta que los mismos deben respetar las reglas constitucionales del debido proceso (Sentencia T 492, 2010).

Es sin duda, el derecho una fuente central para los Manuales de Convivencia; en su Artículo 73 la Ley 115 de 1994, señala de manera precisa, que cada establecimiento educativo deberá elaborar y poner en práctica un proyecto educativo institucional en el que se especifiquen entre otros aspectos, los principios y fines del establecimiento, los recursos docentes didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes

y el sistema de gestión. Directriz encaminada a cumplir y garantizar los derechos fundamentales de la comunidad educativa.

De igual manera en su Artículo 87 la Ley 115 de 1994, define el reglamento o Manual de Convivencia como la herramienta que los establecimientos educativos tendrán, en el cual se definirán los derechos y obligaciones de los estudiantes. Los padres o tutores y los educados al firmar la matrícula correspondiente en representación de sus hijos, estarán aceptando el mismo (Ley General de Educación, 1994).

De otra parte, la Corte Constitucional en sus fallos, la autonomía que tienen los establecimientos educativos públicos y privados en la expedición de reglamentos internos o Manuales de Convivencia (Sentencia T 430, 2007); ha reiterado que en su contenido no pueden transgredir los derechos fundamentales de los estudiantes. Por esta razón, el alto tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones frente a Acciones de tutelas interpuestas por los estudiantes argumentando la vulneración de derechos fundamentales como el Libre desarrollo de la Personalidad en los manuales de convivencia.

Al respecto, ha sido la Acción de Tutela un mecanismo de protección constitucional, y una herramienta para la revisión de los Manuales de Convivencia, con el propósito de verificar que estos no vulneren los derechos fundamentales de los educandos, tal como se ha señalado en varias providencias de este órgano Constitucional (Sentencia T 336 y T 759, 2005 y 2011).

La doctrina constitucional sobre la prohibición de incluir en los Manuales de Convivencia disposiciones que vulneren derechos como, el uso del cabello largo, han sido temas analizados por la Corte Constitucional, en garantía de los derechos fundamentales de los educandos (Sentencia T 1023, 2010). De la misma manera, en Sentencia T 738 de 2015 se estudió el caso de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la integridad física y mental, al libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y a la educación, al ubicar a dos hermanas en grupos distintos a pesar de encontrarse en el mismo curso (2° de primaria) por razones de conveniencia formativa. La cual se fundamentó en una norma del Manual de Convivencia escolar de la institución, introducida en 2015, que prohíbe que los hermanos que cursan el mismo grado sean ubicados en el mismo salón de clases.

Sin embargo, en razonable criterio también el máximo órgano Constitucional, ha señalado que la persona que ingresa a un centro educativo no solo puede exigir de este lo que corresponde, como calidad en la educación y una planta de docentes de nivel apropiado para el programa respectivo. También, está obligado a someterse a un reglamento académico y un régimen disciplinario, en el debido cumplimiento de los objetivos que orientan a la institución educativa, en procura de una convivencia escolar viable y ordenada, elementos que generan responsabilidad y razonable acatamiento, aún bajo consecuencias sancionatorias, determinadas en el mismo Manual de Convivencia y solo aplicables con ceñimiento al debido proceso.

22



Frente al procedimiento de elaboración de los Manuales de Convivencia, es requisito esencial para su adopción, estar precedidos de la participación de directivas, profesores, educandos y padres de familia (Sentencia T 565, 2013).

En la Sentencia T-478 de 2015 de la Honorable Corte Constitucional; se ha señalado que, para la elaboración de un Manual de Convivencia, este órgano Constitucional no es competente para ordenar a los colegios, el contenido de los mismos en la sentencia, simplemente hace relación a la autonomía de las instituciones educativas y las políticas internas.

Y finalmente, se ha puntualizado el hecho de que, en los Manuales de Convivencia, debe estar inserto la proporcionalidad y razonabilidad de las directrices implantadas en las instituciones para contribuir con la convivencia estudiantil (Sentencia T 625 y T 738, 2013 y 2015).

Una mirada en estudios como:

La figura del manual de Convivencia en la vida escolar, elementos para su comprensión” de Fernando Múgica y Viviana Mazuera, publicado por la Revista Científica Guillermo Ockham en junio 2006, marcan el inicio de la inquietud de la academia por el tema en cuestión (Valencia Murcia & Mazuera, 2006, p. 15)

De igual forma, en la investigación: Los Manuales de Convivencia en las instituciones oficiales de Antioquia, de Elizabeth Areiza y otros de la Universidad de Antioquia, en el año 1999, se evidencia que el papel

fundamental del docente es buscar alternativas desde el mismo salón de clase (Areiza Bedoya, 1999). Otros académicos como Celso Pérez, y Gloria Flores, han realizado estudios relacionados con la aplicación de las normas y sus efectos en el estudiante, publicado en la revista de orientación escolar de Bogotá en el año 1990 (Pérez, 1990).

PRINCIPALES FALENCIAS METODOLOGÍAS Y JURÍDICAS EN LA ELABORACIÓN DEL MANUAL DE CONVIVENCIA EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS

La metodología aplicada en la investigación fue de tipo cualitativo, con este método de investigación se lograron interpretar las realidades educativas estudiadas a partir de reuniones con los integrantes de las comunidades educativas y de las lecturas de los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas seleccionadas: Colegio Nuestra Señora del Rosario, Colegio Liceo La Presentación, Colegio de Sugamuxi, Institución Educativa Silvestre Arenas, Institución Educativa Magdalena e Instituto Integrado Joaquín González Camargo, estas instituciones educativas fueron las que permitieron hacer un análisis de sus manuales de convivencia.

Se realizó un análisis del lenguaje empleado por los actores participantes y el significado que ellos dieron a las conductas en los Manuales de Convivencia. Las características generales encontradas en ellos enmarcaron la sana intención de potenciar las iniciativas de construcción de la democracia escolar, planteada por la Ley General de Educación 115 de 1994 y su Decreto reglamentario 1860.

23

Se evidenció que dichos Manuales pertenecientes a las instituciones seleccionadas presentan un modelo similar en su elaboración, que no permite ajustarse a las necesidades de cada uno de los miembros de la comunidad educativa debido a que estos, expresan un conjunto de derechos, deberes, sanciones, prohibiciones, conductas deseables y rechazables, de carácter autoritario, que obligan tanto a estudiantes, como a profesores y padres de familia al cumplimiento estricto de lo que allí se plantea.

Estos reglamentos presentan una operación de dirección de arriba hacia abajo, desde las directivas, docentes hasta los estudiantes, alejándose de la función social como referentes para la solución de conflictos que debe cumplir los Manuales de Convivencia al interior de la comunidad educativa.

24 Tanto la Institución Educativa como el estudiante y su familia deben respetar las reglas que de común acuerdo han elegido para que rijan la convivencia de su comunidad educativa. Ninguno de los integrantes de las instituciones puede sustraerse al imperio de esas normas, salvo que ellas desconozcan preceptos superiores, como aquellos que se encuentran en la Carta Política.

En este orden de ideas, en cualquier caso en el que se tome una decisión con base en una norma del Manual de convivencia, se requiere el respeto por normas básicas del debido proceso señaladas en el Artículo 29 Superior, como son la información o notificación, el derecho de defensa, el derecho de contradicción y el principio de legalidad (Sentencia T 492, 2010).

En atención al anterior criterio jurisprudencial, las debilidades principales encontradas en la lectura de los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas seleccionadas, son un marcado desconocimiento de los principales elementos del debido proceso; del funcionario o instancia correspondiente, carencia de articulados propios para cada procedimiento. Un elemento que viene incluso desde el tratado internacional y desarrollado en la Constitución Política de Colombia denominado presunción de inocencia, elemento desconocido (Constitución Política, art. 29, 1991).

De igual forma el derecho a la defensa necesita un capítulo especial en los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas seleccionadas. Debido a que los estudiantes son llevados a dichos procesos de manera individual e investigada de manera estricta, sin tener en cuenta que es un proceso donde en su mayoría son investigados menores de edad.

En cuanto al debido proceso, dichos Manuales contienen elementos básicos que a juicio de esta propuesta investigativa y al ser la educación un servicio público con inspección y vigilancia del Estado, debe hacerse remisión al Código General del Proceso (Ley 1437, 2011) y Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011).

En materia probatoria, no existe la presentación de pruebas y la contradicción de las mismas; no existe una etapa de impugnación de la decisión por parte de la autoridad correspondiente. Así mismo, las

decisiones asumidas por el Rector o el Coordinador de Convivencia, deberían ser susceptibles de los recursos de reposición y de apelación.

La Ley General de Educación, asignó a los establecimientos educativos públicos y privados un poder de reglamentación dentro del marco de su actividad, con el fin de regular detalladamente las relaciones jurídicas entre los diferentes miembros de la comunidad educativa. Sin embargo, ha dicho la Corte Constitucional que los Manuales de Convivencia que elaboran los establecimientos educativos en ejercicio de este poder reglamentario y que, entre otras cosas, establecen derechos y deberes de los educandos, así como, las condiciones de ingreso y continuidad en el plantel, encuentra su límite en los derechos fundamentales de los alumnos. Así que, estos Manuales no pueden imponer compromisos contrarios a la Constitución Política, ni establecer reglas que atenten contra la libertad, la autonomía y la intimidad, etc.

En coherencia con lo señalado anteriormente, debe entenderse que, según lo ha considerado la Corte Constitucional, es legítimo que las instituciones educativas regulen aspectos del servicio público que prestan a través de los Manuales de Convivencia, pero les está prohibido por la Constitución Política que, a través de dicha reglamentación, se vulneren los derechos fundamentales de los educandos (Sentencia T 492, 2010).

Otra falencia encontrada, tiene que ver con el procedimiento para la elaboración del Manual de Convivencia, que exige la convocatoria de representantes de toda

la comunidad educativa (directivos, docentes, padres de familia, estudiantes, exalumnos), de ahí emana un lineamiento imprescindible ya mencionado anteriormente, y que la Ley General de Educación, en su artículo 87, define como el alcance del reglamento o Manual de Convivencia, el cual configura su poder vinculante.

De otra manera, con el fin de garantizar la vigencia del principio democrático, la adopción de los Manuales de Convivencia en planteles estatales es una función encomendada al Consejo Directivo de cada Institución (Decreto 1860 de 1994, Artículo 23, 1994); conformado por el rector, por representantes de los docentes, de los padres de familia y de los estudiantes, así como de los ex alumnos y de los sectores productivos organizados en el ámbito local (Decreto 1860, Artículo 24, 1994). Por esta razón, al no surtir la etapa de la convocatoria, es irregular la vinculación debido a que no se contó con la representación de cada miembro de la comunidad educativa.

Luego de más de veinte años, se expide el Decreto Único para el sector educación, en el que se hicieron modificaciones al Decreto 1860 de 1994; en su artículo 2.3.3.1.4.4 fundamentado en los artículos 73 y 87 de la Ley 115 de 1994 la obligación que tienen todos los establecimientos educativos de contener como parte integrante de su organización un proyecto educativo institucional un reglamento o manual de convivencia que debe contener una definición de los derechos y deberes de los alumnos y de sus relaciones con los demás estamentos de la comunidad educativa (Decreto 1075, 2015).

25

En materia de educación, las obligaciones que el ordenamiento jurídico colombiano impone a los padres no se limitan a la inscripción de los menores en el ciclo básico obligatorio. Durante ese ciclo, en los grados que lo preceden en la educación formal -maternal y párvulos-, y en los que le siguen; los padres y acudientes deben cumplir con las obligaciones que les impone la ley en desarrollo del Estatuto Superior, las que se derivan para ellos del Manual de Convivencia de cada establecimiento y las que se incluyen en el contrato de matrícula para cada uno de los períodos escolares.

Es precisamente un tema de importancia, por tratarse de la formación de sus hijos o pupilos, donde las obligaciones de los padres, acudientes y estudiantes van acompañadas de derechos y, entre ellos, se encuentra el de participar en la dirección de las instituciones de educación; tan importante que el Constituyente, lo desarrolló de manera especial en el Artículo 45:

El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”, y en el 68 para los miembros de la comunidad educativa (Sentencia T 500, 1998, p.19).

PROPUESTA PARA MATERIALIZAR EL DERECHO SUSTANCIAL CUANDO SE VULNERAN DERECHOS HUMANOS EN LA CONVIVENCIA ESCOLAR

La primera parte de la propuesta es convocar y realizar mesas de trabajo entre los diferentes organismos del

Ente territorial certificado: Alcaldía; Secretarías locales de salud; Secretaría de Educación; Secretaría de Cultura; Secretaria de la Mujer; Personería Municipal; Empresa social del estado; entidades prestadoras de salud; rectores de las instituciones educativas; el cuerpo de policía de infancia y adolescencia; los presidentes de las asociaciones de padres de familia de las instituciones educativas y los personeros estudiantiles.

Esta mesa de trabajo se organiza con el objetivo principal de socializar la Ley 1620 de 2013, su Decreto reglamentario 1965 de 2013 y en un segundo momento; definir los planes de manejo y de acción con el propósito de poder prevenir y solucionar las problemáticas vigentes en los establecimientos educativos, teniendo en cuenta las directrices de la mencionada Ley de convivencia escolar. De este modo, aplicar los principios del servicio público en Colombia que desde el derecho administrativo busca que las autoridades en virtud del principio de coordinación concreten sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011).

Tales iniciativas pueden ser desarrolladas por medio de programas, proyectos, convenios interadministrativos, acuerdos, decretos que tengan como objeto la prevención de la violencia escolar, el bullying o acoso escolar, intentos de suicidio, violencia intrafamiliar, consumo de sustancias psicoactivas y embarazo en adolescentes.

Debe precisarse, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, que el cumplimiento del componente de aceptabilidad, en la dimensión correspondiente a la garantía de la calidad educativa, debe examinarse en el marco de los consensos a los que haya llegado cada sociedad acerca de sus prioridades en materia educativa. El deber estatal de reglamentar los estándares mínimos que regirán la prestación del servicio educativo, tiene especial importancia a la hora de verificar el cumplimiento del componente de aceptabilidad educativa en su faceta de calidad en un caso concreto.

Establecidos esos presupuestos básicos, la tarea del Estado consistirá en asegurar su plena observancia, de conformidad con el principio de progresividad y prohibición de retroceso intrínsecos a la cobertura de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales, como la educación.

Por lo demás, la Corte Constitucional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia han considerado que una educación aceptable implica: un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y la capacitación de los docentes (Sentencia T 743, 2013).

Se propone que los procesos de convivencia escolar surtidos en cada institución educativa tengan un término máximo de diez días hábiles y que observen al menos los siguientes elementos básicos:

La falta ya sea como queja o por conocimiento de oficio debe tener: Indagación anticipada o preliminar, apertura del proceso en atención a la Ley 1620 y su Decreto reglamentario 1965 de 2013, surtir las debidas comunicaciones y notificaciones, etapa probatoria: pruebas testimoniales; pruebas documentales; pruebas periciales o de experticia; decisión de primera instancia; agotamiento de recursos; decisión de segunda instancia y ejecución de la sanción.

Y finalmente, debe darse la oportunidad para acudir a la vía judicial; todo esto en garantía del debido proceso administrativo, el cual hace referencia a la obligación de todas las autoridades de actuar conforme a los procedimientos que previamente han sido establecidos en la ley; con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de aquellas personas que pueden resultar afectadas por sus decisiones.

Es decir, dichas garantías están enfocadas en salvaguardar el correcto y adecuado ejercicio de la función administrativa, conforme a preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes establecidos en el Artículo 209 de la Constitución Política. Así como, los derechos de los ciudadanos, para evitar que con la expedición de los actos administrativos se lesionen derechos o contraríen los principios del Estado de Derecho (Sentencia T 715, 2014).

Atendiendo el anterior criterio jurisprudencial; se propone un proceso ajustado a derecho; en beneficio de la comunidad educativa que garantice un debido proceso y la concreción del derecho sustancial. Esto necesariamente debe materializar los postulados de

acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos, la imparcialidad y la autonomía e independencia, entre otras.

De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cual es aplicable para el derecho procesal en la convivencia escolar desarrollado en esta investigación solamente para las instituciones públicas, para las de tipo privado se reglamenta por la jurisdicción ordinaria.

CONCLUSIONES

La aplicación de la Ley 1620 de 2013 de Convivencia Escolar y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013 es baja de acuerdo a los resultados obtenidos en las indagaciones realizadas en las Instituciones Educativas. Ello se evidencia en dos fuentes principales. La primera, la visita a las comunidades educativas y la lectura a los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas seleccionadas. La segunda es la falta de un plan de capacitación a las directivas y docentes de las instituciones educativas seleccionadas; esto se evidencia en la ausencia de una programación por parte de la oficina de calidad educativa de la secretaría de educación certificada, encargada de la capacitación.

Colombia hace parte de los países en donde la influencia de la vida social y familiar legitima la ofensa, el maltrato, la burla, los apodos, los golpes, la agresión

en sus diferentes formas, el menosprecio, el acoso escolar, el ciberbullying y la exclusión, como también el consumo y el expendio de sustancias psicoactivas, las cuales influyen de una manera determinada en las prácticas en las relaciones humanas, afectando la convivencia escolar. A pesar de esta situación el Ministerio de Educación Nacional tampoco posee cronogramas de socialización de la Ley 1620 de 2013 de convivencia escolar y su decreto reglamentario 1965 de 2013. Ello se evidencia en la página oficial de dicha entidad donde no existe tal programación para el año 2017.

Al realizar la lectura de los Manuales de Convivencia de las instituciones educativas seleccionadas, se evidencian pocos aportes de otros miembros de la comunidad educativa como estudiantes y padres de familia. A pesar de que los mecanismos para la resolución de conflictos se encuentran conceptualizados en la Constitución Política de Colombia; en la Ley General de educación; en la Ley 1620 de 2013 y en el Decreto reglamentario 1965 de 2013, no son efectivos si son desconocidos por los miembros de la comunidad educativa.

Otro aspecto por destacar es la carencia de espacios idóneos que permitan el empoderamiento de los líderes estudiantiles, el ejercicio de la autonomía, las competencias ciudadanas y la responsabilidad en medio de la construcción de la paz.

Actualmente, en toda institución educativa oficial del país, existe una planta de personal conformada por directivos docentes, docente orientador y docentes de aula, pero no aparece la Asesoría Jurídica en tales



cargos. Esto se logró evidenciar en el organigrama de personal que aparecen en los diferentes Manuales de Convivencia de las instituciones educativas seleccionadas. Por ello, se sugiere a las secretarías de educación de cada entidad certificada, contar con los servicios de un abogado idóneo para asesorar cada institución, debido a que en el ejercicio de la educación se interviene en sujetos de especial protección los niños, niñas y adolescentes. Estos, deben recibir un trato especial en las diferentes actuaciones administrativas pero que son en la mayoría de los casos desconocidas pues en las mismas instituciones hay falencias en el manejo de asuntos de naturaleza jurídica.

La formación, capacitación, actualización y perfeccionamiento de los educadores en servicio debe contribuir de manera sustancial al mejoramiento de la calidad de la educación, a su desarrollo y crecimiento profesional, y estará dirigida especialmente a su profesionalización y especialización para lograr un mejor desempeño, mediante la actualización de conocimientos relacionados con su formación profesional. Así como la adquisición de nuevas técnicas y medios que signifiquen un mejor cumplimiento de sus funciones.

Al respeto, "como lo muestran varios de los estudios, los profesores, y quienes se están formando para serlo, requieren formación que les permita identificar y diferenciar los diversos tipos de agresión que ocurren en el contexto escolar y contar con herramientas prácticas para prevenir y responder adecuadamente a este tipo de situaciones. Los currículos de formación de docentes deben promover una comprensión clara y un manejo adecuado de estos temas. Todo profesor

recién graduado de su licenciatura, en cualquier área, debe ser capaz de promover un clima constructivo en sus aulas, manejando constructivamente cualquier situación de agresión o indisciplina y promoviendo que los mismos estudiantes aprendan a frenar situaciones de maltrato entre compañeros". (Claux, 2011).

Por esto, las jornadas jurídicas han de ser un pilar en los distintos planes de capacitación docente de las entidades certificadas y desde las oficinas de calidad educativa de cada Secretaría de Educación han de tener dicha asistencia; debido a que una es una de las mayores deficiencias al momento de la aplicación y apropiación de la Ley de Convivencia Escolar.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovay, R. (2002). *Violences in the Schools*. Brasilia: Unesco.

Amaya Alzate, J. (1984). *Manual de legislación educativa*.

Areiza Bedoya, E. C. (1999). *Los Manuales de Convivencia Escolar en la Educación en Antioquia*. Educación y Pedagogía, 141.

Ariza, E. (1999). *Los manuales de convivencia en las instituciones oficiales de Antioquia*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Asamblea Nacional Constituyente (14 de julio de 1991) *Constitución Política de 1991*. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Avella Sanabria, E. (30 de enero de 2017). *Calidad Educativa de la Secretaría de Educación y Cultura de Sogamoso*. (W. A. Amaya, Entrevistador)

Castillo Pulido, L. E. (2011). *El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones*. Revista Internacional de Investigación en Educación, 415-428.

Cerezo Ramírez, F. (2006). *Análisis comparativo de variables socio-afectivas diferenciales entre los implicados en bullying*. Anuario de Psicología Clínica y de la Salud, 27-34.

Claux, R. (2011). *Múltiples Perspectivas sobre un Problema Complejo*. PSYKHE, 79-86.

Congreso de la República (15 de marzo de 2013), *Ley de Convivencia Escolar*, Ley 1620 de 2013. Diario Oficial No. 48.733

Congreso de la República (18 de enero de 2011), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47.956



Congreso de la República (8 de febrero de 1994), Ley General de Educación, Ley 115 de 1994. Diario Oficial No. 41.214.

Congreso de la República (8 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 Diario Oficial No. 46.446.

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (15 de septiembre de 1998), Sentencia T- 500 (M.P Gaviria Díaz C.G).

Corte Constitucional, Sala novena de Revisión. (16 de septiembre de 2014) Sentencia T- 715 (M.P Pretelt Chaljub J.I.).

Corte Constitucional, Sala novena de Revisión. (23 de octubre de 2013), Sentencia T- 743 (M.P Vargas Silva L. E.).

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (23 de agosto de 2013), Sentencia T- 565 (M.P Vargas Silva L.E.).

Corte Constitucional, Sala octava de Revisión. (15 de octubre de 2014) Sentencia T- 795 (M.P Sachica Medez M.V.).

Corte Constitucional, Sala octava de Revisión. (30 de abril de 2003) Sentencia T-336 (M.P Tafur Galvis A.)

Corte Constitucional, Sala quinta de Revisión. (3 de agosto de 2015), Sentencia T- 478 (M.P. Ortiz Delgado G.E).

Corte Constitucional, Sala séptima de Revisión. (16 de mayo de 2013), Sentencia T- 283 (M.P Pretelt Chaljub J.I..).

Corte Constitucional, Sala séptima de Revisión. (11 de septiembre de 2013), Sentencia T- 625 (M.P Pretelt Chaljub J.I.).

Corte Constitucional, Sala séptima de Revisión. (16 de junio de 2010), Sentencia T- 492 (M.P Pretelt Chaljub J.I.).

31

Corte Constitucional, Sala sexta de Revisión. (29 de mayo 2007), Sentencia T- 430 (M.P Pinilla Pinilla Nilson).

Corte Constitucional, Sala tercera de Revisión. (30 noviembre de 2015), Sentencia T- 738 (M.P Guerrero Pérez L. G.).

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (10 de diciembre de 2010), Sentencia T-1023 (M.P Henao Perez J.C.).

Del Rey, O. (2009). Convivencia escolar: fortaleza de la comunidad. Revista interuniversitaria, 159-180.

Jaramillo, R. (2009). Educación cívica y ciudadana como respuesta a la violencia en Colombia. Formación de docentes para la educación en valores y ciudadanía, 1120-1134.

Ministerio de Educación Nacional. (2002). Instituciones educativas y realidad social: problemáticas sociales. Obtenido de: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-87818.html>

Ministerio de Educación Nacional. (2002). Política Educativa para la formación escolar en convivencia. Bogotá.

Ministerio de Educación Nacional. (2013). Política de calidad de educación [en línea] No. 1. Obtenido de: http://www.mineducacion.gov.co/1759/articles326662_archivo_pdf_Dia1_No_1_Regl

Montero Espinoza, V. (1984). Aspectos de la Planificación en la Administración Educativa. Educar-Uab, 35.

Montero, M. (2004). Introducción a la psicología Comunitaria. Desarrollo, conceptos y procesos. Buenos Aires: Paidós.

Olweus. (1978). Aggression in the schools.

Pérez, C. y. (1990). La aplicación de las normas y sus efectos en el estudiante. Revista de Orientación Escolar, Bogotá.

Pinheiro. (2006). Informe Mundial sobre la violencia contra niños y niñas. UNICEF.

Presidencia de la República (11 de septiembre de 2013), Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar". Decreto 1965.

Presidencia de la República (26 de mayo de 2015) Decreto Único Reglamentario del Sector Educación. Decreto 1075

Presidente de la República (3 de agosto de 1994), "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales" Decreto 1860.

Sanabria, A. M. (2014). Violencia en el ámbito de la comunidad escolar desde la literatura especializada y las Políticas Públicas Colombianas. Chile: Universidad de Chile.

UNESCO. (2017). Informe de seguimiento de la educación en el Mundo. París: Unesco.

Valencia Murcia, F., & Mazuera, V. (2006). La figura del Manual de convivencia en la vida escolar. Guillermo de Ockham, 119.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



Soluciones Innovadoras Locales para la Reducción de la Pobreza

INNOVATIVE LOCAL SOLUTIONS FOR POVERTY REDUCTION

RESUMEN

Julio Armando Rodríguez Ortega¹

La panorámica mundial muestra grandes deficiencias económicas y sociales, presentando una situación de marcada desigualdad social, pobreza, inequidad en la repartición de riqueza y de los ingresos, desempleo, subvaloración de la fuerza de trabajo, entre otros fenómenos sociales. La falta de oportunidades educativas, dentro de un sistema económico en decadencia como lo es el capitalismo requiere soluciones innovadoras y prácticas, capaces de afrontar la dura problemática de millones de seres en condiciones de indigencia. La implementación de la autogestión social parece ser una alternativa viable para la falta de empleo, y para lograr una redistribución más equitativa de los recursos y de los ingresos buscando ante todo generar un mejoramiento en la calidad de vida, de quienes, en estos momentos dentro de una sociedad capitalista, son los más marginados, subvalorados y excluidos. Se trata de recuperar ante todo una forma de participación en los asuntos que les pertenece, y que les atañen, es decir participar en las soluciones de sus necesidades insatisfechas bajo el principio de la subsidiariedad consagrado inicialmente en el preámbulo del tratado constitutivo de la Unión Europea según el cual las decisiones que afectan a los ciudadanos se deben adoptar de la forma más cercana posible a los mismos y su delegación a niveles o poderes más elevados solo deben hacerse por razones probadas de interés común.

¹ Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente-investigador de la UPTC Contacto, julioarmando07@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7427-1653>

Fecha de recepción: 15/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

Palabras clave: pobreza, innovación, localidad, subsidiariedad, autogestión.

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Rodríguez Ortega, J.A. (2021). Soluciones innovadoras locales para la reducción de la pobreza. Justicia, sociedad y derecho, 36 -46.



The global panorama shows great economic and social deficiencies, presenting a situation of marked social inequality, poverty, inequality in the distribution of wealth and income, unemployment, undervaluation of the labor force, among other social phenomena. The lack of educational opportunities, within an economic system in decline such as capitalism requires innovative and practical solutions, capable of facing the harsh problems of millions of people in conditions of indigence. The implementation of social self-management seems to be a viable alternative for the lack of employment, and to achieve a more equitable redistribution of resources and income, seeking above all to generate an improvement in the quality of life of those who, at this time of a capitalist society, they are the most marginalized, undervalued and excluded. The aim is to recover first of all a form of participation in the issues that belong to them, and that concern them, that is, to participate in the solutions of their unmet needs under the principle of subsidiarity initially enshrined in the preamble of the Treaty establishing the European Union according to which decisions affecting citizens should be adopted as close as possible to them and their delegation to higher levels or powers should only be made for reasons of common interest.

Keywords: poverty, innovation, locality, subsidiarity, self-management.

INTRODUCCIÓN

Las características propias del estado Colombiano, tienen que ver con la diversidad de su geomorfología, la presencia de tres cordilleras, la cercanía y límites con dos mares, una red infinita de ríos como el Magdalena y el Amazonas con sus afluentes, montañas, llanos, selvas, bosques y una diversidad climática incomparable que solo se puede equipar a la diversidad de razas y culturas que entre comunidades indígenas, afros y peninsulares que determinan su diversidad, que en el campo geográfico incluye diferentes territorios, regiones y comunidades.

La complejidad del mapa etnográfico y de los diferentes grupos humanos frente al desarrollo y sus cosmogonías hace necesaria la interpretación desde la administración pública de las realidades locales y regionales, por fuera de cualquier pretensión de homogeneidad que limite la posibilidad de la autodeterminación de sus comunidades; y el papel de la administración pública que se ha limitado a la reproducción de un proyecto de desarrollo que nunca ha tenido en cuenta las potencialidades de las comunidades locales y la misma complejidad de esa realidad local, haciendo del abandono Estatal no solo un problema de monopolio de la fuerza sino un atentado en contra del reconocimiento de un arraigo que no se puede ignorar y que requiere la interpretación de las realidades locales y los esquemas de desarrollo desde lo local, como acertadamente lo describe, Fernando Rodríguez en su disertación, sobre la encrucijada de la descentralización en Colombia. (Rodríguez Casallas, 2016).

Cuál es la viabilidad y cuáles los componentes para formular un plan estratégico orientado a la creación de empresas auto gestionadas que den viabilidad a soluciones innovadoras locales para la reducción de la pobreza y para la exigibilidad de los derechos sociales en bien de la comunidad con la participación del Estado, de las empresas, en el contexto de su responsabilidad social y los trabajadores, en su respectiva comunidad, en aras de lograr objetivos globales de desarrollo social y Bienestar general buscando ante todo una forma de participación en los asuntos que les pertenece, y que les atañen; es decir, participar en las soluciones de sus necesidades insatisfechas bajo el principio de la subsidiariedad.

A esta situación abiertamente se le puede considerar de crisis e incertidumbre, la cual está llevando a millones de seres humanos a la desesperanza, y al progresivo aumento de la pobreza. El crecimiento registrado en los últimos años, como consecuencia de la globalización solo ha favorecido a unos pocos y las desigualdades económicas tienen su reflejo en todos los componentes del sistema social, en la educación, en los valores y en la calidad de vida de todos los seres humanos.

SOLUCIONES INNOVADORAS

La panorámica mundial muestra grandes deficiencias económicas y sociales, presentando una situación de marcada desigualdad social, pobreza, inequidad en la repartición de riqueza y de los ingresos, desempleo, subvaloración de la fuerza de trabajo, entre otros fenómenos sociales. La falta de oportunidades educativas,



dentro de un sistema económico en decadencia como lo es el capitalismo requiere soluciones innovadoras y prácticas, capaces de afrontar la dura problemática de millones de seres en condiciones de indigencia. La implementación de la autogestión social parece ser una alternativa viable para la falta de empleo, y para lograr una redistribución más equitativa de los recursos y de los ingresos buscando ante todo generar un mejoramiento en la calidad de vida, de quienes, en estos momentos dentro de una sociedad capitalista, son los más marginados, subvalorados y excluidos.

Es evidente la necesidad de proponer nuevas ideas, nuevos conceptos y sobre todo nuevas teorías económicas, que permitan encontrar propuestas de solución frente a los viejos e insuperables problemas de la pobreza, incorporando factores institucionales, iniciativa privada, participación de las universidades y las empresas, todo esto en un esfuerzo conjunto, para consolidar la responsabilidad social de todos los entes comprometidos en las comunidades locales, asumiendo roles solidarios y eficaces frente a su comunidad.

EMPRESAS AUTO GESTIONADAS

La autogestión social que se está proponiendo en esta investigación puede servir para llenar estos vacíos, de forma innovadora y sin tener que recurrir a un cambio drástico en el sistema económico, si se utiliza uno los recursos más subvalorados del sistema económico que es la fuerza de trabajo, en la solución de las propias necesidades recurso que puede generar una nueva perspectiva económica y social para la generación

de una nueva época de cambios y de aprovechamiento más eficiente de la población improductiva y cesante que solo tiene expectativas de un trabajo formal y dependiente. La autogestión social se convierte en un instrumento de lucha contra la inequitativa distribución de la riqueza y en una alternativa viable para acceder a un estilo de vida más digno y a la solución de las propias necesidades.

Es necesario por lo tanto identificar, caracterizar y proponer los componentes, recursos y procesos viables para formular programas innovadores locales orientados a la reducción de la pobreza, particularmente la creación de empresas auto gestionadas y cogestionadas con la participación del estado en el marco de la eficacia y cumplimiento de los derechos sociales por mandato constitucional, lo mismo que la empresa en el marco de su responsabilidad social y los trabajadores insertados en sus comunidades, como sujetos y protagonistas de su propio desarrollo.

En igual sentido se trata de formular el marco teórico de los procesos innovadores locales para la reducción de la pobreza en el contexto de los objetivos del milenio formulados en el llamado PACTO GLOBAL de las naciones Unidas. Así mismo Identificar el desarrollo actual del pacto global y los objetivos de desarrollo sostenible en países o ciudades que en la actualidad impulsan programas innovadores locales para la reducción de la pobreza a través de empresas auto gestionadas y cogestionadas en el marco de los derechos sociales; de la responsabilidad social empresarial y de los fines sociales del Estado.

En tal sentido se trata de identificar caracterizar y proponer los componentes, recursos y procesos de los programas innovadores locales para la reducción de la pobreza, particularmente la creación de empresas auto gestionadas y cogestionadas con la participación del estado en el marco de la eficacia y cumplimiento de los derechos sociales por mandato constitucional, lo mismo que la empresa en el marco de su responsabilidad social y los trabajadores insertados en sus comunidades, como sujetos y protagonistas de su propio desarrollo.

Los programas innovadores locales para la reducción de la pobreza y la responsabilidad social empresarial formulada en los objetivos del milenio contenidos en el pacto global de las Naciones Unidas no pueden estar en cabeza solo de la empresa, sino que deben comprometer, al Estado, a la comunidad, a los trabajadores y sus organizaciones, mediante acciones solidarias, que involucren el concepto de **capitalismo solidario** en la creación de proyectos comunitarios orientados a la solución de problemas sociales relevantes, cuyo protagonismo se realice a partir de la autogestión social y el efectivo ejercicio de los derechos sociales.

La búsqueda de innovaciones a nivel local se basa en que la mayor parte de las personas en estado de pobreza son portadores de una potencial oferta de fuerza de trabajo, que no cuenta con oportunidades por encontrarse en una sociedad precaria de iniciativas y emprendimiento comunitario y porque no hay ningún interés de las empresas en su potencial productivo. Las actuales tendencias mundiales que

involucran la responsabilidad social de la Empresa, no pueden implementarse desconociendo los fines esenciales del Estado y el objetivo fundamental de su actividad. En igual forma no se puede ignorar la eficacia de la participación de la comunidad cuando se aplican programas de cogestión y autogestión con fundamento en el principio filosófico de no entregar el pez sino enseñar a pescar y no incurrir en el criticado Estado de Bienestar o en un paternalismo que puede resultar dañoso e inconveniente a ultranza para la solución de la pobreza en el mundo.

El ciudadano en su hábitat local es el protagonista de la construcción de lo social, particularmente en los asuntos de interés general de su propia colectividad, cuando se busca lograr el bienestar de todos. Las sociedades serán ser más sólidas, cuando promuevan la organización de sus ciudadanos, para reducir sustancialmente los niveles de pobreza, expresar sus preferencias, sus capacidades y hacer valer sus derechos. Cuando esto sucede, las personas se hacen sujetos sociales, resulta más fácil solucionar sus problemas y sobre todo, buscar el reconocimiento y apoyo del Estado, frente a la crisis e incertidumbre económica mundial que se ha mencionado, todo lo cual forma parte de la interpretación de las realidades locales y los esquemas de desarrollo desde lo local. (Rodríguez Casallas, 2016).

Se pretende encontrar la manera como las comunidades locales se hagan parte de un proceso tendiente a lograr unos fines sociales y económicos, auto gestionados con un compromiso social, patrocinados por la mano del Estado, arraigando fundamentalmente el valor de lo

público y su prevalencia sobre el simple interés de lo privado o de la ganancia. Se trata de lograr la participación de la sociedad como una fuerza organizada y con grandes metas en la solución de sus propias necesidades y problemas. Estas metas se pueden lograr buscando promover por parte del Estado la participación ciudadana, integrándolos para encontrar el equilibrio donde las partes puedan aportar sus potencialidades al crecimiento de las mismas, es decir *fundando las políticas públicas sobre la participación ciudadana con un rol preponderante autogestionario*.

Las empresas auto gestionadas y la exigibilidad de los derechos sociales constituyen un camino viable y atractivo para las reducción de la pobreza a nivel local y teniendo en cuenta que la administración autónoma y su organización es decir la gestión y la autogestión empresarial utilizan métodos, habilidades y estrategias a través de las cuales los partícipes de una actividad puedan dirigirse hacia el logro de sus objetivos con autonomía de gestión. Los programas innovadores locales para la reducción de la pobreza requieren el establecimiento de metas, planificación, programación, seguimiento de tareas, autoevaluación, auto intervención y autodesarrollo de tal forma que la autogestión como proceso ejecutivo en el contexto de un proceso de ejecución autónomo logre el apoderamiento de los individuos para que cumplan objetivos por sí mismos, tendientes a lograr el pleno desarrollo de la comunidad la superación de la pobreza y el mejoramiento de su calidad de vida.

La sociedad aquejada por el alto índice de pobreza pide con gran insistencia una redistribución de la riqueza y

de los ingresos lo mismo que cambios sustanciales en la forma como se distribuyen los recursos en la sociedad, teniendo en cuenta que el mundo asiste hoy a la consolidación y expansión de una justicia social, afirmando los derechos humanos y considerando importantes tendencias actuales que asocian la justicia en la explicación del fenómeno de la pobreza y el hambre global, contrario a quienes piensan exclusivamente en términos de factores causales domésticos propios de las sociedades en las cuales ocurren, reto que asumen las naciones Unidas en el Pacto Global bajo la bandera de la responsabilidad social, formulando los objetivos del milenio.

El concepto de justicia social, ya no se sustenta en las consideraciones constitucionales, ni en el concepto de soberanía estatal, sino en la persona humana y en la armonización de las legislaciones nacionales con los organismos de la justicia internacional, que particularmente en materia de derechos humanos constituye en el presente siglo el mayor reto que enfrentan los sistemas jurídicos del mundo. Se asocia la justicia en la explicación del fenómeno de la pobreza y el hambre global, contrario a quienes piensan como se afirmó antes exclusivamente en términos de factores causales domésticos propios de las sociedades en las cuales ocurren.

Se hace necesario promover procesos de autogestión local y de autoayuda, basados en las propias premisas de la población afectada. Existe una tendencia a tratar de resolver necesidades locales con soluciones fuera de lugar, creando una mayor dependencia en vez de autonomía y autosuficiencia. Enfrentados a grandes

desafíos que impone la sociedad moderna, en la lucha por alcanzar una mejor calidad de vida para los seres humanos que respete y permita la permanencia de los sistemas naturales, es relevante que cada grupo humano, a distintos niveles se pueda desarrollar a su modo con creatividad y siendo recursivos. Se requieren alternativas de solución a sus necesidades cotidianas, otras formas diferentes de vida acordes con su realidad social, cultural y ambiental que permitan alcanzar altos niveles de autoabastecimiento, fortalecer el sentimiento comunitario y empoderar a estos grupos para transformarse en actores directos y diseñadores de su propio desarrollo desde una perspectiva local, integral y sustentable. (Casado Cañeque, 2006).

EL CAPITALISMO SOLIDARIO

La creación de empresas auto gestionadas no son otra cosa que la construcción social de numerosas asambleas y comunidades, concebidas como una respuesta espontánea a la crisis, económica y social propia de nuestro tiempo. Estos emprendimientos auto gestionados y cogestionados sostienen hoy la utopía de un desarrollo económico alternativo al del mercado capitalista que bien podría denominarse el camino hacia **un capitalismo solidario, por medio de programas innovadores locales, que permitan la superación de la pobreza en el marco de la exigibilidad de los derechos sociales.**

Se trata en esencia de una nueva economía social pues la autogestión y la cogestión no son un fin ni un medio sino un modo de actuar investigar y expresar la coherencia entre estos y aquellos, en términos

organizativos, y con referencia tanto a la crítica teórico-práctica de lo existente, como a la propuesta de estructuras sociales alternativas. El hecho es que la autogestión, es una metodología organizativa de signo social si se aceptan plenamente todos los presupuestos y las implicaciones, en profundidad y en extensión con el concurso del Estado en el cumplimiento de los Derechos sociales.

Cuando se estudian las condiciones necesarias para que cada individuo pueda ser, verdaderamente, sujeto y no objeto de las alternativas que le conciernen, es cuando, por necesaria coherencia, se amplía el campo de aplicación de la autogestión y de la Co-gestión del angosto microcosmos de la fábrica a todas las esferas y todos los niveles de la vida social. Se pretende encontrar modelos alternativos de sociedad global con poder socializado, con una dimensión cultural, en la que se introducen criterios de juicio valores y criterios cognoscitivos modos de seleccionar y organizar los componentes de la comunidad para transformarlos en acción. La autogestión y la búsqueda de soluciones locales abre una alternativa en el cuerpo social, entre gestores y gestionados, pues la autogestión puede reconocerse y realizarse solo en la democracia directa, en el contexto de los derechos sociales, reconocidos a nivel universal.

Cuál es la viabilidad y cuales los componentes para formular un plan estratégico orientado a la creación de empresas auto gestionadas que den viabilidad a soluciones innovadoras locales para la reducción de la pobreza y para la exigibilidad de los derechos sociales en

bien de la comunidad con la participación del Estado, de las empresas, en el contexto de su responsabilidad social y los trabajadores, en su respectiva comunidad, en aras de lograr objetivos globales de desarrollo social y Bienestar general buscando ante todo una forma de participación en los asuntos que les pertenece, y que les atañen, es decir participar en las soluciones de sus necesidades insatisfechas bajo el principio de la subsidiariedad.

EL PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD

Este principio señala que las decisiones que afectan a los ciudadanos se deben adoptar de la forma más cercana posible a los mismos y su delegación a niveles o poderes más elevados solo deben hacerse por razones probadas de interés común. Esta filosofía para actuar hace irremplazable el proceso de autogestión y cogestión social para coordinar todos los recursos disponibles orientados a conseguir determinados objetivos particularmente la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas gracias al impulso que brindan para el desarrollo los diversos tipos de emprendimientos auto gestionados, a nivel local y comunitario.

Se pretende identificar, caracterizar y proponer los componentes, recursos y procesos de los programas innovadores locales para la reducción de la pobreza, particularmente la creación de empresas auto gestionadas y cogestionadas con la participación del estado en el marco de la eficacia y cumplimiento de los derechos sociales por mandato constitucional, lo mismo que la empresa en el marco de su responsabilidad social y los trabajadores insertados en sus

comunidades, como sujetos y protagonistas de su propio desarrollo.

La investigación se ha propuesto en primer lugar formular el marco teórico de los procesos innovadores locales para la reducción de la pobreza en el contexto de los objetivos del milenio formulados en el llamado PACTO GLOBAL de las naciones Unidas, para lo cual se hace necesario identificar el desarrollo actual del pacto global y los países o ciudades que en la actualidad impulsan programas innovadores locales para la reducción de la pobreza a través de empresas auto gestionadas y cogestionadas en el marco de los derechos sociales; de la responsabilidad social empresarial y de los fines sociales del Estado.

Los programas innovadores locales para la reducción de la pobreza y la responsabilidad social empresarial formulada en los objetivos del milenio contenidos en el pacto global de las naciones Unidas no pueden estar en cabeza solo de la empresa, sino que deben comprometer, al Estado, a la comunidad, a los trabajadores y sus organizaciones, mediante acciones solidarias, que involucren el concepto de capitalismo solidario en la creación de proyectos comunitarios orientados a la solución de problemas sociales relevantes, cuyo protagonismo se realice a partir de la autogestión social y el efectivo ejercicio de los derechos sociales.

La problemática social y económica cada vez más acentuada en el contexto de la globalización y del neoliberalismo económico, y se evidencia el aumento de la pobreza, la miseria, el desempleo, la falta de oportunidades educativas y laborales, lo mismo que

las graves carencias en materia de salud y bienestar de las comunidades, que viven hoy una dramática confrontación entre la modernidad y el atraso, que por situaciones de inequidad, no pueden abrirse camino hacia el desarrollo, porque se encuentran seriamente limitadas sus potencialidades en un mundo competitivo propio del capitalismo salvaje.

La adopción de acciones solidarias auto gestionadas no paternalistas, pueden contribuir a la solución global de esta problemática, si se crean proyectos comunitarios en que el capital se coloque al servicio de proyectos sociales auto gestionados y cogestionados que utilicen los recursos presentes en la comunidad, en las empresas y en el mismo estado, dejando atrás el viejo modelo estatista proteccionista del Estado de Bienestar que se debe convertir en el esfuerzo mancomunado de sus propios protagonistas, en la construcción de tejido social, a partir del cual haya oportunidades para todos, redistribución reconocimiento y ejercicio de los derechos sociales fundamentales. La relación capital-trabajo imperante en las Sociedades Actuales no desaparece en la empresa autogestionaria, sino que se mantiene en la medida en que el socio-trabajador es también empresario y se sumerge en la práctica empresarial orientada a la transformación social y política de la sociedad, mediante proyectos sociales destinados a satisfacer necesidades específicas y solventar las carencias a que se enfrentan las comunidades locales.

El concepto de autogestión en la actualidad se refiere a la búsqueda de formas de organización radicalmente nuevas de la vida económica, social y política normalmente se les llama empresas de trabajo asociado,

en las cuales los trabajadores actúan como gestores y organizadores de la misma a nivel administrativo y capital con el fin de lograr una mayor integración de bienes y servicios. El papel del estado no solo se resume a la financiación económica, también técnica y de modos de proveer materias primas y la vigilancia de que las mismas sean utilizadas de manera productiva. como objetivos específicos el estado busca además de los ya mencionados, generar trabajo de manera natural, fortalecer el mercado interno, colaborar para que siempre haya un respaldo financiero e institucional, desempeñar un rol de tutor de dichas empresas para monitorear su funcionamiento.

En Latinoamérica se están abriendo espacios para que las universidades tengan participación activa y colaboren con las empresas auto gestionadas que si bien no hacen aportes económicos si ayudan en la prestación de servicios tecnológicos y científicos más específicamente la transferencia de información y en la elaboración de un diagnóstico para saber cuáles son las necesidades insatisfechas y el potencial material y humano que se puede poner en ejercicio para solucionar tales necesidades si como la capacidad de sus trabajadores y las investigaciones que se pueden hacer para llevar a un óptimo mejoramiento de la calidad de vida de las mismas.

OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

En vista de los niveles alarmantes en indicadores tales como la pobreza extrema, la inequidad, el acceso al agua potable -entre otros- en un número importante de

naciones, para el año 2000 se aprueba la Declaración del Milenio por medio del voto afirmativo de 189 estados parte de las Naciones Unidas. En esta Declaración se enuncia los Objetivos del Milenio (ODM), que expresan la voluntad colectiva de lograr la paz y condiciones de vida dignas para todos los seres humanos. A partir de ese momento, los objetivos del milenio -compuestos por 8 objetivos y 21 indicadores- se convirtieron en un referente para medir los avances en materia de desarrollo humano (El espectador.com, 2014).

Ante esta situación Colombia no es la excepción, de modo que la consecución de los ODM influyó de manera directa e indirecta en el diseño de políticas públicas, programas y estrategias gubernamentales que buscaban mejorar indicadores como una mejor distribución de la riqueza, el acceso universal a la educación primaria, el alivio de la pobreza extrema, la lucha contra el hambre y la mortalidad infantil, entre otros. Siendo los ODM un marco de referencia sobre mejoramiento de condiciones y calidad de vida, la implementación de programas y políticas que de manera directa o indirecta aborden esos temas contribuyen a la consecución de aquellos.

Sin embargo, y a pesar de que los ODM están pensados desde un punto de vista gubernamental, se sabe que difícilmente un estado puede disponer de todos los recursos, infraestructura y recurso humano para llevar a cabo tan titánica tarea. Si bien pueden mencionarse casos de países con los elementos ya mencionados en las cantidades necesarias para cumplir esta tarea por su cuenta, la realidad indica que los países que no

poseen los elementos suficientes para implementar estos programas a cuenta propia son precisamente los países que poseen las brechas más amplias entre el deber ser y el ser de estos indicadores (Casado, 2006). De este modo, puede comprenderse que el gobierno de estos países requiera de apoyo adicional para cumplir con los compromisos adquiridos al sumarse a la Declaración del Milenio.

Tradicionalmente se ha considerado que el apoyo para este tipo de programas debe provenir de entes externos, siendo la cooperación internacional la principal fuente de recursos y esfuerzos para complementar los esfuerzos gubernamentales. Sin embargo, hoy en día es necesario reconocer la importancia de otros actores, sobre todo a nivel interno (nacional, regional y local), que pueden aportar de manera más efectiva no solo al cumplimiento de estos objetivos, sino en general al diseño y ejecución de cualquier proyecto o política que deba ser implementada y afecte de una u otra manera a la sociedad. Dentro de esos actores, se ha aludido constantemente a la importancia de involucrar a estamentos de la sociedad tales como las organizaciones comunitarias, la comunidad educativa, los líderes religiosos, entre otros. Sin embargo, para los proyectos relacionados directamente con la calidad de vida, existe un sector cuya inclusión podría generar más beneficios de lograrse de otra manera: se trata del empresariado.

De este modo, Austin y Chuu sugieren que el sector empresarial puede tomar un rol prominente en la implementación de estrategias para cumplir con los

ODM y mencionan que la erradicación de la pobreza conlleva tres requisitos que únicamente cumple el sector empresarial. Estos requisitos son: a) la posibilidad de intervenir en niveles de escala, b) que el apoyo ofrecido permanezca o se sostenga en el tiempo y c) el aprovechamiento máximo de los recursos con respecto a las metas, es decir la eficiencia y la eficacia. Los desarrollos teóricos no fueron los únicos que incluyeron al sector empresarial como un actor de peso en la lucha contra la pobreza.

EL PACTO GLOBAL

En el seno de la ONU, nuevamente, se gestiona el Pacto Global Mundial, una iniciativa que genera directrices sobre una posible inclusión efectiva y eficaz del empresariado con respecto a la generación de bienestar en la sociedad en la que producen y ofrecen sus productos y servicios. El Pacto Global comprende 4 grandes temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción. Asimismo, establece 10 principios orientadores de la gestión empresarial que corresponderían a un punto determinado de cada una de las temáticas ya mencionadas. Los objetivos se trazan en aras de asimilar los 10 principios en todas y cada una de las actividades de la empresa y llevar a cabo acciones que contribuyan a la consecución de los ODM (El espectador.com, 2014).

Si bien hasta este punto no es la primera ni última vez que se relaciona el Pacto Global con los ODM, sí es la única vez que se menciona de manera explícita (El espectador.com, 2014). Es decir, se invita a las empresas a sumarse al Pacto Global con el objetivo de aportar

de manera directa sobre el bienestar de la sociedad en general y la consecución de los ODM. (Casado Cañeque, 2006) Teniendo en cuenta lo anterior, es interesante abordar los efectos del Pacto Global en Colombia: Según una nota publicada en El espectador.com (2013), el pacto opera desde el 2006, pero trabaja formalmente desde el 2009. Para agosto del 2013 más de 400 empresas colombianas o que operan en Colombia se habían sumado a la iniciativa que contempla temas tan diversos como la erradicación del trabajo infantil, el empoderamiento de la mujer y la educación responsable.

La metodología de trabajo consiste en mesas de discusión que se reúnen cada 45 días y que están compuestas tanto por empresas como por expertos. Asimismo, se generan guías con respecto a los temas tratados. Todo esto enmarcado en el presupuesto de la importancia del valor compartido -esto es, trabajo conjunto con los grupos de interés para añadir valor tanto a la gestión como al producto final- y la importancia de las alianzas para un trabajo efectivo.

Ahora, de qué manera el Pacto Global puede potencializar el aporte del empresariado con respecto al cumplimiento de los ODM? Si bien son temas que en realidad son bastante afines, es posible abordar puntos concretos de la inclusión del sector empresarial en la lucha contra la pobreza. De esta manera, es posible superar el marco de referencia de la Responsabilidad Social Empresarial tradicional, que, si bien genera beneficios a la comunidad, no resulta ni eficiente ni eficaz, teniendo en cuenta que usualmente se contemplan acciones concretas y que muchas ve-



ces se limita a las donaciones, sin considerar que la empresa puede generar muchos más beneficios y a largo plazo.

En este sentido, es conveniente revisar la posición de la empresa con respecto a la sociedad y sus posibilidades de intervención. Andrés M. Gaviria y Ana Afonso Gallegos (2010), en su texto *El impacto del sector privado a través de los negocios inclusivos en los objetivos de desarrollo del milenio en Colombia*, reseñan los hallazgos de A. Vives con respecto a las incompatibilidades estructurales del sector empresarial con respecto a los ODM y de hecho, sugiere la creación de empleo por parte de estas empresas como una solución eficaz para superar estas incompatibilidades, sin ser esta la única opción. El autor reseñado sugiere el cuidado de las relaciones de los diferentes estamentos de la sociedad y la inclusión de las iniciativas privadas en estas para lograr mayor eficacia y correspondencia con las necesidades reales de la población beneficiaria.

Existen otras propuestas con respecto al papel del sector empresarial en la generación de bienestar a la sociedad de manera sostenida y sostenible. Para Casado Cañeque (2006), el reto consiste en la superación de la filantropía como motor de la Responsabilidad Social Empresarial y la integración de la política social en las actividades y lineamientos generales de la empresa. La comprensión del papel de los otros actores y su influencia en el desarrollo de los ODM permitiría tomar decisiones más acordes con lo que realmente necesita la comunidad afectada. Por ejemplo, las empresas de comercio al detal podrían obtener los productos agrícolas de los proveedores de la

zona en la que está ubicado el establecimiento en vez de obtenerlos de otras zonas.

El aporte generado por estas empresas no debería entenderse únicamente en términos filantrópicos: el potencial de acción de una empresa es muy amplio y el impacto que esto puede generar sobre el bienestar de una comunidad es muy alto. La generación de empleo en zonas deprimidas, siempre y cuando ateniéndose al estilo de vida de la comunidad, puede dar cuenta del impacto positivo que puede generarse en esta.

Sin embargo, es la interacción de la empresa con los demás actores la que podría ofrecer mejores perspectivas con miras a una implementación de estrategias que resulte eficaz a la hora de promover el bienestar de la comunidad e indirectamente, la consecución de los ODM. El reconocimiento del potencial de los demás actores permitiría un trabajo conjunto fluido y adecuado con respecto a las condiciones y necesidades de la comunidad en la que existe y funciona el empresario. La inclusión de la comunidad en la cadena de valor, por ejemplo, representa una alternativa que genera gran bienestar en la comunidad siempre y cuando las condiciones laborales sean favorables a los empleados.

La inclusión de la comunidad es una opción sumamente atractiva y en otros países y en Colombia pueden contarse múltiples casos favorables, en los que se generó beneficios tanto a los empresarios como a la comunidad (PNUD Colombia, 2008). Sin embargo, existen dificultades importantes para esta labor como la escasa presencia estatal, la presencia de grupos armados o la falta de infraestructura adecuada.

Sin embargo, es importante recordar que la generación de alternativas adecuadas a la situación y necesidad específicas tiene su base en la comprensión del entorno y de los actores que en él se desempeñan. Asimismo, el trabajo directo con la comunidad es un paso importante pero no es el primero que debe asumir una empresa que desee aportar favorablemente a la sociedad: la asimilación de los 10 principios del Pacto Global y la inclusión de sus lineamientos en las políticas generales de la empresa facilitan ampliamente la transición hasta el momento en el que la empresa pueda generar bienestar y mejor calidad de vida en la comunidad de una manera sostenible y duradera.

BIBLIOGRAFÍA

- Acción Social. (24 de 9 de 2009). Alianzas público-privada en el marco de la red juntos. Obtenido de: http://www.accionsocial.gov.co/documentos/2980_1491_Manual_Operativo_JUNTOS_v05.pdf
- Austin, J., & Chu, M. (2006). Finding a new weapon to attack poverty. Obtenido de Revista: Harvard Review of Latin America.: http://www.drclas.harvard.edu/revista/articles/view_spanish/875
- Avina. (26 de 2 de 2010). Negocios y mercados inclusivos: definición y marco conceptual para el trabajo de Avina. Obtenido de: http://itemsweb.esade.es/wi/research/iis/pdfs_web/JornadaSEKN/DefenicionNI-MarcoconceptualAVINA.pdf
- Casado Cañejo, F. (2006). El papel del sector privado en el logro de los objetivos del milenio. *Economía Exterior*, 35, 27 - 33.



Casado Cañejo, F. (2009). Lecciones aprendidas sobre la implicación del sector privado en el logro de los objetivos de desarrollo del milenio. En Prandi, M; & Lozano, J; (Eds). ¿Pueden las empresas contribuir a los objetivos del milenio? Barcelona: UAB.

Cecodes. (10 de 9 de 2009). Los negocios inclusivos en Colombia. Obtenido de: http://www.cecodes.org.co/descargas/documentos_ni/libro_ni_colombia_diciembre08.pdf>

Compartamos Colombia. (10 de 9 de 2009). Inventario de Aprendizaje y Experiencias: Principales Conclusiones de la Sistematización de Casos de NI en America Latina. Obtenido de: <http://espanol.nextbillion.net/lib/assets/documents/Conclusiones>

El Espectador. (2 de 8 de 2013). Obtenido de Pacto Global Colombia: Organizaciones comprometidas con los principios de la ONU.: <http://www.elespectador.com/tomalapalabra/pacific-rubiales/pacto-global-colombia>

El espectador.com. (2 de 1 de 2014). Pacto Global Colombia: Organizaciones comprometidas con los principios de la ONU. Obtenido de: <http://www.elespectador.com/tomalapalabra/pacific-rubiales/pacto-global-colombia-organizaciones-156-articulo>

Gutiérrez, R., & Avella, L. (2006). Gutiérrez, R.; Avella L. F.; & Villar, R. (2006). Aportes y Desafíos de la Responsabilidad Social empresarial en Colombia. Bogotá: Fundación Corona.

Karnani, A. (2005). The Mirage of Marketing to the Bottom of the Pyramid: How the Private Sector Can Help Alleviate Poverty. California Management Review, 49, 90-112.

Licandro, O. (2009). Negocios inclusivos: un aporte para su reflexión conceptual y metodológica. Segundo Foro de Responsabilidad Social Empresarial

del MERCOSUR - Organizan InWEnt y UNESCO. Asunción: MERCOSUR - Organizan InWEnt y UNESCO.

Organización de las Naciones Unidas. (2004). Aplicación de la declaración del milenio. A/59/282. New York: ONU, 2004. .

Organización de las Naciones Unidas. (2 de 1 de 2010). Objetivos de desarrollo del milenio:. Obtenido de: http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2009_SP_r3.pdf

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia. (23 de 10 de 2009). Objetivos de Desarrollo del Milenio en Colombia y el Sector Privado. Obtenido de: http://www.pnud.org.co/img_upload/333161646164616461646164/SECTOR%20PRIVADO%20VE

Rodríguez Casallas, D. F. (24 de 10 de 2016). La encrucijada de la descentralización en Colombia: "antecedentes, problemáticas y retos en la implementación de la descentralización en Colombia como alternativa de lucha en contra de la pobreza". Justicia, Sociedad y Derecho, 1, 88-113. doi:<https://doi.org/10.24267/25009389.156>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional





RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LOS ÁRBITROS ¿SE PUEDE UTILIZAR EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN JURÍDICA ERROR JUDICIAL, PARA OBTENER LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ESTOS EN SU ACTUACIÓN?

RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR THE ACTION OF THE ARBITRATORS CAN THE TITLE OF LEGAL IMPUTATION JUDICIAL ERROR BE USED TO OBTAIN REPAIR OF THE DAMAGES CAUSED BY THESE IN THEIR ACTION?

RESUMEN

El presente artículo, tiene como objetivo traer el debate sobre la responsabilidad de los árbitros dentro del contexto normativo y jurídico del Estado colombiano, en desarrollo de un servicio público como lo es la administración de justicia y puntualmente la garantía de acceso a la misma, derechos de estirpe convencional si se revisa los artículos 1.1, 2, 8, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este sentido, vale la pena destacar como el legislador y la jurisprudencia de los órganos de control de cierre judicial en desarrollo de los postulados internacionales que recoge la Constitución Nacional, la cual también refuerza estas peticiones de principio dentro de su normativa, dan forma al derecho de daños y su aplicación en pro del respeto de los derechos a la tutela efectiva y acceso a la justicia por parte de las víctimas. Resaltando con este hecho la nueva panorámica que el instituto de la responsabilidad plantea en las sociedades post-modernas y globalizadas.

En consecuencia, encontramos la asimilación o deferencia que realiza el legislador de los servidores públicos encargados de la administración de justicia, a los particulares que las partes habilitan, para conforman los respectivos tribunales de arbitramento y su respectiva decisión en pro de la resolución de un conflicto de manera ágil y segura. De esta deferencia o símil se deriva el criterio orgánico, personal y funcional de los cuales se puede derivar una posible responsabilidad del estado en desarrollo de los postulados de la administración y acceso a la justicia. La metodología utilizada para la construcción del presente artículo es la presentación de datos sobre el tema que se plantea en el título, en forma ordenada siguiendo el orden del objetivo y la hipótesis.

Palabras clave: responsabilidad, error judicial, título de imputación, tutela judicial efectiva, árbitros.

JEAN PIERRE STEFAN PRIETO VACA⁴

⁴ Artículo de revisión de tema, Jean Pierre Stefan Prieto Vaca, Abogado-licenciado egresado de la Universidad de Boyacá-Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y candidato a Magíster en Derecho privado, persona y sociedad con énfasis en responsabilidad contractual y extracontractual civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Abogado litigante, consultor, asesor de entidades públicas, ex director de la secretaría de gobierno del municipio de Almeida. Correo electrónico jpspv07gmail.com

Fecha de recepción: 15/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

Citar este artículo así:

Prieto Vaca, J. S. (2021). Responsabilidad del Estado por la actuación de los árbitros ¿se puede utilizar el título de imputación jurídica error judicial, para obtener la reparación de los daños causados por estos en su actuación? Justicia, sociedad y derecho, 47-63.



ABSTRACT

This article aims to bring the debate on the responsibility of arbitrators within the regulatory and legal context of the Colombian State, developing a public service such as the administration of justice and punctually the guarantee of access to it, rights of conventional stock if articles 1.1, 2, 8, and 25 of the American Convention on Human Rights are revised. In this sense, it is worth highlighting how the legislator and the jurisprudence of the control bodies of judicial closure in development of the international postulates included in the National Constitution, which also reinforces these petitions of principle within its regulations, give shape to the law of damages and its application in favor of the respect of the rights to effective protection and access to justice by the victims. Highlighting with this fact the new panorama that the institute of responsibility poses in post-modern and globalized societies.

Consequently, we find the assimilation or deference made by the legislator of the public servants in charge of the administration of justice, to the individuals that the parties enable, to form the respective arbitration tribunals and their respective decision in favor of the resolution of a conflict of agile and safe way. From this deference or simile the organic, personal and functional criterion is derived from which a possible responsibility of the developing state can be derived from the postulates of the administration and access to justice.

The methodology used for the construction of this article is the presentation of data on the subject that is presented in the title, in an orderly manner following the order of the objective and the hypothesis.

Keywords: Responsibility, judicial error, title of imputation, effective judicial guardianship, arbitrators.

INTRODUCCIÓN

Iudex non debet excandescere nec angoris precibus calitosorum illacrimari oportet

El juez no se ha de enfurecer ni enternecer, sino administrar justicia. (Fradique, 1998, p. 132)

La tratativa del derecho de daños y específicamente del instituto de la responsabilidad es sumamente importante en el desarrollo del estado post-moderno en el cual existe siempre la posibilidad de que se presenten “los encuentros sociales ocasionales productores de daños” (Hinestrosa, 2017, p. 5) los que van modelando la evolución propia del instituto de la responsabilidad civil extracontractual.

Así las cosas y debido a esta evolución, encontramos la responsabilidad del estado y todos sus estadios por los cuales ha devenido, para encontrar que la responsabilidad en la prestación de un servicio público está a cargo del estado, aun así este defiera su ejercicio a los particulares; y es precisamente este el tema sobre el cual girara la reflexión que a continuación se presenta con el fin de dar a conocer cuál es el estado del arte frente a este tema y particularmente frente a la responsabilidad por error judicial por parte de los árbitros, en donde se establecerán los diferentes criterios (orgánico, funcional y jurisdiccional) para de esta manera identificar e iniciar el proceso intelectual en búsqueda de establecer los elementos propios de este tipo de responsabilidad, es decir:

La identificación de un sujeto afectado por un daño, que es el punto de partida de todo recorrido y el

supuesto íntegro del andamiaje. Luego vendrá la pesquisa del fenómeno: como se produjo el estrago, qué o quién lo causó, y por último, identificada la causa-total o parcial- del mismo en una conducta humana, juzgar si, de conformidad con las pautas del ordenamiento, su autor está llamado a responder, esto es a reparar el resultado nocivo de sus actos, sin olvidar que en oportunidades un sujeto está obligado a indemnizar el daño que no causo directamente. (Hinestrosa, 2017, p. 7).

Es debido a este proceso intelectual que el ser humano ha moldeado su nueva visión frente a los diferentes riesgos que engendra vivir en sociedad y a su forma de reparación.

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

Para empezar a abordar el tema se debe empezar reconociendo los diferentes estadios de responsabilidad que también se presentaron durante la consolidación de la teoría los cuales en un primer estadio el estado irresponsable luego un estado responsable legislativamente para luego ser entrar a la etapa de responsabilidad plena.

Se debe establecer la incidencia que han tenido la responsabilidad desde su consagración a partir de la constitución nacional de 1991 en el artículo 90 como parte del “proceso de constitucionalización”¹ (Schmidt, 2014, p. 27) de una serie de derechos que cambiaron de manera radical la concepción de estado de derecho

¹ Este concepto se puede referir a “una irradiación de la Constitución en el derecho ordinario. Con esto se refiere a una adaptación, orientación y reorganización del ordenamiento jurídico ordinario a los parámetros de la Constitución que no se agotan en los estrictos y simples mandatos y prohibiciones”

hacia un estado social de derecho en donde se protegen derechos individuales y colectivos entre otros.

Dentro de este ámbito de aplicación encontramos la concepción del daño antijurídico y la teoría de la imputación tanto fáctica como jurídica o su concepción clásica la de daño, imputación y fundamento sobre las cuales las diferentes interpretaciones que se le han dado al tema permiten concluir que “metodológicamente, en el estudio de la imputación se incluye tanto el de atribución fáctica (*Imputatio facti*) como del fundamento del deber de reparar, que en la estructura actual se denominan imputación jurídica (*Imputatio iuris*)” (Patiño, 2015, p. 179).

Así entonces podemos concluir que no se presenta ninguna diferencia en la aplicación de ambas teorías es indiferente para efectos de estudio de la responsabilidad del estado.

Ahora bien el segundo gran elemento que se piensa discutir son los diferentes modelos de administración de justicia que adoptó el estado social de derecho a partir de la concepción de la constitucionalización como se ha venido advirtiendo dentro de la Constitución Nacional y encontramos que está señalada en el artículo 116 Inc. 4 de la Constitución Nacional en donde se consagra el principio de administración de justicia tanto en cabeza del estado, de las jurisdicciones especiales y de la administración de justicia por parte de los particulares.

Dentro de los bienes constitucionales que entran en el juicio de responsabilidad encontramos que la

colisión de principios y derechos fundamentales es evidente que el estado puede incurrir en responsabilidad estatal a causa de la administración de justicia por parte de los particulares; para el caso concreto de los árbitros previas consideraciones del caso que se entraran a debatir en el estudio.

DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. MASC

Si bien es cierto se advertía en el capítulo anterior, se hace necesario decir que la administración de justicia debe ser concebida como “servicio público”² (Montaña, 2010, p. 43-60), como “función pública”³ (Montaña, 2010, p. 61-124) y como “derecho”⁴–“deber”⁵ del ciudadano. (Criterio Funcional)

la necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por la ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato del deber jurídico se señala en el orden procedente de las relaciones naturales de la sociedad; y el remoto, como surgido de la sociabilidad (Cabanelas de Torres, 2003, pág. 111)

² Se identifica con la finalidad que tiene que prestar el Estado, entre ellas el interés general, el servicio público, el bien común y la justicia conmutativa; a lo que se refiere a la justificación objetiva y subjetiva del derecho administrativo.

³ Es la organización ordenada de la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada. La administración pública, es común pensar en la relación de esta con el fenómeno estatal, de modo que se entienda como la acción de ordenar, disponer y organizar lo atinente al estado.

⁴ Es la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor. Real Academia de la Lengua.



Ahora bien, la constitución facultó a los particulares para el ejercicio de administrar justicia de acuerdo a lo normado en el artículo 116 Inc. 4 de la constitución nacional y lo establecido en el artículo 8 y el artículo 13 numeral 3 de la ley estatutaria de administración de justicia L/270 de 1996. (Criterio Orgánico). Los denominados Métodos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), son atribuciones que confiere la ley a los particulares, para que, en unos claros y determinados casos, estos puedan resolver los conflictos sin la intervención directa del órgano judicial del Estado.

Dentro de la legislación colombiana encontramos que mediante la ley 446 de 1998 se reguló el tema y encontramos que existen dos métodos diferentes el primero: i. Si las partes solucionan el conflicto directamente, se denomina a estos como métodos auto-compositivos, en donde se encuentran el arreglo directo, la transacción, el experticio, la mediación, la amigable composición y la conciliación. Y como segundo método encontramos: ii. Si la solución del conflicto queda en manos exclusiva de un tercero totalmente independiente a las partes, esta se denomina método hetero-compositivo, en donde se encuentra la vía judicial, y el trámite arbitral.

Así podemos definir que los métodos auto-compositivos son aquellos en los cuales las partes en conflicto o disputa, van a hacer las que si lo estiman de acuerdo a sus intereses legítimamente protegidos llegar a un acuerdo.

En tanto que el método hetero-compositivo (Arbitraje) se caracterizan porque la solución va a ser dada o determinada por un tercero totalmente ajeno

e independiente de las partes en conflicto. Previo acuerdo de voluntades (Cláusula compromisoria).

El arbitraje, como MASC, ha sido desarrollado por el legislador colombiano de manera específica a través de la ley 1563 de 2012 *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional* en su artículo 1° definiéndolo así: “El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice” (ley 1563,2012, art 1). Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional mediante Sentencia C 305 de 2013, en la cual se estudió la constitucionalidad de los artículos 8°, 9° y 15° de la ley 1563 de 2012, que:

Aunque medie un acuerdo de voluntades entre las partes en disputa para habilitar a los árbitros, es la Constitución Política la que provee el fundamento último del arbitramento y, por ende, de la posibilidad de que mediante él se resuelva en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-305 de 2013).

Lo cual implica que “los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional” (Corte Constitucional, Sala séptima de revisión de la Corte constitucional, T 174 de 2007), inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, “es función pública” (Corte Constitucional, Sala plena de la Corte constitucional, C-305 de 2013).

DE LA IMPUTACIÓN Y SU TEORÍA APLICABLE

En materia de responsabilidad del estado encontramos el artículo 90 de la constitución nacional el cual alude tanto a la responsabilidad como a la causalidad; como se puede observar, este elemento *causalidad e imputación* es un elemento estructural de la responsabilidad sin la cual ella no existe.

Así entonces debemos distinguir los dos elementos que mencionamos antes para lo cual se entiende por *causalidad*: “En términos básicos, cuando se habla de causalidad se está haciendo alusión a un fenómeno físico, material, que permite explicar, por que una conducta antecedente, produce un resultado; en este sentido la causalidad (M^{causland} Sánchez, 2016, pág. 56)” en tanto que la *imputación* se ha entendido como “Un concepto de orden jurídico en virtud del cual hay elementos normativos, elementos de derecho, que entran en juego para determinar que un resultado le es atribuible a quien realiza una determinada conducta, la imputación es la atribución jurídica del daño” (M^{causland} Sánchez, 2016, pág. 56).

Dentro de este proceso de imputación se pueden encontrar varias etapas de acuerdo a “al profesor Pierre Vialle esta figura está compuesta de varias etapas: i. etapa: Consiste en la determinación de la causa inmediata del daño; la ii. etapa: Consiste en la atribución de la causa mediata; la iii. Etapa es la determinación del hecho dañino la iv. etapa es la atribución del hecho dañino y la v. Etapa que consiste en la verificación en el caso concreto de la ocurrencia o no de causas extrañas que afecten el juicio de imputación. En las dos primeras etapas encontramos un

análisis factico de la causa en tanto que en los otros estadios encontramos un análisis jurídico y por tanto es donde se presenta la imputación”. M^{causland} María Cecilia. Conferencias (Imputación y Causalidad) I año de Maestría del daño. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2016 (M^{causland} Sánchez, *Imputación y Causalidad.*, 2016, pág. 56).

El proceso de imputación consiste en la atribución jurídica y fáctica de la responsabilidad en la que incurre el demandado. Así encontramos también que la jurisprudencia la ha definido como “un fenómeno jurídico que consiste en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquel y este”. (Consejo de Estado, Sección tercera, Exp. 12650.2001).

De acuerdo a “Karl Larez, la teoría de la imputación explica un fenómeno jurídico (no uno material fenomenológico)” (M^{causland} Sánchez, *Imputación y Causalidad*, 2016), *Imputación y Causalidad*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia), con lo anterior queremos indicar que dentro del análisis de la causa debemos identificar tanto los elementos para que esa causa sea adecuada del daño y los fundamentos normativos que nos permiten establecer o atribuir la responsabilidad.

TEORÍA APLICABLE EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO (TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA)

“Esta teoría fue expuesta inicialmente en el año de 1871, por Luis von Bar, a quien puede considerarse el precursor de ella, pero su configuración precisa se debe, no a un jurista sino a un fisiólogo J. Von Kries, profesor de Friburgo, en el año 1888” (Goldenberg, 1989, p. 30)



Esta teoría se ha venido reconociendo a través de la jurisprudencia y la doctrina administrativa y civil seguidamente y reiteradamente es así como encontramos que la teoría de la causalidad adecuada ha predominado en Alemania. He aquí como ha sido expuesta por algunos de sus seguidores:

El problema jurídico de la causa difiere de la relación de causa a efecto, en el sentido de las ciencias naturales: en el primero se inquiriere si determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, ósea de la relación de fundamento a consecuencia. Prácticamente importa excluir la responsabilidad por circunstancias que, según su naturaleza general y las reglas de la vida corriente, son totalmente indiferentes para que surja un daño de esa índole y que solo, como consecuencia de un encadenamiento totalmente extraordinario de las circunstancias se convierten en condición de daño. Así pues, se labora con un cálculo de probabilidades y solo se reconoce como causa aquella condición que se haya en conexión adecuada con un resultado semejante" (Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 15314. 1999).

Para la doctrina española:

El pensamiento fundamental de la teoría de la causalidad adecuada es, de este modo, que para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición sine qua non del daño, sino que es necesario además que, en virtud de los referidos juicios de probabilidad resulte una causa adecuada para ello". (Diez, 1999, p. 338)

En tanto la doctrina nacional ha presentado esta teoría dentro de nuestro ordenamiento jurídico como

Las diferentes condiciones necesarias para la producción de un daño, no son equivalentes, entre ellas hay una diferencia, solo alguna o algunas de esas condiciones necesarias son adecuadas para la producción de daño y es adecuada aquella condición necesaria para el resultado de la cual **era previsible** el resultado que ocurrió" (M^ocausland Sánchez, *Imputación y Causalidad*, 2016).

Se puede concluir que daño antijurídico e imputación son elementos inescindibles dentro del juicio de responsabilidad toda vez que

De estos dos elementos estructurales no prescinden, en ningún caso, los regímenes de responsabilidad sean subjetivos u objetivos y, en cuanto a la relación de causalidad, es importante precisar que debe configurarse en los términos de la teoría de la causalidad adecuada, acogida por la jurisprudencia nacional, que solo califica como causa jurídica del daño al antecedente que, a mas de ser condición necesaria para su producción, constituye un hecho o resultado que era previsible" (M^o causland, 2015, p.189)

DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN JURÍDICO DEL ERROR JUDICIAL Y SU APLICACIÓN A LA JUSTICIA ARBITRAL

La evolución histórica del instituto que se estudia está ligada a la evolución propia de la responsabilidad; puesto que, también está compuesta por los mismos estadios a decir: el de la irresponsabilidad, el de responsabilidad parcial y el de la responsabilidad plena.

Ni la Constitución de 1886, ni la normativa vigente para la época consagraba una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, no obstante, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la mencionada constitución, en especial en el artículo 19⁶ (Const., 1886), los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal, “sentaron las bases de los diversos regímenes de responsabilidad, que hoy conocemos como la falla en el servicio, el riesgo excepcional y el daño especial” (Corte Constitucional, Sala plena de la Corte constitucional, C-331 de 1996). Es con la actual Constitución, que se reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.” (Const., 1991), lo cual abrió por completo la posibilidad del Estado de responder por el hecho del juez, toda vez que la expresión “autoridades públicas” no excluye a los servidores judiciales.

Una parte de la doctrina señala que es un error afirmar que este título de imputación es autónomo e independiente o paralelo a los demás fundamentos que construyó la jurisprudencia para el resarcimiento de los perjuicios causados en desarrollo de la tutela efectiva de los derechos y del acceso a la administración de justicia indicando que:

⁶“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos”.

Supuestos de responsabilidad pueden existir tantos como nuestra capacidad mental-con sus limitantes -nos permitan inferir, mientras que la existencia de títulos de responsabilidad, su carácter subjetivo u objetivo, depende de una construcción teórica o conceptual con repercusiones prácticas, estructurada sobre consideraciones eminentemente jurídicas y normativas, bajo el cumplimiento de unos requisitos formales y sustanciales (Gil, 2015, p. 319).

Entre tanto, otro sector de la doctrina afirma que:

Una vez expedida nuestra Carta Política, la jurisprudencia y la doctrina unánimemente se pronunciaron en pro del reconocimiento de la responsabilidad del Estado en todo ámbito, incluido el jurisdiccional, en particular, soportados en el hecho de que su redacción se hubiese presentado de forma general (Botero, 2013, p. 16), empero con esta simple mención no se entiende per se incluidos los particulares investidos de funciones jurisdiccionales como el caso que nos ocupa.

La ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia en Colombia) estableció tres títulos de imputación respecto de los daños antijurídicos que le puedan ser atribuidos a sus agentes judiciales en desarrollo de los principios de la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia.

La precitada ley consagra tres títulos de imputación jurídica aparte de los ya preestablecidos como fundamentos del deber jurídico de reparar (Falla en el servicio, riesgo excepcional y daño especial) a saber: a). error jurisdiccional, b) privación injusta de la libertad y, c) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

La doctrina administrativa señala que se puede agregar un cuarto fundamento si se hace un estudio convencional del error judicial; indicando que el “indebido, deficiente u omisivo acceso a la administración de justicia” (Santofimio, 2016, p.24) puede ser un factor de atribución de responsabilidad.

A. ERROR JURISDICCIONAL

Es necesario precisar la importancia de la Constitución de 1991 en este punto, pues con anterioridad a la misma se predicaba del Estado una “irresponsabilidad” con respecto a los hechos del juez, pues se le daba mayor importancia al principio de cosa juzgada, ya que se entendía que dicho error no comprometía la responsabilidad del Estado porque:

Era un riesgo a cargo del administrado, una carga pública a cargo de todos los asociados, en aras de la seguridad jurídica y que en este campo solo tenía aplicación la responsabilidad personal del juez, siempre y cuando se tratara de un error inexcusable (art. 40 del C.P.C). (Consejo de Estado- Sección Tercera E No. 12719, 2001).

Las razones fundamentales para negar la responsabilidad del Estado por el hecho del juez, era proteger la autonomía del funcionario judicial, el principio de cosa juzgada y se socializó el riesgo al afirmar que ese estadio de irresponsabilidad “se trataba de un riesgo a cargo, o en cabeza de todos” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 2367.1980).

Con posterioridad a la Constitución del 91 y en consonancia con la ley estatutaria de administración de justicia, la

cual estableció en su artículo 66 que el error jurisdiccional es “aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley” (ley 270,1996). Siendo aquí importante destacar que se exige tanto un criterio jurisdiccional como un criterio funcional, pues la providencia contraria a la ley deber ser expedida no solo por autoridad competente, sino en ejercicio de sus funciones.

El error jurisdiccional como lo señala la norma, se materializa únicamente a través de una providencia judicial; es decir,

Cualquier otra actuación de un administrador de justicia, así sea en ejercicio de sus labores públicas, deberá ser evaluada a la luz de la responsabilidad del Estado en los términos de la Constitución y la ley, y no dentro de los parámetros que en esta oportunidad ocupan la atención de la Corte (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-037.1996), esto es, a luz del título jurídico de imputación falla del servicio.

Establece también la ley estatutaria de administración de justicia unos presupuestos para que opere el error jurisdiccional, entre ellos está que “el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley” (ley 270,1996), asimilando la omisión del demandante en la presentación de los recursos a la causal general de exclusión de responsabilidad “culpa exclusiva de la víctima”, se hace la salvedad que la ley exige la presentación de los recursos ordinarios; y en segundo lugar “la providencia contentiva de error deberá estar en firme” (ley 270,1996, arts. 67-70), es decir se debe encontrar

57

ejecutoriada, pues desde ese momento se empieza a contar el término de prescripción, el cual es de dos años.

Otro de los elementos importantes del error jurisdiccional es lo que se ha entendido por “providencia contraria a la ley”. La Corte Constitucional en un primer momento, en sentencia C 037 de 1996, mediante la cual se le hizo el control de constitucionalidad a la ley estatutaria de administración de justicia, entendió que por respeto a la autonomía funcional del juez, el presente título de imputación no podía corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional [debía] enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso” (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-037.1996), equiparando el elemento de contrariedad con la ley a la “vía de hecho”.

No obstante, el Consejo de Estado toma un rumbo diferente al señalado por la Corte Constitucional en las sentencias del 4 de septiembre de 1997, mediante auto del 14 de agosto de 1997, en sentencia de 28 de enero de 1999 y sentencia de septiembre 9 de 2008 en las que al resolver los casos de responsabilidad del Estado-sobre el error jurisdiccional, estableció:

Una providencia contraria a la ley es aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de

aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma.

Hay que entender incluida en la definición de error jurisdiccional además las providencias contrarias a la Constitución, que de acuerdo con el artículo 40 es norma de normas. Piénsese, por ejemplo, en la sentencia penal que viola el principio de la no reformatio in pejus (art. 31 de la C.P.) (Botero, 2013, p. 28).

Por lo que es el Consejo de Estado quien retoma el sentido original del artículo 66 de la ley estatutaria de administración de justicia y considera como contrario a la ley eventos de error de interpretación, de hecho, o de aplicación de la norma, así no sean manifiestos o inexcusables, incluyendo además eventos de inaplicación de la Constitución Política, lo que no restringe su aplicación a la demostración de una vía de hecho.

B. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Establece el artículo 68 de la ley estatutaria de administración de justicia que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” (ley 270,1996, art. 68), una vez más en un primer lugar la Corte Constitucional en sentencia C 037 de 1996 entendió que el término “injustamente” se refiere a “una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria” (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-037.1996).

En la actualidad, basta que una persona que fue investigada penalmente, se le precluya la investigación, resulte absuelta o se aplique el in dubio pro reo y esta haya sido privada de su libertad personal, para que se condene al Estado. No obstante, se empieza a reconocer que la actuación de la víctima pudo tener injerencia innegable en la decisión del juez y por ende no se justificaría la responsabilidad objetiva del Estado.

C. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Es un título de imputación residual, pues establece de manera general que si no opera el error judicial o la privación injusta de la libertad y se está ante “un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional [se] tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación” (Ley 270,1996). Entre sus ejemplos se puede encontrar la venta irregular de las mercancías por parte del secuestro, la sustracción de un título judicial del expediente, la adjudicación del 100% de un inmueble cuando solo se debía adjudicar el 50%.

D. EL INDEBIDO, DEFICIENTE U OMISIVO ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como se anunció anteriormente este título de imputación ha sido traído por la doctrina influenciada por el concepto y aplicación de los criterios de convencionalidad el cual:

Domina en consecuencia el funcionamiento pleno de los poderes públicos de todos los estados y del accionar de todas las autoridades, penetrando espacios

o esferas de acción de la misma bajo criterios de preponderancia y vincularidad, en escenarios de la más variada naturaleza, como los referentes a las decisiones que estas deban tomar en aspectos relativos a los derechos humanos, sociales, políticos, militares, económicos, etc. Precisamente, en la medida en que se trata de garantizar unos mínimos de convivencia, paz y respeto internacional y en relación con todos los asociados, dentro del marco de naciones civilizadas y estados constitucionales que hacen parte de la comunidad internacional. (Santofimio, 2016, p.24).

El derecho de acceso a la justicia también es entendido como la tutela judicial efectiva que se traduce como:

La posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos o intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con la plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-279.2013).

Entiende el máximo órgano de interpretación constitucional que este es un derecho de aplicación inmediata el cual forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso; por lo cual este concepto se convierte en intangible en su aplicación.

Es claro que la aplicación de este principio dentro del ordenamiento jurídico es más que una regla jurídica y se convierte en un mandato de optimización que implica que la administración de justicia no solo debe velar

por su protección, sino por su instrumentalización, puesta en marcha y reconocimiento del mismo en las actuaciones que se adelanta bajo un imperium estatal.

E. ES VIABLE DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA ESTA DE LA ACTUACIÓN DE LOS ÁRBITROS.

Para establecer si ¿Es el Estado responsable por la actuación de los árbitros, en ejercicio de sus funciones, como lo es cuando los jueces incurrir en error judicial?, es necesario establecer si los mismos son funcionarios públicos y cumplen funciones jurisdiccionales; para lo cual se debe analizar lo que establece: La Constitución Política de Colombia; luego se revisara, lo establecido en la ley estatutaria de administración de justicia (Ley 270 de 1996) y por ultimo lo que señala el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012).

La Constitución Nacional vigente, como se mencionó desde el inicio, señala en su artículo 116 Inc. 4 que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (Const., 1991, art. 116). **Más adelante, al determinar quiénes son funcionarios públicos incluye a** “los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas” (Const., 1991, art. 123), no obstante ordena a la ley determinar el régimen aplicable y el ejercicio de sus funciones, es decir, la Constitución delega al Congreso de la República

la tarea de establecer cuál será el régimen aplicado a los árbitros, conciliadores, notarios, entre otros, pero desde un primer momento los menciona entre el grupo de funcionarios públicos.

El legislador, a través de la ley estatutaria de la administración de justicia, establece que “los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes...” (Ley 270,1996) ejercen función jurisdiccional, por lo que es el Congreso, en cumplimiento a lo ordenado por la Constitución, quién inviste del poder jurisdiccional a los árbitros cuando éstos se encuentran en ejercicio de sus funciones.

Así mismo, el artículo 74 de la ley estatutaria de administración de justicia al consagrar el ámbito de aplicación de la misma estableció que:

Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria. (Ley 270,1996).

Lo cual dejo claro y expreso que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales se equiparan a los funcionarios o empleados judiciales para efectos de atribuir responsabilidad al Estado, toda vez que el legislador estableció una cláusula de responsabilidad al señalar que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales” (Ley 270,1996).



En ese mismo sentido, la ley 1563 de 2012, por la cual se adopta el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia, al establecer el régimen de impedimentos y recusaciones establece que:

Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el [Código general del proceso] por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior" (Ley 1563, 2012, art. 16).

Además, establece que los árbitros "estarán sometidos al mismo control disciplinario e inspección y vigilancia que los jueces" (Ley 1563, 2012).

Una vez se reconoció unánimemente por el ordenamiento jurídico normativo la naturaleza jurídica de los árbitros, la Corte Constitucional en Sentencia C 305 de 2013 expresó que el arbitramento es:

Un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido" y, por lo tanto, los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia "con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades" (Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-242.1997).

Dando así por terminada la principal crítica realizada a la equiparación de la responsabilidad de los jueces con la de los árbitros, pues los jueces no son elegidos por las partes como en el caso de los árbitros, por lo cual, expresan sus opositores que mal estaría hacer responder al Estado por la decisión tomada por las

partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad; pero toda vez que fue el legislador en cumplimiento de lo ordenado por la Constitución Nacional quién estableció que el error en el que incurren los árbitros en ejercicio de sus funciones serían equiparables a la de los funcionarios judiciales, solo este sería el llamado a cambiar el régimen aplicable.

La razones esbozadas por la Corte Constitucional para que el legislador equiparara en responsabilidad a los árbitros y jueces, se encuentra en que el arbitramento es un verdadero proceso, por lo cual "está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso"(Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-1038.2002), cuyas garantías son aplicables a toda actuación judicial, "pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales"(Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, C-330.2000), esto es, se otorga responsabilidad al Estado por el hecho del árbitro, con el fin de darle las mismas garantías procedimentales y constitucionales a las partes involucradas en un proceso judicial o arbitral.

CONCLUSIONES

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y su artículo 90, se amplió la responsabilidad del Estado abarcando en la expresión "autoridades públicas" a los jueces y magistrados por el carácter jurisdiccional y

funcional, haciendo de esta el fundamento mismo de la responsabilidad del Estado por los errores de los funcionarios judiciales.

La ley Estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 72 estableció expresamente que se consideraría “funcionarios o empleados judiciales” a los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, con lo cual el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, en cumplimiento de lo consagrado por la ley estatutaria de administración de justicia asigna la misma responsabilidad disciplinaria que servidores judiciales y auxiliares de la justicia.

Aun cuando se ha considerado que la voluntad de las partes al elegir sus árbitros debe excluir la responsabilidad del Estado, el legislador debidamente facultado por la Constitución Nacional, es el llamado a establecer el régimen de responsabilidad de los particulares investidos temporalmente de la función judicial, por lo que es al mismo al que corresponde evaluar la conveniencia económica de que el Estado responda por los actos de particulares.

Tenemos entonces que el ejercicio por parte de los funcionarios que administran justicia ya sean funcionarios públicos o particulares, tiene una serie de facultades para la debida prestación de un servicio público, el cual, es inescindible dentro de la estructuración de Estado Social de Derecho, este cubija dos dimensiones: la tutela efectiva de los derechos y el acceso a la administración de justicia, como mandatos de optimización o peticiones de principio que deben ser atendidos y reconocidos por el Estado y gracias a la convencionalidad

estos se pueden reconocer y ejercitar en el marco de las relaciones sociales las que eventualmente pueden generar perjuicios para las partes.



BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá:

Botero Aristizábal, L. (2013). Error jurisdiccional en el arbitraje nacional e internacional desde la óptica del derecho colombiano. Responsabilidad del Estado 32.

Cabanellas de Torres, G. (2003). Diccionario juridico elemental (Decimo-sexta ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.

Causland Sánchez, M. C. (2016). , M. C. (2016). Imputacion y Causalidad. Bogota: Universidad Externado de Colombia .

Congreso de la República (7 de marzo de 1996) Ley Estatutaria de Administración de Justicia” (Ley 270 de 1996). Bogotá. Diario Oficial No. 42.745

Consejo de Estado, Sección tercera (14 de febrero de 1980) Auto 2367.

Consejo de Estado, Sección tercera. (10 de mayo de 2001), Sentencia 12650 (C.P. Carrillo Ballesteros J.M)

Consejo de Estado, Sección tercera. (28 de enero de 1999), Sentencia 15314 (C.P. Rodríguez Villamizar G.)

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de mayo de 1997), Sentencia C-242 (M.P Herrera Vergara H.)

Corte Constitucional, Sala Plena. (22 de mayo de 2013), Sentencia C-305 (M.P Martelo Mendoza E.)

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de mayo de 2013) Sentencia C-279 (M.P. Pretelt Chaljub J..)

Gil Botero, E. (2015). Tesoro de responsabilidad extracontractual del estado, jurisprudencia 2012-2014. Bogotá: Temis.

Goldenberg, I. (1989). La relación de causalidad en la responsabilidad civil (Primera ed.). Buenos Aires: Astrea.

Hinestrosa, F. 2017. Devenir del derecho de daños. Revista de Derecho Privado. 32 (jul. 2017), Universidad Externado de Colombia 5-26. DOI:<https://doi.org/10.18601/01234366.n32.01>.

Montaña Plata, A. (2010). Fundamentos de Derecho administrativo (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Patiño Domínguez, H. (2015). Patiño Domínguez, El trípode o el bípode: la estructura de la responsabilidad (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (2016). Responsabilidad del Estado por la actividad judicial (Primera ed.). Caracas: Jurídica Venezolana.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional





¿SON LOS DERECHOS HUMANOS UNA HERRAMIENTA POLÍTICA? EN LA OBRA DE SOPHIE DAVIAUD: L'ENJEU DE DROITS DE L'HOMME DANS LE CONFLIT COLOMBIEN

ARE HUMAN RIGHTS A POLITICAL TOOL? IN THE WORK OF: L'ENJEU DE DROITS DE L'HOMME DANS LE CONFLIT COLOMBIEN

RESUMEN

Gloria Estella Zapata Serna¹

Este escrito presenta los trazos gruesos de la investigación de la socióloga Sophie Daviaud que se materializan en su obra escrita en francés, *L'enjeu de droits de l'homme dans le conflit colombien* (2010) para descubrir el significado y el reto que adquieren los derechos humanos en el conflicto armado colombiano. Además, cómo los actores armados, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG) presentes en ese contexto, se apropian del discurso de los derechos humanos. Igualmente, presentamos a través de sus diversas posiciones los vínculos teóricos con el también sociólogo Daniel Pécaut quien es reconocido por su larga trayectoria en el estudio de la política en América y especialmente en el conflicto colombiano.

Palabras clave: Derechos humanos, conflicto armado, Colombia, ONG, política pública, Sophie Daviaud.

¹ Docente investigador del grupo de Investigaciones en Derecho GRID de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana-UPB-Medellín. Abogada y especialista en Derecho de Familia de la misma universidad. Especialista y máster en Derecho Internacional de la Universidad de Montreal-Canadá (UdeM). Candidata a doctora en derecho internacional de la Universidad de Quebec en Montreal-Canadá (UOAM). Artículo de Revisión de tema desarrollado en el marco de sus estudios de doctorado (Contacto gloria.zapata@upb.edu.co)

Fecha de recepción: 01/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

Citar este artículo así:

Zapata Serna, G. E. (2021). ¿Son los Derechos Humanos una herramienta política? En la obra de Sophie Daviaud: L'Enjeu de droits de L'Homme Dans le conflit Colombien. Justicia, sociedad y derecho, 64-80.



ABSTRACT

This paper presents the thick strokes of the sociologist's research Sophie Daviaud, that materialize in her work written in French L'enjeu de droits de l'homme dans le conflit colombien (2010), to discover the meaning and challenge that human rights acquire in the Colombian armed conflict. Also, how the armed actors, civil society and to non-governmental organizations (ONG) presents in this context, appropriate the human rights discourse. Likewise, we present through its various positions the theoretical ties with the sociologist Daniel Pécaut, who is recognized for his long course in the study of politics in America and especially in the Colombian conflict.

Keywords: Human rights, armed conflict, Colombia, NGO, Public politics, Sophie Daviaud.

INTRODUCCIÓN

De la mano del sociólogo; Daniel Pécault quien desde los años 70 se ha interesado por el conflicto colombiano, lo que lo distingue actualmente como un especialista sobre Colombia y a quien le ha dedicado algunos de sus trabajos escritos en español y en francés, Sophie Daviaud penetra en el complejo conflicto que azota a los colombianos desde hace ya muchos años para responder a sus cuestionamientos que son del interés no solamente de los colombianos sino también de la comunidad internacional y de la academia. Daviaud busca establecer cuál es *el significado y el reto de los derechos humanos en el contexto de un conflicto armado y la problemática del fundamento de las políticas públicas en una sociedad en conflicto*.

Sophie Daviaud de origen francés, conferencista en ciencia política, doctora en sociología política y profesora de política comparada y relaciones internacionales, tiene un amplio conocimiento en derechos humanos y en la realidad social y política de América Latina. Durante sus estudios de doctorado, se instala en Colombia para conocer más de cerca la realidad de este país y poder recrear su primera obra de la cual nos ocuparemos en este artículo de revisión.

En el año 2012 se conoce otra de sus obras; América Latina: de la violencia política a la defensa de los derechos humanos (traducción propia del título de la obra en francés) (*Amérique latine: de la violence politique à la défense des droits de l'homme*). En esta oportunidad, Daviaud busca responder entre otras cuestiones al porqué a pesar de que, en la mayoría de los países

latinoamericanos, los conflictos armados han llegado a su fin, los derechos humanos siguen ocupando un lugar importante en la agenda de estas democracias.

Una de las perspectivas sociológicas que orienta su investigación en torno a los derechos humanos en el marco del conflicto colombiano, está anclada a la imagen, concepto, política e ideología a nivel internacional que tienen los derechos humanos en los años noventa. La autora invoca la concepción ética y "constructivista" *-el discurso de los derechos humanos puede encerrar en sí mismo pretensiones políticas y económicas de Estados o actores internacionales con el fin de ganar o mantener su influencia en determinado territorio-*. "Los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización" (Niño 1991 p 1).

Autores como los que ella cita; Margaret Keck y Kathryn Sikkink con una visión constructivista de los derechos humanos, resaltan en sus análisis a los actores sociales. Igualmente, Kathryn Sikkink y otros como; Stephen Ropp y Thomas Risse reflexionan sobre el impacto que tienen las normas de derechos humanos en los comportamientos de los Estados y de los individuos. Estos aportes llevan a proponer un modelo teórico complejo denominado "el modelo en espirales en 5 fases" o también conocido como "el modelo de la espiral", el cual presentamos en la siguiente gráfica, inspirados del texto de Emma Maza (2012, p. 10).

Según Daviaud, el modelo en espirales en 5 fases no se aplica de manera literal al contexto colombiano, ya que Colombia vive un conflicto muy particular y diferente al de lo común en la región. Lo que Gilles Bataillon

FIGURA 1

Fase 1. Represión: Situación represiva y abuso de los derechos humanos.



Fase 2. Negación: Ante la presión internacional, el Estado niega las acusaciones y clama la intervención legítima en asuntos internos.



Fase 3. Concesiones tácticas: Se escala la presión y el gobierno se ve obligado a realizar concesiones para disminuir la presión internacional. Ya no se niega la validez de los estándares de derechos humanos y los gobiernos pierden el control de la situación interna.



Fase 4. Estatus prescriptivo: Ocurre una liberalización desde arriba o un cambio de régimen. el gobierno acepta la validez de las normas y las empieza a institucionalizar, aunque pueden seguir existiendo violaciones a los derechos humanos. Ocurre un proceso argumentativo de persuasión, donde los actores se reconocen como iguales.



Fase 5. Comportamiento consistente con las normas: Las palabras se convierten en hechos. Las normas de derechos humanos son implementadas.

(2016, p. 7) quiere decir al señalar que Colombia es “un país atípico en América Latina” Sin embargo, en ciertos momentos, bajo situaciones muy específicas que reseña la autora, es posible aplicar el modelo de manera parcial (Daviaud, 2010, p. 10).

Tratando de entender mejor la situación tan particular del conflicto y de los derechos humanos en Colombia, Daviaud se refiere en su texto, a la posición que sostienen algunos sociólogos, entre ellos, Yves Dezalay y Bryant Garth, los cuales analizan el tema de los derechos humanos desde su carácter estratégico y de “campo”, propicio para que los actores logren sus ambiciones de poder. Al estudiar esta perspectiva y aplicarla al caso colombiano, Daviaud señala que tratándose de “Estados frágiles” (*De acuerdo con el Banco Mundial (2016) se trata de países donde los resultados de desarrollo se ven afectados por la fragilidad, el conflicto y la violencia*) como ella considera al Estado colombiano, los derechos humanos no funcionan como un verdadero “campo” pues este país se caracteriza por la pluralidad de discursos, de prácticas y de actores que reaccionan contra el Estado (p. 14).

Finalmente, Daviaud reconoce que, la observación de los actores y de sus prácticas fue lo que principalmente le permitió responder a sus cuestionamientos. Igualmente, la definición que de política propone Hannah Arendt (1995) “La política es esencialmente acción, puesta en “relación” (p. 15) y, de las reflexiones de otros autores, entre ellos, su director de tesis Daniel Pécaut.

Nosotros revisaremos las respuestas que la autora da a sus cuestionamientos, analizando detenidamente, cada una de las partes en las que está contemplado su libro, a saber: Primera parte. La defensa de los derechos humanos: una confrontación política entre las ONG⁷ y el Estado (nuestra traducción) *-La défense des droits de l'homme: une confrontation politique entre les ONG et l'État*. Segunda parte. La configuración de los derechos humanos apropiado por nuevos actores (nuestra traducción) *-La configuration des droits de l'homme investie par de nouveaux acteurs*. Tercera parte. La internacionalización de los debates relativos a los derechos humanos (nuestra traducción) *-L'internationalisation des débats relatifs aux droits de l'homme*. Finalmente, concluiremos con una valoración de su obra y resaltaremos, la necesidad que surge de actualizar este tema, máxime en un momento crucial que vive el Estado colombiano con los acuerdos firmados en noviembre de 2016 entre el gobierno y el grupo armado FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), los cuales le han permitido a este país transitar los caminos del posconflicto, acercando finalmente al colombiano a ese sueño de alcanzar la Paz.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA CONFRONTACIÓN POLÍTICA ENTRE LAS ONG Y EL ESTADO

El texto de Daviud tiene un buen comienzo, pero difícil: definir y comprender el conflicto armado en Colombia. Sin duda, para saber qué significado tienen los derechos humanos en un país en conflicto, es un imperativo entender cuál es conflicto del que se habla,

⁷ Organización no gubernamental, después citada como ONG.

pero esto no deja de ser todo un desafío pues, en el caso colombiano, su conflicto se caracteriza por su antigüedad y su alta complejidad. El otro tema importante en esta primera parte, es el relato sobre la llegada de las ONG al país, el manejo de su discurso sobre los derechos humanos y, el uso del *derecho* como uno de sus principales instrumentos de trabajo, lo que les genera un enfrentamiento con el Estado colombiano. Para empezar, resaltaremos algunos de sus esfuerzos por describir el conflicto colombiano.

EL CONFLICTO COLOMBIANO

Al mencionar el nombre de Colombia es muy común escuchar de sus habitantes y de algunos extranjeros, que este país sería el paraíso si no fuera por ese viejo, largo e inacabable conflicto. Seguido a esta apreciación, se menciona de manera casi mecánica una cifra significativa que hace alusión al tiempo en que su población se siente en guerra *-ya hace más de cinco décadas-*. Para clarificar esta usanza, Daviaud cita a uno de los que habla con mayor autoridad sobre el conflicto colombiano, el filósofo e historiador colombiano; Fernán González (*Sacerdote jesuita. Estudió Teología y Filosofía y Letras. Máster en Ciencia Política y Doctor en Historia*) quien, en una de sus obras (*Hacia una mirada más compleja de la violencia, 2002*), señala que los inicios de la violencia en Colombia son de vieja data pero que se confrontan a partir de los años 60 (p. 25).

Algo recurrente entre quienes se dedican al estudio de la violencia en Colombia y que Daviaud rescata, es afirmar que el conflicto colombiano es imposible de ser clasificado en aquellos conflictos típicos de otros

países de América Latina. A diferencia de algunos países de la región como Chile, Argentina, Brasil, Guatemala, Colombia no es reconocido internacionalmente por tener gobiernos autoritarios y dictaduras que fueron en la región el nicho de fuertes violaciones de los derechos humanos. Al contrario, Colombia es considerada como una de las democracias más antiguas y estables de América Latina y a pesar de la existencia de un largo conflicto, esta apreciación parece que sigue intacta.

En Colombia, el conflicto se mantuvo por largo tiempo manejado estrictamente como un asunto de carácter interno. Los enfrentamientos bipartidistas en el año 1957 más conocidos como el “Frente Nacional” han sido considerados por los expertos entre ellos Daniel Pécault como el detonante de la violencia. Más adelante aparecen en la arena y cobran fuerza los grupos guerrilleros y también los grupos paramilitares (autodefensas) dándole mayor relevancia a este conflicto. Posteriormente, y en “interseccionalidad” (*El término interseccionalidad es empleado para los efectos de esta revisión de tema para señalar el cruce o la interconexión que existe entre los diferentes actores del conflicto armado en Colombia (guerrilla y paramilitares) y el negocio del narcotráfico*) aparece, el narcotráfico para recrudecerlo (el conflicto) y darle forma a lo que hoy en día se conoce como *el conflicto armado colombiano* y que a nivel de la comunidad internacional se califica como *un campo de batalla, de violaciones de derechos humanos y de droga*.

La diversidad de actores que intervienen en el conflicto colombiano, sus intereses, la forma en que se comportan frente al conflicto y sus impactos dentro y fuera del país, dan cuenta igualmente, de la particularidad

de este conflicto. Por ello, Daviaud señala que, “el modelo en espirales en 5 fases” difícilmente se ajusta de manera exacta a la realidad colombiana.

LA LLEGADA DE LAS ONG A COLOMBIA

La instalación y la incursión de las ONG en el territorio colombiano fue clave en la construcción de una cultura en derechos humanos y su defensa. De igual forma, sus actuaciones permitieron revelar tanto a nivel interno como externo la existencia de graves violaciones a los derechos humanos en el país. Queda claro entonces con la llegada de estas organizaciones, que en Colombia sí se dan casos de violación de derechos humanos. Esta revelación permite ajustar el contexto colombiano a la primera fase del modelo de la espiral: *Represión: Situación represiva y abuso de los derechos humanos*.

Las ONG que se instalaron en Colombia fueron numerosas y muy heterogéneas. La motivación inicial para trabajar en este territorio fue cambiando al ritmo de la intensidad y de las secuelas del conflicto armado. Según Daviaud, hoy en día, Colombia es uno de los países con mayor número de ONG en América Latina (p 63). Esto significa, el surgimiento de toda una cultura de las ONG. Estas organizaciones tienen una procedencia variada, luego de estar en América Latina ocupadas de la situación de otros países, como el caso de Chile por el golpe de estado vivido en 1973, comienzan a desplazarse hacia Colombia. Tímidamente llegan en pequeños grupos, al igual que abogados independientes que se consagran específicamente a la defensa de prisioneros políticos.

Con el recrudecimiento de la violencia, Colombia comienza a figurar internacionalmente, como el segundo país con mayor número de desplazados en el mundo (p. 7), de lo que da cuenta el informe de 1994 preparado por la Conferencia Episcopal de Colombia (CEC), resaltado por la autora como el primero en su género. El desplazamiento se convierte entonces en el objeto de estudio de las ONG que debutan su labor de defensa de los derechos humanos en los años 90. Ellas al tratar esta problemática, señalan como único responsable de las violaciones a los derechos humanos, al Estado colombiano, amparándose en la concepción clásica de los derechos humanos.

Con la práctica y experiencia, las ONG en Colombia, descritas como grupos pequeños y abogados independientes que velan por la defensa de los derechos humanos, se convierten en reputadas y fortalecidas instituciones. Su primera y específica labor, la defensa de prisioneros políticos, deja de ser su única motivación de trabajo y su accionar pasa a tener un mayor alcance, traspasando las fronteras colombianas.

El abogado Gustavo Gallón director de la ONG Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) creada en 1988 bajo el nombre de Comisión Andina de Juristas seccional colombiana, militante en la defensa de los derechos humanos fue quien lideró la capacitación en Colombia de otras ONG en los mecanismos internacionales de defensa de los derechos humanos y el trabajo de *lobbying* (cabildeo) ante los organismos internacionales.

Según Daviaud se puede identificar tres maneras como las ONG dirigen sus acciones en Colombia:

1. El establecimiento de líneas de interpretación del conflicto colombiano, 2. La movilización de las emociones y 3. La utilización del derecho como herramienta de trabajo. Para efectos de este artículo nos detendremos en el tercer accionar y en este sentido definiremos *derecho* (Definición de derecho objetivo en su versión clásica), como el conjunto de normas e instituciones que regulan el comportamiento de las personas en sociedad.

EL DERECHO: UN INSTRUMENTO PARA LAS ONG EN SU MILITANCIA

La autora introduce este tema, resaltando la veneración que tiene Colombia por el derecho y el rol tan importante que tiene en la política del país. Igualmente, para ella, las ONG que están en el territorio ven al derecho como un gran aliado en su militancia, de ahí que gran parte de sus miembros sean abogados. Algunas de estas organizaciones, utilizan el derecho en su lucha contra el Estado Colombiano, otros, como el medio para reivindicar la concepción filosófico-política, específicamente, el *jus ad bellum* (guerra justa)⁸.

La instrumentalización y movilización del derecho genera efectos importantes en las sociedades. En el caso colombiano, quizás el más destacable en su momento,

⁸ "El *jus ad bellum* (el derecho sobre el empleo de la fuerza)"- tema eminentemente político, ver Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, "Droits humains et conflits armés" (2015) Société de philosophie du Québec, 42:2 Quebec p. 311-333. También, en línea: < <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>>, ver Keiichiro Okimoto "The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello", Hart Publishing, Studies in International Law 33, Oxford, 2011.

sería el reconocimiento y la consagración del *derecho a la rebelión* (sentencia de control de Constitucionalidad C-456 de 1997) (conocido también como delito político)⁹. Este efecto puede catalogarse como positivo ya que permitió reivindicar concepciones políticas (p. 121). Pero también los efectos pueden ser de carácter negativo, en este caso, el uso instrumental de las leyes y de las instituciones del poder judicial generan inseguridad jurídica poniendo en riesgo la «certeza del derecho».

La incursión de las ONG en Colombia, sin duda permitió acercar el lenguaje de los derechos humanos a la sociedad colombiana. Igualmente, permitió visualizar al Estado como actor y responsable de graves violaciones de los derechos humanos. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que condena al Estado colombiano por la desaparición forzada y posterior muerte del ciudadano Luís Fernando Lalinde Lalinde (Resolución N° 24/87 Caso 9620), da cuenta de ello. Finalmente, el trabajo de las ONG hizo más visible la realidad colombiana en materia de derechos humanos y desacreditó en alguna medida, esa imagen que tenía al país como el más democrático y estable de la región.

LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU APROPIACIÓN POR NUEVOS ACTORES

En esta parte, la autora analiza y explica cómo el lenguaje de los derechos humanos, antes del dominio exclusivo

de las ONG, pasa a ser un lenguaje más cercano a nuevos actores del conflicto armado en Colombia. El Estado colombiano es el principal protagonista de este cambio ya que durante largos períodos de gobierno ignora el tema, para posteriormente asumir una posición completamente distinta, en la cual, los derechos humanos son tema de debate y son objeto de política pública. Así mismo, poco a poco con la institucionalización del derecho internacional humanitario (DIH) en el sistema jurídico colombiano, otros actores armados comienzan a incluir los derechos humanos en sus discursos. Finalmente, la sociedad civil es quien se manifiesta y sienta su posición frente a los derechos fundamentales en Colombia.

Daviaud examina diferentes períodos presidenciales para poder explicar el cambio de posición por parte del gobierno colombiano frente a los derechos humanos. De manera general, señala que se trata de un cambio drástico, pues el Estado Colombiano pasa, de negar fehacientemente las violaciones de derechos humanos y desconocer la necesidad de hablar del tema a considerarlo como prioridad y abrirle espacio en la agenda nacional. Lo anterior lo podemos constatar con el diseño y puesta en marcha de acciones del gobierno, con el propósito de prevenir y dar respuesta a las violaciones de derechos humanos que comenzaban a salir a la luz pública. La posición indiferente del gobierno colombiano permite ajustar al país a la fase 2 del modelo de la espiral. *Negación: Ante la presión internacional, el Estado niega las acusaciones y clama la intervención legítima en asuntos internos.*

⁹ Ver sentencia de control de Constitucionalidad C-456 de 1997, también El Acuerdo Final de Paz Gobierno-FARC retoma la definición de delito político.

Hasta el gobierno del presidente Turbay Ayala (1978-1982), Colombia niega las violaciones y desconoce la importancia de hablar de los derechos humanos en el país. Durante la presidencia de Belisario Betancur (1982-1986), se conoce el informe preparado por el Procurador General de la Nación -*El Procurador General de la Nación es la máxima autoridad del Ministerio Público en Colombia. Este ministerio fue creado en 1830 y entre sus principales funciones bajo la Constitución Política de 1991 está la de salvaguardar los derechos humanos y los intereses de la sociedad*- sobre la situación de violencia en el país y el surgimiento de nuevos actores armados, - las autodefensas-, surge entonces, una era de reconocimiento y desarrollo de instituciones referentes a los derechos humanos. El primer gobierno que lideró este enfoque fue el gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990). De ahí en adelante de una u otra forma, cada gobierno subsiguiente hace de los derechos humanos un punto importante de su agenda.

Pasar de negar a reconocer la importancia de los derechos humanos y los casos de violación en Colombia fue un proceso en el que se sintió una fuerte presión internacional. El silencio que guardó por un largo tiempo la comunidad internacional con relación a la situación de violencia que vivían los colombianos, se rompe en gran medida por el fenómeno del narcotráfico. Esto monta a la fase 3 del modelo de la espiral el contexto colombiano. *Concesiones tácticas: Se escala la presión y el gobierno se ve obligado a realizar concesiones para disminuir la presión internacional. Ya no se niega la validez de los estándares de derechos humanos y los gobiernos pierden el control de la situación interna.*

Para ejemplificar mucho mejor la fuerza que toma el discurso de los derechos humanos en Colombia, Sophie Daviaud, hace un registro de las diferentes instituciones que son creadas en Colombia en favor de los derechos humanos. Ellas han sido catalogadas como instituciones de gran envergadura y de gran complejidad, por ello vale la pena mencionar algunas de ellas:

El Consejo para la defensa y la protección de los derechos humanos. Se reconoce porque fue la primera institución del Estado creada para tal fin. Además, el primer consejero que tuvo fue el reconocido abogado y politólogo Álvaro Tirado Mejía -*Durante el gobierno de Virgilio Barco fue miembro de la Comisión de Diálogo para la Paz con el M-19 y el EPL, y el presidente lo nombró Primer Consejero Presidencial para la Defensa de los Derechos Humanos*-. Su designación fue clave, por su larga trayectoria en la defensa de los derechos humanos y por la magnífica aceptación que recibió de la prensa y del pueblo colombiano. Como función principal tuvo, la de concebir y poner en marcha las políticas del gobierno nacional en materia de derechos humanos, función que desempeñó con laboriosidad obteniendo como uno de sus más grandes resultados la inclusión del tema de derechos humanos en el proyecto de la nueva constitución y la creación de una de las instituciones más insignias de la Carta Política de 1991, *el Defensor del Pueblo*.

Por su parte, la Procuraduría General de la República crea *la Oficina delegada de los derechos humanos*, responsable de la recepción de las quejas y del control de los procesos contra funcionarios públicos acusados de violaciones a los derechos humanos.

Con la promulgación de la Nueva Constitución de Colombia en 1991 durante el gobierno del expresidente César Gaviria Trujillo -*Presidente de la República de Colombia en la época que se conoce como “la Séptima Papeleta”, donde el tema central es “la protección de los derechos de la gente” y donde se consagra la tutela como la herramienta fundamental para su defensa-* se logra plasmar la voluntad política de reconocer y trabajar por los derechos humanos, “los derechos de la gente”. Al respecto, Daviaud menciona cómo en teoría esta nueva Carta Política hace de Colombia un “paraíso de los derechos humanos” (p. 138). De 380 artículos, 80 de ellos están dedicados a los derechos humanos. Como ya se advertía, se crea la *Defensoría del Pueblo* (artículo 282 CP) y se consagran mecanismos para la defensa de los derechos fundamentales. *La Corte Constitucional*, por ejemplo, estaría encargada de velar por el respeto de los derechos humanos, al igual que la Procuraduría General de la Nación que recibe este mandato específico con la Constitución de 1991.

En esta época comienza una expansión de programas en relación con los derechos humanos. En 1995, se crea la *Unidad de los Derechos Humanos* de la Fiscalía General de la Nación. En ese mismo año, el Ministerio del Interior también crea su propia unidad dedicada a los derechos humanos. Pero quizás, uno de los grandes acontecimientos de la época, fue la ratificación por parte de Colombia del *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977*. Este espaldarazo a los derechos humanos fue complementado con la *ley 288 de 1996 por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización*

de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos. Ley que contiene las recomendaciones de la Comisión interamericana de los derechos humanos, que según Daviaud es una ley única en su género en América (p.139).

La situación de los desplazados en Colombia finalmente se reconoce y se admite la responsabilidad del Estado durante el gobierno del expresidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Este reconocimiento se concretiza con la *ley 387 de 1997 a través de la cual se adoptan medidas en favor de la atención, de la protección y de la prevención del desplazamiento forzado en Colombia*. Igualmente, el gobierno colombiano manifiesta su respaldo a los derechos humanos con otras acciones, por ejemplo, el acercamiento hacia las ONG existentes a través de la contratación de sus más reconocidos dirigentes en el gobierno.

No obstante, los avances en materia de derechos humanos, bajo el mandato del expresidente Álvaro Uribe (2002-2010) -*Fue gobernador del Departamento de Antioquia en 1994 y actualmente es Senador de la República-*, el país vive un retroceso. Álvaro Tirado, primer consejero de los derechos humanos en Colombia, utiliza un lenguaje discursivo pretendiendo hacer ver al Estado Colombiano ante los organismos internacionales como una víctima del fenómeno de la violencia. Igualmente, señala reiteradamente que Colombia es un Estado democrático y que las violaciones a los derechos humanos no son una política de Estado, de ahí que el conflicto colombiano difiera de los conflictos vividos en el cono sur. Además, afirma que el origen

de la violencia en el país radica mayoritariamente, por los asesinatos que provienen de la delincuencia común y del narcotráfico. Claramente, deslegitima la aplicabilidad de la teoría clásica de los derechos humanos, trata de recuperar la imagen de Colombia como el país más estable y democrático de la región y rompe la escalada del contexto colombiano, al modelo de la espiral.

Al respecto, Daviaud explica, cómo bajo este gobierno se combinan los derechos humanos con una política pública de seguridad democrática, catalogada “como la mejor política en materia de derechos humanos” (p. 150) y se descalifica la nominación que del conflicto de Colombia se estaba dando en el momento “conflicto armado interno” por la nominación de “terrorismo contra la sociedad colombiana y las instituciones democráticas”. Uno de los grandes esfuerzos durante estos dos períodos de gobierno fue hacerle comprender a los organismos internacionales, que el Estado colombiano no vive un conflicto armado interno ni mucho menos una crisis humanitaria. También, buscaba descalificar el trabajo de ciertas ONG que el gobierno señalaba como ONG al servicio del terrorismo. Lo cierto es que ambos períodos de gobierno del expresidente Uribe han sido calificados como los períodos de mayor abuso del poder y de violación a los derechos humanos (Informe Mundial, 2014).

Con la institucionalización del derecho internacional humanitario (DIH) en Colombia, el país avanza en el lenguaje de los derechos humanos. Nuevos actores como los guerrilleros y los paramilitares participan del debate y se incluye en la agenda colombiana posibilidades de

negociación entre gobierno y grupos armados y la consecución de la paz. Daviaud menciona, por ejemplo, a “Puerta del Cielo” como el primer acuerdo humanitario con un grupo guerrillero (el ELN) en 1988 (p. 177). Lamentablemente, cuando son pocos los resultados a nivel de la defensa de los derechos humanos y sus violaciones persisten, pensamos en que ellos (los derechos humanos) solo son simples instrumentos estratégicos de los actores armados del conflicto colombiano. Daviaud en buena hora cita al profesor Arturo Carrillo Suárez quien señala: “(...) La utilización frecuente de la terminología del derecho internacional humanitario por esos grupos puede ser visto de manera cínica y puede obedecer a motivos estratégicos o políticos, pero esto representa no menos que un progreso considerable respecto a las actitudes pasadas” (1999, pp. 193-194).

Finalmente, la sociedad civil colombiana toma partida en el tema. Según Daviaud, en Colombia, el término *sociedad civil* (Daviaud, 2010, p. 22) aparece en la década de los 90 y se hace visible como organizaciones nacionales en favor de la paz y “como propuestas locales de resistencia frente al conflicto armado” (Daviaud, 2007). Ambas sociedades, impulsan a su manera, el debate en materia de derechos humanos. Lamentablemente, limitaciones a nivel estructural, económico y territorial hacen disminuir sus resultados y dejan ver algunas de sus debilidades. Daviaud las resume en las siguientes: *manejo parcial del discurso, denuncia parcial de las violaciones y de sus responsables, ambigüedad en el concepto de los derechos humanos y alcance limitado de sus acciones*.

75

INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DEBATES RELATIVOS A LOS DERECHOS HUMANOS

Un tema recurrente en la escena internacional es sin duda la historia, la defensa y la protección de los derechos humanos. Por ello y ante la situación de orden público en Colombia, este país comienza a ser objeto de diversos pronunciamientos de reconocidas ONG, de organismos internacionales y de la prensa internacional. El secuestro de la excandidata a la presidencia en Colombia; la política Ingrid Betancourt, es catalogado por Daviaud como el detonante de esa “popularidad” en el caso del continente europeo (p. 165).

Los análisis de Daviaud al respecto, resaltan la vinculación de otros gobiernos y de reconocidas organizaciones en la lucha por la defensa de los derechos humanos en Colombia. Igualmente, menciona el rol que han jugado el Sistema Interamericano de derechos humanos y las ONG norteamericanas en el conflicto colombiano. Finaliza esta tercera parte de su obra, con la desmovilización de los grupos paramilitares su repercusión en el discurso de los derechos humanos y la movilización de las víctimas en torno a las medidas de *justicia, verdad y reparación*.

Cómo ya se había expresado, el gobierno colombiano había hecho grandes esfuerzos por mantener en mucha reserva la situación de orden público y la situación en materia de derechos humanos en el país. Sin embargo, la década de los 80 marcan un antes y un después en la vida de los colombianos. Fue una época de mucha violencia, donde los enfrentamientos que ya se daban se recrudecen bajo el manto del

narcotráfico. Esta época es considerada como ícono y determinante de lo que hoy se entiende por conflicto armado en Colombia. Daviaud alude a que, al inicio de esta inolvidable década, la reconocida organización Amnistía Internacional (AI) envía por primera vez una misión a Colombia, la que finaliza con un informe detallado de las principales violaciones de los derechos civiles y políticos cometidos en territorio colombiano (p 256). En 1981, otras organizaciones norteamericanas comienzan a tener interés por la situación de violencia en Colombia, *Human Rights* crea un Comité dedicado al estudio del caso colombiano. En 1988, a finales de la década, se da a conocer la primera Resolución contra Colombia por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, responsabilizando al Estado de la detención arbitraria el 3 de octubre de 1984 de Luís Fernando Lalinde Lalinde y de su desaparición y muerte (Resolución N° 24/87 Caso 9620 Colombia 16 de septiembre de 1988).

Para Colombia estar reseñado como país violento, donde se vulneran constantemente los derechos humanos, tomó forma de recursos y de apoyo militar. El expresidente Andrés Pastrana hace *lobby* internacional que da como resultado el famoso “Plan Colombia” -*El Plan Colombia fue creado para recibir ayuda militar y económica de la comunidad internacional. Estados Unidos es quien lo impulsa*-. Estados Unidos de América ofrece una importante suma económica al país para su lucha contra la violencia y el narcotráfico. La ayuda en un porcentaje mayor se va dirigida al fortalecimiento del ejército colombiano. Posteriormente, y a pesar de su reticencia en años anteriores, la Unión Europea en febrero de 2001, declara su apoyo al proceso de paz en



Colombia con una donación de 335 millones de euros que robustecen monetariamente el "Plan Colombia" (Resolución del Parlamento europeo, p. 228). Gracias a ese apoyo europeo y a las condiciones de aquella donación, Colombia se compromete a reparar a las víctimas y a respetar las normas internacionales. Este compromiso es un gran triunfo para aquellas organizaciones que ya tenían por lucha la reparación de las víctimas del conflicto armado.

Las ONG a través de sus "informes sombras, informes paralelos o informes alternativos" *-Los informes paralelos son informes que se presentan para complementar, aclarar o desmentir los informes de los gobiernos (informe oficial) en cumplimiento de sus compromisos ante los diferentes Comités de Naciones Unidas en virtud de la firma de los Tratados-* sobre la verdadera situación de Colombia a nivel de los derechos humanos, hacen más incisiva la atención de parte de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas hacia este país. El trabajo investigativo y militante de las ONG busca mostrarle a la comunidad internacional su interpretación de la realidad colombiana y ejercen presión para que los Organismos Internacionales reconozcan al Estado Colombiano como responsable y se le condene ejemplarmente. La presentación de estos informes paralelos, no representa una tarea fácil para las ONG, ello implica un duro trabajo de campo, buenos contactos, *lobby*, recursos económicos y logísticos, información y estadísticas confiables. En fin, detrás de esos informes hay largos años de trabajo, experiencia y dedicación. El director de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Gustavo Gallón como Daviaud lo explica, se hace merecedor de una distinción especial en esta ardua labor (p. 243).

Debido en gran parte a la presión internacional, durante el gobierno liderado por el expresidente Uribe, se decide llevar a cabo diálogos con uno de los actores armados en Colombia, los de extrema derecha. A los ojos de Daviaud, esta medida representa una innovación en la historia de violencia en Colombia (p. 264). La propuesta del gobierno de desmovilización de los paramilitares permite instaurar en el sistema jurídico colombiano una Justicia Transicional (*"... alude a las formas en que países que dejan atrás periodos de conflicto y represión utilizan para enfrentarse a violaciones de derechos humanos masivas o sistemáticas, de tal magnitud y gravedad que el sistema judicial convencional no puede darles una respuesta adecuada"* (ICTJ, s.f)). Aparece entonces, el 29 de abril de 2005, la conocida como la ley de "justicia y paz" (Ley 975 de 2005). La vigencia de esta ley es objeto de muchas reacciones, tanto a nivel nacional como internacional, estas reacciones fueron más negativas que favorables (p. 272). El pueblo colombiano es testigo de la puesta en marcha de diversas medidas nunca antes establecidas, experimentando con ello, sentimientos de impunidad, de justicia blanda, de reducción de penas, especialmente, las víctimas del conflicto armado que ya estaban cansadas de esperar que se les reparara el daño causado. Para contrarrestar estas reacciones frente a la ley, el gobierno lidera fuertes campañas educativas. La autora cita un fragmento del discurso de Eduardo Pizarro al momento de instalar la Comisión de la verdad, donde se puede entender claramente, el objetivo que tenía el gobierno de ese entonces.

Colombia aceptó un desafío sin precedentes a nivel mundial: el de aplicar la justicia en el seno de un

conflicto que no ha terminado. (...) Nosotros, los colombianos, vamos a hacer algo que ningún otro país ha hecho en situaciones similares. Nosotros vamos a obtener la paz sin dejar a un lado la aplicación de la justicia, la reconstrucción de la verdad ni los derechos de las víctimas a la reparación (p. 278).

A través de la Justicia Transicional, Colombia reconoce cuatro pilares fundamentales; *verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición*. Frente a este salto del gobierno, las víctimas no tardan en pronunciarse. Su postura está según Daviaud caracterizada por el aislamiento, la controversia, la falta de organización y de representatividad, la falta de voz, el silencio. Pero también, está caracterizada por la lucha, la persistencia y la tenacidad de algunas de ellas que ante el panorama tan oscuro se vieron obligadas a organizarse para poder levantar más la voz, es el caso por ejemplo de la Asociación Caminos de Esperanza "Madres de la Candelaria" -*Movimiento social que pretende hacer visible la situación de desaparición forzada que padece el departamento y el país. Es una resistencia civil que tiene el propósito de hallar las personas que han sido secuestradas*- (p. 308). Para ejemplificar mejor esta afirmación, la autora cita algunas palabras de su fundadora; Teresita Gaviria:

Si esos señores continúan sin decir nada en las audiencias, yo voy a preparar un comunicado público, yo les diré que ellos son los responsables del fracaso de este proceso. Nosotros no hemos avanzado mucho, nosotros hemos llegado hasta reanudar una amistad con ustedes, pero esa no ha sido una amistad sincera de su parte (p. 309).

A pesar de todas las dificultades que han tenido las víctimas para hacerse escuchar, Daviaud reconoce

que su discurso sobre los derechos humanos poco a poco va teniendo eco, y con sus acciones van ocupando espacios estratégicos para hacer valer sus derechos. Para la época en que la autora realizaba sus investigaciones, las víctimas del conflicto armado comenzaban a hacerse visibles y a liderar procesos de reclamación de sus derechos. A esta fecha, es lamentable que esa visibilidad no se haya concretado en reparaciones integrales para todas las víctimas. Por el contrario, aún sigue la indiferencia ni siquiera con las nuevas normas consagradas en favor de la reparación (Ley 1448 de 2011), las víctimas se sienten satisfechas. Ahora hay un acuerdo firmado entre el gobierno nacional y el grupo armado FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) y la sensación de reparación y respeto por los derechos humanos sigue siendo amargo en el contexto colombiano.

En consecuencia, el modelo de la espiral no se logra ajustar en su fase quinta a la situación de derechos humanos en Colombia. A pesar de Colombia finalmente, logra reconocer las violaciones a los derechos humanos, de ajustar el sistema jurídico a los estándares internacionales y de apropiarse de este lenguaje, no se logra una coherencia entre el discurso y la realidad. Los derechos humanos siguen en la agenda nacional, están presentes en campañas políticas, en contiendas electorales, pero aún no se materializa ni en las calles, ni en los barrios y mucho menos, en el campo colombiano.

VALORACIÓN Y CONCLUSIÓN

La investigación llevada a cabo por la socióloga Sophie Daviaud nos permite en principio, diferenciar el conflicto



colombiano del resto de conflictos vividos por otros países Latinoamericanos. También, reconocer la complejidad del conflicto colombiano para poder entender por qué pese a varios esfuerzos del gobierno, al trabajo de innumerables ONG, a la presencia de una sociedad civil más organizada, acabar la violencia y la violación a los derechos humanos en este país, no ha sido posible. Finalmente, nos permite, entender que alrededor del tema de los derechos humanos son muchos los hechos, personajes, normas y posiciones que se tejen y que dan cuenta del significado de ellos en determinado momento del conflicto.

Ahora bien, la afirmación sobre la aplicabilidad al caso colombiano de manera parcial del modelo de la espiral es entendible, pues hemos visto cómo la aparición en escena de nuevos y variados actores armados, la persistencia en las violaciones a los derechos humanos, la instrumentalización del derecho, la falta de objetividad en el discurso y la ineficacia de las medidas en defensa y protección de los derechos humanos, no permiten escalar de manera literal a la tan anhelada fase 5. *Comportamiento consistente con las normas: Las palabras se convierten en hechos. Las normas de derechos humanos son implementadas.* Por lo anterior, cobra sentido, la afirmación de Daviaud de que la mayoría de los gobiernos colombianos han pretendido hacer de los derechos humanos el fundamento de su acción política, pero para fines que quedan en el beneficio de muy pocos (p. 317), luego difícilmente, los colombianos contarán con un discurso homogéneo y con unas políticas públicas claras, concretas y firmes en derechos humanos.

Para terminar, es importante señalar, que este tema debe seguir siendo revisado, ya que ante los últimos acontecimientos vividos en Colombia, los derechos humanos siguen apareciendo en primera plana nacional e internacional. Hay un acuerdo de paz firmado entre gobierno y FARC que ya está siendo implementado y, pese a ello, las violaciones a los derechos humanos no dan tregua. Igualmente, se aproximan las elecciones presidenciales y no estamos seguros qué lugar ocuparán los derechos humanos en la agenda nacional. ¿Cuál será entonces ahora el significado de los derechos humanos en Colombia? ¿Seguirán siendo simplemente una herramienta política?

BIBLIOGRAFÍA

Amuschástegui, J. G. (2016). Las teorías de los derechos humanos. Revista de Administración Pública No. 105 México UNAM, 19-41.

Bataillon, G. (2016). Introduction. Configurations de la violence autour de Daniel Pécaut. En Colombie Configurations de la Violence Autour de Daniel Pécaut. Problèmes d'Amérique Latine 100, 5-9.

CICR. (s.f.). Jus ad bellum y jus in bello. Obtenido de: <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>

Claviño, E. C. (2012). Derechos humanos: México, retórica son compromiso. Flacso México.

Daviaud, S. (2010). L'enjeu des droits de l'homme dans le conflit colombien. Karthala, Paris.

Daviaud, S. R. (2007). Sociedad civil y derechos fundamentales en Colombia. Pensamiento Jurídico. Bogotá, Colombia, No. 19, 21-41.

Parlamento europeo. Resolución del 1ro. de febrero de 2001.

Garth 1998), Y. D. (1998). Droits de l'homme et philanthropie hégémonique . 121 :1 Actes de la recherche en sciences sociales. Les ruses de la raison impérialiste, 23-41.

González, F. (2014). Poder y violencia en Colombia. Bogotá: Odecofi, Cinep.

Jeangène Vilmer, J. B. (2015). Droits humains et conflits armés. Société de philosophie du Québec, 42:2 Quebec, 311-333.



Corte Interamericana de Derechos Humano. Resolución 24/87 Caso 9620 Colombia 16 de septiembre de 1988.

Index, F. S. (s.f.). Estados fragiles. Obtenido de <http://fundforpeace.org/fsi/>

PGN. (s.f.). La Constitución Política de 1991. Obtenido de: [http://www.procuraduria.gov.co/portal/infoins\(Nizkor\)t_historia_1991.page](http://www.procuraduria.gov.co/portal/infoins(Nizkor)t_historia_1991.page)

Niño, C. S. (1991). The ethics of human rights. Oxford Clarendon Press.

Nizkor, E. (s.f.). Plan Colombia Información y Documentos. Obtenido de: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/plan/>

Pécaut, D. ((2016)). La Colombie. Configuration de la violence. 100 :1 Problèmes d'Amérique Latine, 38-138

Suarez, A. C. (1999). Hors de Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law AS Applied to Internal Armed Conflict. 15 Am U Int'l L Rev 1 , 42-128.

Watch, H. R. (2014). Informe Mundial 2014: Colombia Eventos de 2013. Obtenido de: <https://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/260120>

CNM (2009). Caso: Luis Fernando Lalinde Lalinde. Ontenido de: http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=97:luis-fernando-lalinde-lalinde&catid=5&Itemid=678%3E.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

81



¿DE QUIÉN ES LA TIERRA?, UNA REFLEXIÓN CRÍTICA AL TEXTO DE MARCO PALACIOS

WHO IS THE EARTH FROM ?, A CRITICAL REFLECTION TO THE MARCO PALACIOS TEXT

RESUMEN

La propiedad de la tierra es un tema que ha sido parte de los debates nacionales desde el comienzo de la República y que es abordado por el historiador Marco Palacios en su texto *¿De quién es la Tierra*, en el que estudia la cuestión agraria en la década de 1930. En el marco de esta discusión académica, el objetivo de este texto es realizar una aproximación crítica del texto del profesor Palacios, a partir de reseñar las principales tesis del libro, para contrastar estas ideas con la perspectiva de otros autores. Así mismo, se busca reconocer la pertinencia y el papel que puede tener este documento en el contexto de los diálogos de Paz en La Habana, así como sobre la discusión de la cuestión agraria hoy en día.

Palabras Clave: Propiedad de la tierra, protesta campesina, conflicto agrario, 1930s, Marco Palacios.

Héctor Sebastián Alarcón Barrera¹

¹ - Economista y Politólogo, egresado de la Universidad de los Andes. Magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de los Andes. Ha sido funcionario del Departamento Nacional de Planeación, de la Universidad de los Andes, en el Centro de Español y de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, en la Vicerrectoría Académica.

Fecha de recepción: 01/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Alarcón Barrera, H. S. (2021). ¿De quién es la tierra?, Una reflexión crítica al texto de Marco Palacios. Justicia, sociedad y derecho, 81-93.



Land property has been part of national debates in Colombia since the beginning of the Republic in the nineteenth century. Besides, this topic is part of the analysis of professor Marco Palacios in his book *¿De quién es la tierra?* (Who is the owner of the land?). Considering this, the objective of the present text is make a review and critical approach to the ideas of professor Marco Palacios in his book. In particular, we want to contrast the main thesis of the author with other approaches through a critical review. Also, we want to recognize the importance of the book in the context of the current agrarian debate in Colombia and the peace process that is taken place at Havana, Cuba.

Keywords: land property, agrarian conflict, peasant protest, 1930s, Marco Palacios.

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más antiguos y persistentes a lo largo de la historia del mundo, como lo sugiere el profesor Marco Palacios en su texto *¿De quién es la tierra?*, es la solución al interrogante sobre quién detenta la propiedad de la tierra. En el caso colombiano, esta ha sido una pregunta que ha atravesado la historia desde los primeros años de la República en el siglo XIX, como lo señala por su parte Catherine Legrand (1986), y que se ha extendido hasta nuestros días. No en vano, como recuerda Palacios, este es un tema que está en el centro de los actuales debates nacionales, en temas como el proceso de Restitución de Tierras y más recientemente con los diálogos de paz que se adelantan en La Habana (Palacios, 2011 pp. 31-32). Por tanto, es un tema que ha estado y está en el centro de las preocupaciones del país y que el historiador Marco Palacios aborda con amplitud y precisión en su obra sobre el campesinado y la propiedad de la tierra en la década de 1930 en regiones de expansión de la frontera agrícola en Colombia.

Con base en lo anterior, este texto tiene como objetivo presentar un recuento breve sobre las principales tesis del libro de Palacios y, así mismo, elaborar algunas reflexiones, y críticas si es posible, en relación con otras perspectivas sobre el tema agrario y en especial frente la pertinencia de este texto de cara a la coyuntura nacional. Por tanto, esta reflexión, a través de la metodología de reseña crítica, busca reconocer el valor académico del texto en la discusión sobre la cuestión agraria, al mostrar cómo las tesis del libro desvirtúan algunas ideas generalizadas o “lugares comunes”, que

surgen en relación con la protesta campesina y las reformas sobre la propiedad de la tierra que tomaron lugar en la década de los 30 en Colombia. Con base en lo anterior, el texto también destacará el papel relevante de estas ideas en el debate agrario actual y en el proceso de paz que se adelanta en La Habana, Cuba.

Para llegar a estas conclusiones, esta reseña crítica seguirá la estructura que se detalla a continuación. La primera sección presentará la tesis general del texto, en la que el profesor Palacios aborda con una perspectiva diferente y más crítica la Ley 200 de 1936, conocida también como la Ley de Tierras. A partir de esta exposición general, se procede a analizar el contexto en el que surge la Ley de Tierras con base en la estructura que sigue el libro de Marco Palacios. De este modo, la segunda sección realiza el análisis del contexto teórico-jurídico que el profesor Palacios plantea para la relación entre el campesinado y la tierra. En la tercera sección se analizan y contrastan los antecedentes históricos de la ley de Tierras. En la cuarta sección, se analiza el proceso de politización que se presentó al interior de la población campesina. Lo anterior permitirá realizar el análisis, en la quinta sección, del papel de la Ley de Tierras de 1936. La sexta sección aborda la discusión sobre la pertinencia de estas ideas en el contexto de la discusión agraria actual y los desafíos en términos de política pública para el sector agrario. La última sección del texto presenta algunas conclusiones sobre la reflexión crítica del libro.



EL ARGUMENTO CENTRAL: ¿DE QUIÉN ES LA TIERRA?

Como lo expresa Marco Palacios desde las primeras páginas, su objetivo con el texto *¿De quién es la tierra?* es estudiar las características de las protestas campesinas durante las décadas de los 20 y los 30, y su relación con las reformas que el Gobierno implementó durante esta época como respuesta a los reclamos agrarios. A partir de lo anterior, el autor se plantea una serie de preguntas guía entre las que resaltan "... ¿Qué grupos de campesinos participaron en los movimientos de protesta campesina?, ¿Cómo lo hicieron y qué pidieron?, (...) ¿Fue la Ley de Tierras de 1936 una reforma agraria?, ¿Quiénes fueron los principales beneficiarios de esa ley: los políticos o los campesinos?". Estas preguntas se enmarcan en el interrogante principal sobre el verdadero efecto y objetivo de la llamada "reforma agraria" del gobierno de López y el impacto de las protestas campesinas sobre el desarrollo de esta ley. Esto en palabras del autor es "¿cómo se puede plantear hoy día la cuestión campesina de los años treinta?" (Palacios, 2011 p. 29), cuestión en la que resulta fundamental el análisis tanto del contenido de la Ley 200 de 1936 como del proceso de surgimiento de esta.

A partir de estos interrogantes planteados, el profesor Palacios sostiene como argumento central de su texto, que la Ley de Tierras de 1936 fue un intento por parte de las élites liberales de responder al problema jurídico de la propiedad de la tierra, generado por un aumento tanto de los procesos de colonización agraria como de las protestas campesinas. Sin embargo, este intento de reforma no implicó un cambio de fondo

para responder a los problemas sociales de la población campesina excluida, que vivían (y viven) vinculados a la tierra y al trabajo sobre ella. En otras palabras, los gobernantes de la época no se plantearon de manera clara el problema sobre la propiedad tierra, y por tanto no se comprometieron a desarrollar reformas profundas que habrían cambiado el esquema de propiedad de la tierra para mejorar su distribución.

Para el autor, la reforma se enfocó en aclarar las categorías en la legislación para lograr el saneamiento de los títulos de propiedad sobre la tierra, lo que incluyó aspectos como la llamada "función social de la propiedad". Sin embargo, estas modificaciones no se tradujeron en la eliminación de las exclusiones sociales relacionadas con los problemas agrarios. En palabras de Palacios "... la Ley de Tierras de 1936, su abracadabra, dejó incólume el lugar de los terratenientes en la coalición de poder y abrió un nuevo capítulo en la historia de marginación social y política..." (Palacios, 2011 p. 25). De este modo, la postura del autor plantea una crítica contra una visión más tradicional que ha considerado a esta ley como un intento de reforma agraria.

Con base en esta tesis central del libro del profesor Palacios, se procederá a desarrollar una reseña crítica del contenido central de este texto. La reseña crítica, como metodología usada en este trabajo, busca realizar un análisis del documento reseñado con el objetivo de presentar tanto las tesis del autor como las reflexiones que surgen a partir de contrastar estas ideas centrales con las perspectivas de otros autores. Por tanto, el objetivo de usar esta metodología es, por un

lado, divulgar el contenido del texto reseñado y, por otro lado, aportar a la discusión sobre el tema del que trata el libro. Las secciones finales de discusión y de conclusiones del presente texto son los espacios en los que se presentan las ideas para el debate del tema y del contenido particular del libro que se reseña.

EL CONTEXTO TEÓRICO Y JURÍDICO EN LA RELACIÓN CAMPESINO - TIERRA

Para sostener su tesis central, el profesor Palacios comienza haciendo un recorrido por el contexto jurídico, geográfico, histórico y político que rodeó las protestas agrarias durante las décadas de los 20 y de los 30. Luego de presentar un marco general sobre el problema de la tierra, Marco Palacios realiza una explicación sobre el concepto de campesino, a la luz de diferentes corrientes teóricas, como el Marxismo, que han estudiado este grupo social, ya sea desde la sociología o la historia. En particular la contextualización del autor aborda la relación existente entre los pobladores de las zonas rurales con la propiedad de la tierra. En este sentido, el autor hace énfasis en el caso de los colonos y arrendatarios de Sumapaz y del Tequendama, que son además su objeto de estudio en el texto y quienes a pesar de su heterogeneidad y fuerte noción de individualidad se organizaron para reclamar por sus derechos laborales y sobre la propiedad de la tierra durante la época de estudio (Palacios, 2011, p. 63).

Posteriormente, el profesor Palacios se enfoca en explicar los conceptos jurídicos relacionados con la propiedad privada de la tierra haciendo énfasis en el

carácter individual de estos derechos. Es decir, la propiedad de la tierra se entiende como un derecho propio de cada ciudadano, a partir de la concepción de Locke, el cual debe ser protegido por el Estado que goza del poder y la capacidad para defenderlo. Estas ideas, como lo señala el autor, quedaron plasmadas en la legislación nacional y en las prácticas judiciales, algo que sin embargo en la práctica no se llevó a cabo. El ejemplo de esto será el caso de los colonos de Sumapaz, en donde se hizo evidente que los derechos de propiedad de la tierra no estaban bien definidos, pues fue necesario promover otras soluciones como la parcelación de las haciendas o el proceso de colonización dirigida (Palacios, 2011, p. 92). Por demás estos fraccionamientos no dejan de recordar, como lo hace Legrand (1986)¹⁰, que fueron los mismos políticos a finales del siglo XIX quienes ayudaron a la acumulación de tierras para muchas de las grandes haciendas.

Ahora bien, es importante resaltar el papel de las definiciones jurídicas relacionadas con la propiedad de la tierra y que el profesor Palacios presenta como parte de su análisis. El concepto de *res nullius* (Palacios, 2011, p. 32) por ejemplo, en referencia a la tierra que no tiene propietario y que puede ser ocupada, es un elemento teórico importante en la historia de la propiedad de la tierra en nuestro país que muestra las dificultades que ha tenido el sistema jurídico colombiano para aclarar los derechos de propiedad. El profesor

¹⁰ Catherine Legrand en su texto *Frontier Expansion and Peasant Protest in Colombia 1850-1936* (1986), hace un análisis muy completo sobre el proceso de colonización a finales del siglo XIX y los enfrentamientos con los hacendados y terratenientes.

Palacios reconocerá, en el epílogo del libro, que el reto central del Estado ha sido y es, precisamente, aclarar la propiedad de esos territorios que permanecen como *res nullius*. No es posible dar certeza jurídica sobre la propiedad de la tierra o el proceso de venta o control de esta si no es claro cuando un terreno ha tenido propietario o cuando puede ser ocupada. Es interesante, además, que estas definiciones ayudan a reconocer el camino intrincado que ha tenido la historia de los derechos de propiedad en el país, y muestran la relevancia que del derecho en la construcción tanto de las relaciones sociales como de la política, como ocurrió y ocurre en el caso de la tierra.

LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEY DE TIERRAS

Con base en la exposición sobre el contexto teórico de las luchas agrarias en la década de los 30, Marco Palacios continúa su análisis presentando la evidencia histórica sobre los problemas que antecedieron y acompañaron las reformas agrarias. De este modo, el autor explica, en primer lugar, los problemas que surgieron a partir de la década de los 30 sobre el modelo liberal. La evidencia en este sentido se presenta con la deslegitimación de las grandes haciendas cafeteras, que correspondían a los latifundios, en medio de la crisis económica mundial de finales de los 20s. Esto, unido a las presiones de los arrendatarios campesinos y de los colonos, llevó a la búsqueda de soluciones como el fraccionamiento o parcelación de los terrenos (Palacios, 2011, p. 113). Esta fue una solución que además contó con el beneplácito del Gobierno y de la Federación Nacional de Cafeteros, quienes encontraban

en los pequeños cafeteros la base de trabajadores que mantenía la producción de café, que era el producto en boga de la época (Palacios, 2011, p. 101).

Sin embargo, es importante decir en este punto que la colonización y los enfrentamientos agrarios no se pueden comprender completamente, en el caso colombiano, sin hacer referencia al proceso de colonización que se dio en los comienzos de la República durante el siglo XIX. En este sentido, Catherine Legrand (1986), muestra que la ampliación de la frontera agrícola comenzó después de 1850 con el crecimiento de las exportaciones de productos básicos como el café, la quínoa o el caucho (Legrand, 1986, p. 35). Sin embargo el problema constante a lo largo de todo este proceso fue la falta de claridad sobre los derechos de propiedad, pues los campesinos de las nuevas tierras colonizadas no tenían seguridad sobre sus posesiones. Legrand explica cómo varios colonos tenían que convertirse en arrendatarios porque la ley terminaba reconociendo la propiedad a hombres ricos de la ciudad que tenía influencia sobre los jueces y políticos que determinaban al final la posesión del terreno (Legrand, 1986) (Pécaut, 2010). En consecuencia, se dieron grandes procesos de acumulación de tierra, de una forma poco clara, que posteriormente dan lugar a muchas de las grandes haciendas en las que se vivirán los enfrentamientos en los primeros años del siglo XX y a los que se refiere Palacios en su texto.

Ahora bien, el aumento de las protestas en las zonas rurales por cuenta de los conflictos agrarios en la década de los 20, llevó a la configuración de lo que el profesor Palacios llama “El Estado Liberal intervencionista”. Lo

anterior se refiere, por un lado, a las políticas adelantadas desde el Gobierno Liberal para promover los procesos de parcelación de las haciendas, para así reconocer las demandas y protestas de los campesinos arrendatarios de Cundinamarca y del Tolima. Por otro lado, expresa la aparición del nuevo discurso sobre el derecho de propiedad que establecía su “función social” y cuya garantía estaba relacionada con que la tierra fuera efectivamente trabajada¹¹. Así mismo, este Estado Intervencionista también mostrará varias contradicciones, pues frente a las protestas campesinas no dejará de hacer uso de algunas medidas de hecho, como el encarcelamiento y las persecuciones de campesinos (Palacios, 2011, p.137).

Ahora bien, la preocupación de las autoridades no era exclusivamente por dar solución a los conflictos de las zonas rurales, sino por proteger la economía cafetera a través de la pequeña propiedad. En este sentido, el profesor Pécaut, en su texto *Simbólica nacional, liberalismo y violencias* (2010), recuerda que la producción del café dependía en gran medida de la actividad desarrollada en los minifundios como ocurría en Antioquia. (Pécaut, 2010). En este sentido, como lo sugiere el mismo Palacios¹², existe una cierta instrumentaliza-

ción de la actividad campesina para poder garantizar otros intereses, que desde la perspectiva del Gobierno podrían considerarse como nacionales en el caso de la economía, y no solamente la protección a los campesinos.

LA POLITIZACIÓN DE LA POBLACIÓN CAMPESINA

En el proceso de construcción de los antecedentes de la Ley de Tierras, uno de los hechos importantes que resalta Palacios es el proceso de politización de la causa campesina por parte de los partidos políticos de la época. Esto se haría evidente en el caso del partido Liberal, los movimientos socialistas y del partido Comunista, en especial en los municipios donde ocurrirán enfrentamientos por cuenta de las diferencias políticas de la población del sector rural frente a los que vivían en la cabecera¹³. Como evidencia de este proceso, el autor colocará el caso representativo del municipio de Viotá en Cundinamarca¹⁴, donde se presentó un enfrentamiento entre militantes del Partido Comunista con las autoridades del pueblo que terminó con la muerte de varias personas (Palacios, 2011 p. 165 y ss.).

Sin embargo, resulta importante matizar que los campesinos, a pesar de tener un papel protagónico dentro de las luchas agrarias, carecieron de la organización de

¹¹ En este sentido resulta importante referenciar las palabras del Ministro Chauv, que aparecen en el texto del profesor Palacios y quien sostiene que “la propiedad es una ficción legal para amparar la posesión efectiva, es decir, el trabajo humano, para dar seguridad en la labor que se realiza (...) La propiedad la garantiza la ley para el trabajo, no para el desperdicio, ni para el despilfarro, ni para el abandono” (Chauv, 1933 en: Palacios, 2011, p. 133).

¹² Esta sugerencia de Palacios se puede ver en las preguntas que plantea al comienzo del texto, donde pregunta “... ¿Qué Interés pudieron tener los gobernantes de Colombia, FNC, y de algunas instituciones en promover la “vía campesina” de la agricultura?...” (Palacios, 2011, p. 25).

¹³ Resulta interesante en este sentido lo que Palacios llama la “Bolchevización” que se pretendió presentar en el país por parte del Partido Comunista (en especial en relación con los trabajadores, como ocurría en las bananeras), pero que al final tuvo muy poco éxito (Palacios, 2011, p. 156).

¹⁴ Un municipio de Cundinamarca donde el Partido Comunista tuvo un mayor éxito.

otros grupos de interés. En particular, Arias Trujillo (2010), recuerda que los trabajadores urbanos, como los obreros o los artesanos, estaban mejor organizados y más politizados que los campesinos (Arias, 2010, p. 71). Lo anterior era consecuencia de una mayor cercanía con los políticos en las ciudades y de la presencia de las organizaciones sindicales, que estaban guiadas muchas veces por los mismos partidos políticos. Además los movimientos huelguistas habían tenido un notable impacto y protagonismo a lo largo de la década de los primeros años del siglo XX, lo que había llevado a la generación de una incipiente legislación para el control de este tipo de actividades, como la Ley 78 de 1919 (Varila Cajamarca, 2009 p. 133). Es decir, la relevancia de estos movimientos en el paisaje nacional, comparados con las protestas campesinas, era muy grande dada su capacidad de impacto en las ciudades.

A pesar de lo anterior, el caso señalado por el profesor Palacios en Viotá muestra la importancia que llegaron a tener los movimientos campesinos de este municipio en la década de los 30. La evidencia de esto se encuentra en el hecho que la noticia llegó al periódico de mayor tiraje a nivel nacional, El Tiempo de Bogotá (Palacios, 2011, p.167). Así mismo, este hecho muestra la importancia que había alcanzado el Partido Comunista en el municipio y la región. No obstante, este proceso es muy débil, pues como señala el autor, este partido no logrará una representación significativa en el país, aunque tenga un notable apoyo en Viotá y en los municipios cercanos del Sumapaz y del Tequendama. Es un proceso que es ciertamente inconcluso y que no alcanza la organización que logran los movimientos sindicales de las zonas urbanas.

LA LEY DE TIERRAS DEL GOBIERNO DEL PRESIDENTE LÓPEZ

Con base en el contexto que se ha planteado, es posible analizar uno de los aspectos que más se referencian con respecto a los primeros años de la República Liberal y que corresponde a la Ley 220 de 1936 que se desarrolló en el primer Gobierno del presidente López Pumarejo entre 1934 y 1938. En general, la literatura reconoce este como uno de los proyectos íconos de la administración López, a través del que buscaba modernizar los derechos de propiedad sobre la tierra y a la vez hacer productivas amplias zonas del país que estaban en manos de grandes latifundistas (Arias, 2010, p. 71). En este sentido, se intuye que esta ley no fue un proyecto de reforma agraria y que además sus alcances fueron limitados por la pausa posterior que tuvo la llamada "Revolución en Marcha" del Gobierno de López. Por lo tanto, es una de las pretendidas reformas modernizadoras de la República Liberal que genera más visiones encontradas acerca de sus efectos¹⁵.

Por su parte, Marco Palacios presenta su posición clara sobre la llamada Ley de Tierras del Gobierno López en el último capítulo de su texto sobre problemas agrarios de la década de los 30. De hecho, este apartado se puede considerar como uno de los más relevantes de todo el texto, en la medida que recoge los argumentos que sostiene su tesis central según la cual el intento de reforma del gobierno Liberal fue un

¹⁵ Un ejemplo adicional de un fuerte crítico de la Ley de Tierras y de los verdaderos intereses de las élites liberales es Tobón Sanín (1979).

fracaso. En términos generales el autor señala que el intento se quedó absolutamente cortó en ampliar la ciudadanía a las clases campesinas y dejó la cuestión solamente en términos de retórica jurídica. En pocas palabras, Palacios es absolutamente escéptico frente a la Ley 220 de 1936, pues sus efectos fueron de hecho adversos para los grupos sociales excluidos del país. En términos de autor, esta ley

“...legalizó y legitimó un modelo agrario rentista de gran concentración y desigualdad que tuvo dos consecuencias inadvertidas: a) considerada la baja tributación de la tierra, se premió su atesoramiento visto como un medio para “hacer patria” haciendo patrimonio; b) se fomentó la violencia rural al desatarse una febril carrera empresarial para acaparar los baldíos en zonas geográficas con baja protección legal”. (Palacios, 2011, p. 213).

Por tanto, para el profesor Palacios la Ley 200 de 1936 no solo no respondió a la necesidad de una reforma agraria, sino que de hecho ayudó a crear los incentivos que generarían una agudización de los conflicto sobre la tierra. De hecho, como lo señala el autor, el esfuerzo por llevar a cabo una reforma se fue perdiendo lentamente en lo que llama *la viscosidad de una “política de caballeros”*, que terminó por minar el proyecto de Ley para una reforma agraria hasta convertirlo tan solo en un “régimen de tierras” (Palacios, 2011, p. 205). Es ciertamente una posición profundamente crítica de Palacios frente a esta iniciativa agraria, pues su exposición muestra además que hubo propuestas más progresistas al interior del mismo partido liberal. Se reseña en este caso la propuesta de Carlos Lleras Restrepo que abogaba por una reforma más amplia, que incluía

aspectos como la expropiación con indemnización tal como lo señala Palacios (2011, p. 196). En pocas palabras, se dejó pasar una oportunidad importante para establecer de manera clara los derechos de propiedad sobre la tierra y así garantizarlos de manera efectiva a todos los miembros de la sociedad.

Ahora bien, esta crítica postura de Palacios contrasta con otras visiones sobre la Ley 200 de 1936, que si bien no son absolutamente halagadoras sobre sus efectos, por lo menos sí reconocen un carácter modernizador para la misma. En este sentido, Daniel Pécaut reconoce la “repercusión simbólica” del intento de reforma agraria, en la medida que la Ley contemplaba la posibilidad de que las tierras pasaran a ser de dominio del Estado en el caso que no fueran explotadas (Pécaut, 2010). Por supuesto el profesor Pécaut reconoce que el impacto fue muy limitado y que los resultados hasta 1944 fueron escasos. Sin embargo, es importante reconocer que ciertamente el proyecto tuvo un impacto importante en el imaginario de la sociedad, pues implicaba un cambio en la estructura de la legislación de la propiedad privada, que como explicaba el mismo Palacios consideraba la propiedad privada como un derecho absoluto. De hecho, como señala Pécaut en *Orden y Violencia*, la Ley 200 “...a los ojos de las masas campesinas, representa un verdadero acontecimiento...” (Pécaut, 2012, p. 162). Lo anterior se puede apreciar de manera material en la división de varias haciendas, que de acuerdo a Pécaut, al citar a Bejarano, llegaban al número de 102 (Bejarano, 1975, p. 54 en: Pécaut, 2012, p.163). Este tipo de hechos tuvieron un efecto sobre la población campesina que veía la posibilidad de acceder a la propiedad de la tierra.



Lo desafortunado, por supuesto, es que este esfuerzo no tuvo un mayor impacto en el largo plazo. En este sentido, las críticas que desarrolla el profesor Palacios tienen toda la validez, porque el esfuerzo por parte de los gobiernos de la República Liberal pudo ser mucho más preciso y amplio para responder a las necesidades que entrañaban los problemas agrarios en el país. En esta línea crítica de hecho se inscriben autores como Gilberto Tobón, quien en 1979 escribía que era un error frecuente de la historia atribuirle un papel de aliado de los campesinos a la burguesía liberal. (Tobón Sanín, 1979, pp. 44 - 45). Para Tobón el único objetivo era el de sanear los derechos de propiedad sobre la tierra para mejorar la productividad, lo que por supuesto van en línea con lo expuesto por el profesor Palacios. No obstante, no se puede negar que la ley tuvo un impacto, que aunque limitado y en muchos casos solamente en el papel, generó algunos resultados relevantes que se deben señalar. Además porque como lo precisa Pécaut el impacto fue tanto material como (y especialmente) simbólico, para una población campesina que como señala Legrand (1986), siempre había tenido a las instituciones en su contra.

LAS LECCIONES DEL TEXTO DE CARA A LA COYUNTURA ACTUAL DEL PAÍS: LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA PÚBLICA AGRARIA

Uno de los elementos significativos de este texto de Palacios, son las lecciones que el autor deja en el epílogo a manera de interrogantes sobre el futuro del país. Esta última sección del libro abre el espacio para reflexionar sobre el reto que aún implica para el país el problema no solucionado sobre la propiedad de

la tierra. De este modo, además de señalar algunas consecuencias de no haber dado una solución de fondo, también plantea la posibilidad de que el Estado a través de las nuevas herramientas tecnológicas logre dar solución a los problemas relacionados con la tierra. Como dice el profesor Palacios "Nunca es tarde para reparar" (Palacio, 2011, p. 233), una frase que expresa la actualidad de este problema, en especial en el marco de los retos que se presentan con la minería y que el mismo autor sugiere al final.

Ejemplos claros de esta situación se plantean con la situación actual de pobreza del campo y la desigual distribución de la tierra. Por un lado, es significativo que en la actualidad la distribución de la tierra en Colombia sea notablemente desigual. De acuerdo con las cifras del Instituto Geográfico Agustín Codazzi el índice GINI, que mide la distribución de la tierra en una escala de 0 a 1, fue de 0.855 en 2009 (IGAC, 2012, p. 71). Lo anterior indica que la propiedad de la tierra se encuentra altamente concentrada en manos de pocas personas. Esto último contrasta con la situación del campo que en general cuenta con mayores índices de pobreza multidimensional al llegar al 44.7%, de acuerdo con el Tercer Censo Nacional Agropecuario (DANE, 2015). Esta cifra es bastante alta pues el índice en el país, en 2014, era de 21.9% y en las ciudades era de 15,4% (Revista Semana, 2014) lo que evidencia la brecha social entre el sector rural y las zonas urbanas. Precisamente, esta situación ha sido parte de las demandas de las protestas campesinas durante los últimos años, lo que muestra que la política para el sector agrario no ha sido atendida de manera adecuada.

Ahora bien, esta situación contrasta con los principios que dice establecer la constitución de 1991, que le asigna una “función social a la propiedad de la tierra” como ocurría en 1936 (Alviar, 2012, p. 136), frente a la política pública nacional. La evidencia de esto se encuentra en las contradicciones que se hallaron en el Plan Nacional de Desarrollo-PND 2010-2014 el cual buscó modificar algunas secciones de la Ley 160 de 1994, en la que se desarrollaron los principios con respecto a la propiedad de la tierra. El PND 2010-2014 buscaba ampliar las unidades agrícolas en las que se asignaba la tierra para promover proyectos agroindustriales de gran escala que implicaban la concentración de grandes extensiones de terrenos. La Corte Constitucional encontró que estas modificaciones iban en contra del objetivo de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y de los principios de solidaridad expuestos en la Constitución de 1991, por lo que declaró inexecutable estas modificaciones (Corte Constitucional, Sentencia C-644/2012). Lo anterior evidencia la falta de coherencia que se sigue manifestando en el tiempo entre los principios consagrados y la política pública implementada por los gobiernos.

CONCLUSIÓN

Probablemente, la mayor lección del texto es la de reconocer los errores del pasado para poder pensar alternativas reales y de largo plazo que den solución a la pregunta sobre la propiedad de la tierra. De allí la pertinencia de este texto al volver a los antecedentes de un problema que en Colombia ha tenido consecuencias muy graves y que puede ayudar a dar luz en

el presente, frente a los retos que plantea el futuro. Por supuesto, existen rupturas y cambios en la historia, y el caso del problema agrario en Colombia ha tenido importantes transformaciones después de la década de los 30. Sin embargo, las negociaciones para poner fin al conflicto en La Habana, tan relacionadas con los reclamos sobre la propiedad de la tierra, así como las recientes protestas campesinas muestran que este es un tema que está en el centro de las discusiones para hablar de construcción de paz y de desarrollo sostenible en el largo plazo. En esta medida trabajos que analizan el desarrollo del problema agrario como el del profesor Marco Palacios son fundamentales para poder dar solución a este tipo de problemas.

Para finalizar, es necesario reconocer el aporte de este texto para la literatura sobre la historia tanto de los problemas agrarios como de la violencia en el país. Este texto tiene la particularidad que presenta una contextualización amplia y pertinente sobre aspectos jurídicos que enmarcan el problema de los derechos de propiedad de la tierra. Además, el texto plantea preguntas importantes con respecto al papel real que jugó la Ley 200 de 1936, conocida como la “Ley de Tierras” del gobierno del Presidente López. La actitud crítica frente a esta ley permite a salir de lo que el profesor Pécaut llama “lugares comunes” al realizar los análisis sobre este tipo de iniciativas legislativas y así reconocer su verdadero papel en la historia. No se puede negar el impacto simbólico que ciertos autores le reconocen a esta ley pero, como sostiene Palacios, su objetivo estaba más cercano a las necesidades de las élites burguesas por sanear la propiedad de algunos terrenos para garantizar la producción cafetera.

Por este tipo de aportes, el trabajo de Palacios se convertirá con seguridad en un texto clásico sobre el estudio del problema de la tierra, como ocurre con el texto de Catherine Legrand sobre la cuestión agraria al final del siglo XIX, *Frontier Expansion and Peasant Protest in Colombia 1850-1936* (1986) o el texto de Darío Mesa, *El problema Agrario en Colombia 1920-1960* (1972). Así mismo, es un texto que ha ampliado la discusión para continuar analizando el papel de los años 30 en todo el desarrollo histórico del problema no resulta sobre ¿De quién es la tierra? En esta medida, las conclusiones quedan también abiertas para mantener el debate y así seguir cuestionando los “lugares comunes” que se encuentran con frecuencia en la literatura.

BIBLIOGRAFÍA

- Alviar García, H. (2012) Más allá de la Constitución: obstáculos a la función social de la propiedad. En: Alviar García H. y Villegas del Castillo, C. (2012). La función social de la propiedad en las Constituciones colombianas. Ediciones Uniandes: Bogotá, Colombia.
- Arias Trujillo, Ricardo (2010). La Revolución en Marcha y la Polarización de la Sociedad. En: Historia de Colombia Contemporánea, 1920 - 2010. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Centro Nacional de Memoria Histórica - CNMH (2013). ¡Basta ya!, Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad. Informe General Grupo de Memoria Histórica. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. Capítulo 2 (Los motivos y las Transformaciones de la Guerra).
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE (Agosto 11 de 2015) Censo Nacional Agropecuario 2014, avance de resultados. Página web del DANE. Disponible en: <http://www.dane.gov>.

co/files/CensoAgropecuario/avanceCNA/CNA_agosto_2015_new_present.pdf

Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC. República de Colombia (2012). Atlas de la Distribución de la Propiedad Rural en Colombia. El Instituto--Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia. Disponible en línea: http://www.igac.gov.co/wps/wcm/connect/8beae7804dc-8d75abb1efb36b39898f6/1_notas_sobre_la_evolucion_historica_con_cubierta_1.pdf?MOD=AJPERES

Legrand, Catherine (1986). Frontier Expansion and Peasant Protest in Colombia 1850-1936. Primera Edición. Albuquerque: The University of New Mexico Press.

Mesa, Darío (1972). El problema Agrario en Colombia 1920-1960. Medellín: Ediciones El Tigre de Papel.

Palacios, Marco. (2011) ¿De quién es la tierra? Propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930. Colección Historia. Bogotá, D.C.: Fondo de Cultura Económica, Universidad de los Andes.

Pécaut, Daniel (2010). Simbólica nacional, liberalismo y violencias. En: Colombia 1910 - 2010. María Teresa Calderón e Isabela Restrepo (Ed.). Bogotá, D.C.: Taurus.

Pécaut, Daniel. (2012) Orden y Violencia: Colombia 1930-1953. Traducción de Alberto Valencia Gutiérrez. Colección Ediciones Universidad EAFIT. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.

República de Colombia. Corte Constitucional. (23 de agosto de 2012) Magistrado ponente: Adriana María Guillén Arango. Sentencia número C-644.



Semana (15 de agosto de 2015). Una dura radiografía del campo colombiano. Página web de Revista Semana. Disponible en línea: <http://www.semana.com/economia/articulo/campo-colombiano-en-la-pobreza/438618-3>

Tobón Sanín, G. (1979). Capítulo 2. La Reforma Agraria en el caso colombiano. En: La reforma agraria y el desarrollo capitalista: Anotaciones al caso colombiano. Medellín: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Centro de Investigaciones. Consultado en línea el 21 de julio de 2014. Disponible en: http://www.bdigital.unal.edu.co/1472/3/186_-_2_Capi_2.pdf

Varila Cajamarca, Diego Armando (2009). Huelgas colombianas en la década del veinte: el caso de la zona bananera a finales de 1928. En: Bananeras: Huelga y Masacre 80 años. Mauricio Archila y Leidy Jazmín Torres Cendales (Ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Wills Franco, Fernando (2007), Desde la Regeneración hasta los gobiernos de Álvaro Uribe Vélez. Tomo Historia 3. En: Gran Enciclopedia de Colombia. Círculo de Lectores - El Tiempo, Bogotá, D.C.

95



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



LA RESILIENCIA, CLAVE DE LA PAZ EN EL CARIBE COLOMBIANO*

THE KEY RESILIENCE OF PEACE IN THE COLOMBIAN CARIBBEAN

RESUMEN

El objetivo de este artículo científico derivado de una investigación doctoral es describir cómo el conflicto armado colombiano ha afectado a la región Caribe colombiana repercutiendo en la identidad de la población modificando la vida cotidiana y su visión de futuro.

El método científico inductivo se desarrolla desde el enfoque cualitativo, con revisión de textos científicos como referentes teóricos arbitrados y probados científicamente; en el que no se dejara de lado los informes nacionales e internacionales de la situación de Violencia en Colombia y especialmente en el Caribe.

En los resultados se llegará a plasmar cómo los eventos de la violencia política colombiana han afectado al hombre y mujer Caribe logrado que su identidad deba reconstruirse desde los cimientos ancestrales y de las oleadas poblacionales que le llegan como zona de puerto o entrada de diversas culturas que lo hacen un ser cosmopolita.

En conclusión, la Identidad del ser caribeño colombiano deberá apearse a su cultura, a su territorio y a su propia visión de la vida para lograr reconstruir el tejido social resquebrajado por la violencia ya que por medio del Perdón en toda su extensión; lograr la convivencia sana en la tierra de Macondo.

Palabras Clave: Región Caribe, Conflicto Armado, Paz, Resiliencia, Identidad.

Doris del Carmen Navarro Suárez¹

Karla Sáenz López²

* Artículo que se desprende como avance de la tesis doctoral de la autora titulada: La reconstrucción de la identidad de las víctimas del conflicto armado en situación de desplazamiento en la Región Caribe Colombiana incluidas en la Política Pública de Retorno. Caso Las Palmas, San Jacinto, Departamento de Bolívar.

¹ Colombiana, abogada, doctora en Filosofía con orientación en Ciencia Política, de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México; magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, magíster en Derecho Procesal, especialista en Derecho del Medio Ambiente, investigadora con categoría de Senior -COLCIENCIAS 2018. Docente universitaria, Universidad Simón Bolívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Barranquilla, Colombia. <https://orcid.org/0000-0002-7865-9433> Correo: dnavarro1@unisimon-bolivar.edu.co

² Mexicana, Politóloga, Doctora -Ph.D. en Ciencia Política por la Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset en Madrid, Investigadora Nivel 1 del Sistema nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología en México. Catedrática en la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México. <https://orcid.org/0000-0002-7279-0342>. Correo karla.saenzlp@uanl.edu.mx.

Fecha de recepción: 01/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Navarro Suárez, D. d., & Sáenz López, K. (2021). La resiliencia clave de la paz en el caribe colombiano. *Justicia, sociedad y derecho*, 94-107.



The objective of this scientific article derived from a doctoral research is to describe how the Colombian armed conflict has affected the Colombian Caribbean region, impacting on the identity of the population, modifying daily life and its vision of the future.

The scientific inductive method is developed from the qualitative approach, with review of scientific texts as refereed theoretical references and scientifically proven; in which the national and international reports of the situation of violence in Colombia and especially in the Caribbean are not left aside.

The results will show how the events of Colombian political violence have affected the man and woman of the Caribbean, so that their identity must be reconstructed from the ancestral foundations and from the waves of population that arrive as a port or entrance area of diverse cultures that they make it a cosmopolitan being.

In conclusion, the Identity of the Colombian Caribbean being must adhere to its culture, its territory and its own vision of life in order to rebuild the social fabric cracked by violence and by means of the Forgiveness in all its extension; achieve healthy coexistence in the land of Macondo.

Keywords: Caribbean Region, Armed Conflict, Peace, Resilience, Identity.

INTRODUCCIÓN

Hablar del conflicto armado en Colombia más que estar de moda es una necesidad imperiosa, esto obedece a la necesidad de terminar o abolir – utilizando un vocablo de libertad aplicable a los vencidos históricamente como una “forma de ser ahí en el mundo” (Meisel Lanner, 2015, p. 673)– la guerra fratricida históricamente permanente entre los ciudadanos del segundo país mega diverso del mundo.

Si se estudian los textos de los teóricos sobre los conflictos y las guerras internas muy seguramente se encuentra culturalmente más parecido a la realidad colombiana que a otros del mundo u en otros casos, que lo sucedido en otras latitudes del planeta; no es nada comparado con lo que se ha vivido en el país de macondo sin lugar a utilización de las bellas e innovadoras como vistosas metáforas lingüísticas del premio nobel de literatura colombiano.

El presente artículo más que buscar un enunciado sobre la triste realidad colombiana pretende incentivar a zanjar el accionar violento y apagar para siempre –por el objetivo: La Paz– la llama del conflicto armado con cada uno de los sujetos así como los diversos factores incitadores; como son: El no perdonar al victimario o incluso a la sociedad que es indiferente al daño sufrido del otro u otros quizás –sin lugar a justificación alguna, pero sí posible explicación – porque de tanta *notitia criminis* del conflicto ya se acostumbró a escucharlos o notarlo o percibirlos.

El Caribe colombiano no escapa de este fenómeno de violencia interna y a lo largo de su historia con escalas

fluctuantes – “como también hechos nefastos que pusieron contra la pared a la dignidad humana, a fin de darle la dimensión exacta” (Meisel Lanner, 2015, p. 676)– han sido principalmente sus pobladores rurales los que han tenido que afrontar los avatares delictivos, con pérdida en muchísimos por no decir que, en todos los casos, de su dignidad humana para los sobrevivientes y la vida para los que han pagado con ella la demencia del conflicto.

La falta de políticas públicas de reparación verdaderamente integrales que incluyan la salud física pero primordialmente la mental del ser humano víctima de los diversos actos y hechos victimizantes, que atiendan las secuelas de la violencia generada por el conflicto armado ya que, como se dijo por la mesa de gobernadores del Caribe colombiano en el séptimo foro del Caribe que los convocó: “Se ha diagnosticado la violencia nacional como una auténtica patología social, porque sus índices desbordan los límites de un comportamiento social normal. La violencia se hizo cultura.” (Mesa de Gobernadores del Caribe colombiano, 1999, p. 126).

Y en la última década en la región Caribe se ha venido presentado una transformación en las clases de violencia pues del enfrentamiento Estado-Guerrillas y Guerrillas-Paramilitares se ha pasado con la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia –paraestatales – y la recién de la guerrilla de las FARC_EP producto de acuerdos con los gobiernos en turno –Uribe - Santos– a una violencia confusa en bandas criminales denominadas BACRIM; cuyo actuar está íntimamente atado al narcotráfico y a la extorsión en la que se



generan desplazamientos y asesinatos supuestamente selectivos pero afectando fundamentalmente a la ciudadanía en general, es decir, una violencia de crimen organizado que incluye por supuesto control territorial.

Estas nuevas y viejas violencias afectan a la cultura Caribe cuya identidad es de tolerancia, respeto a la diferencia, alegría, buen humor, relajado en todas sus actividades y muy orgullo como amante de su tierra y región.

No obstante esas y otras características de brazos abiertos y confianza del hombre y mujer caribeño colombiano, se ha visto fragmentada por el abuso de la violencia a la región que incluye la estatal por el exagerado centralismo en los gobiernos ubicados territorial y visionalmente desde Bogotá imponiendo casi ya con éxito las culturas de intolerancia, discriminación, resignación, insolidaridad, desesperanza; pero sobre todo de miedo; es ahí, en el miedo, donde debemos iniciar con la liberación que la resiliencia le da al ser humano; y que *per se* ha sido una característica de la gente de esa región por ser siempre resilientes a los cambios provocados por las oleadas de inmigrantes que con sus culturas se han establecido en sus comunidades, viniendo de otras latitudes con credos identitarios muchas veces opuestos al caribeño colombiano tanto continental como insular.

Es por ello que identificamos a la resiliencia como el elemento fundamental que en el posconflicto sumara grandemente junto al cumplimiento del respeto a los derechos humanos y la existencia y ejecución de políticas

públicas estatales de equidad y justicia para el logro de todos los colombianos, que no es utópico, el cual es, la paz.

LA RESILIENCIA, UN ELEMENTO INELUDIBLE PARA EL LOGRO DE LA PAZ EN EL POSCONFLICTO

La resiliencia significa mucho más que lo establecido en las definiciones etimológicas de sus vocablos, ofrece por ello, incluso, una variedad de aplicación en el campo de la medicina y psicología que se ha hecho extenso a las ciencias sociales.

Incluso dentro de nuestro contexto como lo dice Mariola Fernández Sánchez en su capítulo del libro *Deshilando las violencias de género y construyendo centros de resistencia* (Fernández Sánchez, 2016, p. 63) citando a Robles 2013, como uno de los autores que “señalan que no hay una definición universalmente aceptada de este constructo” y asevera a continuación que esa es la razón a que “todavía hoy” –después de tantos estudios científicos demostrativos de su existencia y desarrollo para el logro exitoso del comportamiento humano sano en víctimas después del trauma, daño, estrés, duelo o noticias de enfermedades terminales incluso– “publicaciones actuales se postulan con múltiples interrogantes” hacia la resiliencia.

Diversos autores dan cuenta de ella como explicación a que una víctima de los hechos más aberrantes pueda continuar con su vida de tal manera que sea una persona emocionalmente exitosa, por ende, sana, incluso ser categorizada de ser un individuo feliz.

Uno de estos es Julius Segal (Poletti & Dobbs, 2010, p. 5) quien se ha dedicado a realizar estudios en personas que han sobrevivido a situaciones denominadas imposibles de sobreponerse o de superar: personas en duelo, en crisis o que habían llegado al final de la vida llegando a proponer la existencia de cinco características de la resiliencia y que deben promoverse en estos individuos la comunicación, la capacidad de asumir responsabilidad de la propia vida, tener una conciencia libre de toda culpa, las propias convicciones y la compasión.

Otro autor, Vanistendael nos da una definición desde las ciencias sociales sobre lo que es la resiliencia, significando que es: “la capacidad de triunfar, de vivir, de desarrollarse de manera socialmente aceptable, a pesar del estrés o de una adversidad que implica normalmente el grave riesgo de un resultado negativo” (Poletti & Dobbs, 2010, p. 4).

Steven y Sybil Wolin (Poletti & Dobbs, 2010, p. 7). hablan más bien en sus estudios sobre la resiliencia desde un punto de vista plural donde describen “los conjuntos de recursos o fuerzas en el interior de una persona. Identificaron siete resiliencias que se desarrollan de distinto modo en diferentes niños, niñas, adolescentes y adultos, y toman formas variadas”.

Pero dentro de los teóricos más reconocidos incluso por los Estados y que más referencia tiene teóricamente por investigaciones científicas desde la Psiquiatría y Sociología de este elemento; porque ha desarrollado el estudio de esta, y por demás es ejemplo vivo de esta sanación o incluso aptitud de vida de las víctimas

es Boris Cyrulnik¹⁶ da cuenta de ello cuando nos dice que:

La resiliencia significa un mensaje de esperanza “porque en psicología nos habían enseñado que las personas quedaban formadas a partir de los cinco años. Los niños mayores de esa edad que tenían problemas eran abandonados a su suerte, se les desahuciaba y, efectivamente, estaban perdidos. Ahora las cosas han cambiado: sabemos que un niño maltratado puede sobrevivir sin traumas si no se le culpabiliza y se le presta apoyo”. La historia explica el presente, pero nunca cierra el futuro. (Melillo, 2005)

Boris Cyrulnik se transformó en un neuropsiquiatra, psicoanalista y estudioso de la etología, siendo uno de los fundadores de la etología humana o estudio del comportamiento humano en diferentes condiciones lo ha llevado a autogestionar la resiliencia en su vida como factor necesario para ser feliz.

Por lo tanto, es la capacidad de recuperarse, sobreponerse y adaptarse con éxito frente a la adversidad desarrollando competencias sociales, familiares, profesionales y laborales a pesar de estar padeciendo o haber sufrido acontecimientos adversos, en otros muchos casos a estrés grave o simplemente a las tensiones inherentes al mundo contemporáneo.

¹⁶ Un Nacido en Burdeos en 1937 en una familia judía, Boris Cyrulnik sufrió la muerte de sus padres en un campo de concentración nazi del que él logró huir cuando solo tenía 6 años. Tras la guerra, deambuló por centros de acogida hasta acabar en una granja de la Beneficencia. Por suerte, unos vecinos le inculcaron el amor a la vida y a la literatura y pudo educarse y crecer superando su pasado (Melillo, 2005).



Ser resiliente es dar un sentido a la vida en medio de la adversidad, es decir, tomar la aptitud consiente y libre, es un aspecto inescindible del proceso resiliente.

Pero como lo advierte Cyrulnik, al decir que todo estudio investigativo sobre la resiliencia debe descansar en tres variables o dimensiones principales (Melillo, 2005) las cuales son en sus palabras que se recogen en sus obras: “Una desgracia maravillosa” y “Los patitos feos”:

Este conjunto constituido por un temperamento personal, una significación cultural y un sostén social, explica la asombrosa diversidad de los traumas” [...] Él dice: “Imagínese que un niño ha tenido un problema, que ha recibido un golpe, y cuando le cuenta el problema a sus padres, a éstos se les escapa un gesto de disgusto, un reproche. En ese momento han transformado su sufrimiento en un trauma “. (Poletti & Dobbs, 2010)

Al aplicarlos al caso del conflicto armado colombiano y en la región caribe particularmente veríamos que estos tres factores necesarios para que pueda darse la resiliencia se entenderían así:

1.- La adquisición de recursos internos que se impregnan en el temperamento: cada ser tiene su propia personalidad y la hace constantemente manifiesta al efectuar reacciones especialmente frente a las agresiones cuanto más las víctimas del conflicto armado en Colombia; y aquí entra la identidad Caribe a ser cogestora de esos valores agregados al ser. La sociedad en la que se desenvuelve el ser humano contribuye al desarrollo de la identidad personal (ego). (Poletti & Dobbs, 2010, p. 21).

En el capítulo de la resiliencia como factor de protección que ayuda a la recuperación de las víctimas de violencia de género, Mariola Fernández Sánchez dice que: la resiliencia de acuerdo a Garmezy 1.999 y Masten 2001; “es considerada un proceso, se entiende que varía con el tiempo y las experiencias. Por tanto, no se reacciona de la misma forma ante distintas situaciones”. (Fernández Sánchez, 2016, p. 64).

Entonces debemos entender al constructo resiliencia como una construcción personal de cada ser humano pero que necesita de otros factores para que se de en toda la extensión en beneficio del comportamiento humano principalmente en su siquis.

2.-La estructura de la agresión explica los daños provocados por el primer golpe, la herida o la carencia; no obstante, deja claro que el verdadero reto es el significado que deja para la víctima, el segundo golpe, herida o carencia: el cual es, el trauma. Y este último ha reconocido el mismo Cyrulnik, la autoría del estudio en Anna Freud hija del padre del psicoanálisis Sigmund Freud, quien es considerada la heredera por consanguineidad como también por derecho propio al efectuar diversos estudios probando y avalando las teorías de su progenitor en los que describió y masificó los mecanismos de defensa psicológicos como la represión, la proyección, el desplazamiento y la regresión tan cercanos a las víctimas que en Colombia han estado sometidas a revictimización no solo las que se han reconocido por la ley de víctimas y restitución de Tierras (Presidencia de la República & Congreso Nacional, 2011) sino también a las anteriores a la fecha marco de dicha ley que a mi juicio considero

101

de una política pública discriminatoria por su exclusión, para el reconocimiento de ciudadanos sujetos de reparación y atención desde el mismo Estado, sociedad y familias.

El estado cuando a pesar del daño causado por el hecho victimizante sufrido, deben soportar la decidía, discriminación, desechabilidad que las institucionales administrativas encargadas de atenderlos por el deber constitucional, legal y reglamentario no lo hacen o en la mayoría de los casos no los tienen en cuenta y que ha generado múltiples demandas en las que se evidencian esos mecanismos de defensa psicológicos como la represión al no querer hablar o que se den cuenta que es una víctima, la proyección donde ve en todos los demás su propia vida destruida, el desplazamiento de toda su rabia u odio a los demás como si fueran culpables de su daño y la regresión que le hace perder por olvido sin intención o indiferencia selectiva esos momentos de tortura emocional que le causa el trauma.

3.- Por último, pero no menos importante variable, regresar los agredidos a los sitios de sus afectos, al apoyo de la sociedad, de su comunidad incluida la familiar que le ofrezcan las rutas de la resiliencia o el perdón que le darán el poder de vivir feliz y exitoso sin alteraciones más del daño sufrido.

Como en la mayoría de los casos de personas en situación de dependencia por conflictos o de desgracia humanitaria, a la sociedad le es indiferente el dolor ajeno; se hace entonces necesario, fomentar el desarrollo de capacidades de autonomía, equilibrio personal y de retorno al núcleo social con el cual se identifica la víctima

o del que fue expulsado injustamente u obligado a separarse para que no le afecte esa falta de solidaridad e intolerancia – que pueden causar incluso– más que daño mismo del hecho victimizante inicial. (Poletti & Dobbs, 2010, p. 52).

En Colombia, país del Sagrado Corazón y primordialmente de la Virgen del Carmen para el Caribe se debe echar mano para la reconstrucción del tejido social de manera sana con la Fe cristiana a la cual pertenecen la mayoría de los colombianos, incluso los violentos– ejemplo de ello son los sicarios que se encomiendan a Dios y colocan escapularios en tobillos y muñecas como protección para cometer los crímenes y salir vivos y con la labor repudiable efectuada– Jesús de Nazaret enseñó en todo su dogma de amor: la resiliencia, como: “hay que colocar la otra mejilla”, o “padre perdónalos porque no saben lo que hacen” ; palabras que se han establecido como dichas por quien se conoce como Cristo en su pasión a muerte donde es tal su grandeza que perdona a sus verdugos y a la vez implora perdón para ellos. (Poletti & Dobbs, 2010, p. 17)

La resiliencia es una capacidad innata que poseen las personas para triunfar y desarrollarse de manera socialmente aceptable, resistiendo a la destrucción para construir una vida digna (Poletti & Dobbs, 2010, p. 19)

Entre los factores acompañantes al logro de la resiliencia que se destacan es el enfoque psicosocial, el que se ubica resultado de las experiencias de acompañamiento a poblaciones afectadas por acontecimientos funestos en contextos de violencia sociopolítica



(estatal- subversiva-paramilitar) donde se incluye la violencia de la corrupción y su protectora absoluta la impunidad; particularmente en el contexto latinoamericano como el conflicto armado colombiano. De esta manera, el enfoque que establece la ley de víctimas, está orientado al restablecimiento de los derechos vulnerados y la reivindicación de la dignidad de los sujetos afectados por los hechos de victimización. (Camacho & Rico, 2016, p. 195).

Entonces aquí cabe preguntar ¿si la violación sistemática y constante de derechos humanos en que se continúa aún en Colombia permitirá que la capacidad de resiliencia se logre en cada sujeto especialmente los más vulnerables?

Esta situación agónica y reprochable dentro de un contexto de posconflicto en que hemos vivido en esta década primero con los paramilitares y ahora con la guerrilla de mayor presencia en el territorio nacional como de mayor envergadura en su accionar FARC-EP; no tiene nada de realismo mágico, por el contrario es una cruenta e insostenible violación de derechos humanos con la indiferencia incluso de muchos que la padecen directamente, tal vez los colombianos sufrimos del síndrome de Estocolmo de manera colectiva y no avizoramos que debemos transitar por el reconocimiento del daño y sus consecuencias para luego proceder a perdonar al victimario o en el mejor de los casos al proceso que ocasionó el hecho victimizante.

Como bien lo expresa Diego Fernando Rodríguez Casallas cuando dice que: “La sociedad colombiana se ha caracterizado por ser una sociedad excluyente

fruto de la herencia colonial que forzó la creación de distinciones sociales entorno a la raza, la posición socioeconómica y las creencias religiosas” (Rodríguez Casallas, 2016, p. 91).

Adicionalmente los informes de las entidades internacionales defensoras de derechos humanos y del derecho internacional humanitario han realizado varios estudios cuantitativos de acuerdo a las agresiones contra población e incluso particularmente contra los defensores(as) de derechos humanos en Colombia, siendo el del 2017 – que paradójicamente se consideraba sería el mejor año de estas estadísticas abrumadoramente reprochables y de repudio absoluto por estar en ejecución el posconflicto – arrojó 560 agresiones siendo un 16,42 por ciento mas que lo que arrojó el año inmediatamente anterior, 2016. Cifras que no se refieren a muertes sino también contabilizan amenazas, atentados, detenciones arbitrarias, desapariciones, uso arbitrario del sistema penal, hurto de información o violencia sexual (LGC(EFE/Semana) Deutsche welle, 2018).

Por su lado, en el mismo informe periodístico de la red alemana Deutsche welle (2018), dice que “La Defensoría de Colombia registró entre enero de 2016 y el 27 de febrero de este año un total de 282 asesinatos de líderes sociales y defensores de derechos humanos en el país”.

Por su lado la Organización de Naciones Unidas con sus órganos trabaja incansablemente en implementar mecanismos de acción conjuntas para contribuir a proteger a los defensores (as) de derechos humanos

en el mundo y especialmente a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos directamente en el contexto de América.

LA RESILIENCIA EN EL CARIBE COLOMBIANO

La historia del conflicto armado en el Caribe colombiano aún está por escribirse, esto dependerá de que los procesos de memoria histórica se logren articular al contexto territorial; los eventos de violencia política son percibidos como inexistentes porque existe una idea generalizada, quizá por la falta de suficiente documentación al respecto, de que en esta región el conflicto no se desarrolló con igual intensidad que en otras partes del país, lo cierto es que el alcance de cada uno de sus episodios repercute, no solo en los siete departamentos continentales que conforman su geografía (Atlántico, Guajira, Magdalena, Sucre, Cesar, Córdoba y Bolívar; quedando solo por fuera el insular de San Andrés) y a lo largo y ancho de todo el país, en especial, durante los últimos treinta años; sin desconocer los antecedentes que en épocas anteriores tuvieron las múltiples manifestaciones de la violencia en Colombia, de las cuales ninguna región pudo mantenerse completamente al margen.

Sin embargo, esta región fue protagonistas de macabras violaciones de derechos contra la vida y dignidad de las personas en especial de los habitantes del campo, campesinos que se vieron estigmatizados por los actores violentos en si pertenencia a uno u otro bando para someterlos a martirios inimaginables dándose en las zonas rurales masacres de poblaciones enteras sin distinción de clases, sexo, condición o edades. (Ramos-Vidal, 2017, p. 6)

Todo esto ha repercutido en la identidad social, cultural y política de la población civil a lo largo de la historia, especialmente en la actualidad y de ello no ha escapado los pobladores de la región Caribe que ha vivido espacios de relativa calma pero con violentas interrupciones desde inicios del siglo pasado basta recordar la violencia en la zona bananera, luego la de liberales y conservadores, la de los marimberos en los años ochenta, la paramilitar y guerrillas (que recrudecieron su accionar) en los 90 y parte de la primera década de este siglo XXI y en esta última, la estatal que si bien se puede decir que han sido también actores de la violencia miembros de la institucionalidad al ser muchas veces auspiciadores de un bando u otro; los falsos positivos de inocentes hechos pasar como guerrilleros o delincuentes para obtener beneficios en asensos y prebendas económicas – práctica no nueva en Colombia– se convirtieron en la vergüenza nacional más dolorosa de los últimos años.

El caribe quiere la paz, por su propia idiosincrasia grandes historias de guerras fratricidas han sido superadas con convivencia pacífica de los actores utilizando la mediación comunitaria dentro de los cuales están los palabreros indígenas los más representativos pero que en realidad lo que debe gestionarse son diálogos regionales en los que la sociedad civil tenga la batuta en la moderación.

Pero para que se consolide una reconciliación definitiva entre víctimas y victimarios tras dos periodos gubernamentales en los que se han adelantado procesos de paz, desmovilización y reinserción a la vida civil de los grupos armados ilegales que operan en Colombia



desde la segunda mitad del siglo XX (como el que se dio entre los grupos paramilitares y el gobierno de Álvaro Uribe Vélez entre los años 2002 y 2008, y el que se está dando actualmente entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las FARC), se debe reconstruir la identidad de la población durante estos procesos porque entre otras cosas en la "costa Caribe colombiana el posconflicto se debió iniciar en el año 2010" como bien lo dice en editorial que efectuó para la revista Justicia (Trejos Rosero, 2015, p.11).

La historia política colombiana tiene grandes evidencias de la total ausencia de una democracia participativa pluralista que propenda por la igualdad de oportunidades y la distribución equitativa del poder incluyendo a las mujeres (Pabón Arrieta & Torres Argüelles, 2014, p. 104) y esto sí que si se ha dado en la región Caribe donde han proliferado grupos políticamente fuertes denominados popularmente las casas y a las cabezas se les dice "caciques".

Región que se caracteriza por colocarle folclore a todas las vivencias, la violencia no ha sido ajena a esa identidad; pues por medio de la música tradicional de gaitas, porros, vallenatos que cuentan las tragedias de familias en que los hermanos tomaron rumbos diferentes y que los enfrentó finalmente en una cantina o estadero; hasta los ritmos urbanos como la champeta y el reggaetón son también herramientas de la resiliencia que estos pueblos utilizan ancestralmente para sobreponerse a las tragedias y vicisitudes de la vida. (Solano Alonso & Larios Giraldo, 2017).

Además hay que no dejar por fuera a los medios de comunicación (Sáenz Cabezas, 2017, pp. 86, 88 y 130) que en la región son utilizados aún, la radio como fuente de noticias en toda el área rural; pues por esas cosas del centralismo; que no comparto totalmente porque también es responsabilidad de cada habitante del Caribe colombiano por no elegir bien a quienes nos representan y gestión ante el gobierno nacional; aún hoy no hay vías óptimas, mucho menos señal de internet y en algunos casos ni la señal de la televisión llega cuando no es problema de falla eléctrica.

Increíblemente en pleno siglo veintiuno los costeños en el área rural y suburbana de nuestros municipios en su mayoría viven en el letargo descrito por el nobel Gabriel García Márquez en su obra "el coronel no tiene quién le escriba" pues ni el correo llega a tiempo a esas zonas.

La paz debe trabajarse incansablemente en todas las etapas del posconflicto porque como se ha visto, en el camino a ella existen grandes obstáculos, las muertes violentas de defensores de derechos humanos, la extorsión, el secuestro que ha vuelto, generan:

Incrementos significativos en todos los departamentos. Siendo Bolívar el departamento que mayor muertes violentas registró entre 2003 y 2009 (114 en promedio); seguidamente aparece Magdalena (70 en promedio), Córdoba (62 en promedio), César (59 en promedio), Sucre (56 en promedio), La Guajira (52 en promedio) y el Atlántico (25 en promedio). (Díaz Barrado, Fernández Liesa, & Rodríguez-Villasante, 2013, p. 41).

RESULTADOS Y CONCLUSIONES

De acuerdo a la metodología que se empleó para la realización de este artículo reflexivo que nos llevan a concluir que las resultados del método utilizado en este artículo fundamentado en técnicas científicas de investigación con observación interpretativa de los textos teóricos, periodísticos, informes oficiales y de entidades privadas de amplio reconocimiento así como de sentencias nacionales e internacionales, dan cuenta de un análisis cualitativo con muestras parciales de datos mixtos; logran contundentemente explicar que, para que el pos conflicto en el Caribe colombiano y en general en Colombia logre su fin principal y anhelado de la paz duradera, deberá pasar obligatoriamente por procesos de Resiliencia en las víctimas, pero así mismo con todos los grupos integradores de este país mega diverso.

Para tener una visión más dinámica de la necesidad de que el hombre y mujer caribeños colombianos alejen para siempre el llamado fantasma perenne del conflicto armado – fantasma que está muy vivo pues la violencia no ha cesado en cobrar vidas en especial la de los defensores de derechos humanos; pero utilizado en esta redacción con sincero sentimiento de la autora de apoyar el desarme psicológico social y de hecho en el conflicto colombiano; continuo con esa denominación – y sus instrumentos de violencia se deben iniciar procesos de resiliencia entre víctimas y victimarios con acompañamiento del estado y de la sociedad de manera eficaz y sin metas de corto plazo, aquellas que son como para salir del paso; debe adaptarse una verdadera política de estado que

garantice la reparación integral de la siquis y del sentir del ciudadano.

Entendiendo la resiliencia como esa capacidad del ser humano de perdonar lo imperdonable o en la mayoría de veces, efectuar una catarsis con el olvido intencional del daño, victimario o los hechos en muchos casos de los tiempos que marcaron esa aflicción. (Fernández Sánchez, 2016)

El Estado colombiano deberá estar atento a la evolución de los informes de las entidades encargadas de la atención a la población víctima del conflicto armado, su progreso desde la reparación integral con reconstrucción del tejido social para una convivencia sana en que la memoria sea un tributo a las víctimas pero más que saber la verdad¹⁷ a que no vuelvan a ocurrir los hechos ni que ningún colombiano(a) padezca nuevamente las atrocidades del conflicto ni mucho menos el abandono del Estado y la sociedad. Deberá estar atento a que los procesos de resiliencia sean constantes y sin interrupción, pues habrá que involucran también victimarios, población civil, militares e incluso a los medios de comunicación, ni qué decir de los servidores públicos, todos son víctimas todos los colombianos estamos afectados por un síndrome de violencia múltiple, estéril, irracional y diaria.

Esto está previsto en la ley de víctimas y restitución de tierras que reza: “lo psicosocial es entendido como

¹⁷ No obstante que hay un grupo de víctimas que lo único que quieren es saber la verdad de ¿por qué los hechos victimizantes se dieron?, ¿dónde están los muertos y desaparecidos y lo principal ¿por qué ellas?



uno de los componentes de la atención, específicamente hace parte de las medidas de rehabilitación, sin embargo se advierte que dicho componente deberá ser permanente y transversal durante el proceso de reparación". (Rettberg, 2015)

La resiliencia deberá iniciarse a ver como el motor que logrará la reconstrucción de la identidad de las víctimas del conflicto armado como fortaleza de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral con garantía de no repetición y el Caribe está llamado a ser gran protagonista del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- Camacho, M. A. M., & Rico, M. E. D. (2016). Posturas en la atención psicosocial a víctimas del conflicto armado. *El Ágora USB*, 15(1), 193-213.
- Díaz Barrado, C., Fernández Liesa, C. R., & Rodríguez-Villasante, J. L. (2013). Doce miradas del conflicto colombiano. *Reis: Revista española de investigaciones*, 69(2), 209-219. <https://doi.org/10.2307/40183784>
- Fernandez Sánchez, M. (2016). La resiliencia como factor de protección que ayuda a la recuperación de las víctimas de violencia de género. En *Deshilando las violencias de género y construyendo centros de resistencias*. (pp. 53-72). Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.
- LGC(EFE/Semana) Deutsche welle. (2018). Cada tres días muere asesinado un defensor de derechos humanos en Colombia. Recuperado el 25 de mayo de 2018, a partir de: <http://www.dw.com/es/cada-tres-días-muere-asesinado-un-defensor-de-derechos-humanos-en-colombia/a-42793345>

107

Meisel Lanner, R. (2015). Bicentenario de Colombia (1810-2010): Tomo V. La historia de los vencidos I. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

Melillo, A. (2005). Sobre Resiliencia: El pensamiento de Boris Cyrulnik. Recuperado el 29 de mayo de 2018, a partir de: <http://www.red-sistemica.com.ar/melillo.htm>

Mesa de Gobernadores del Caribe colombiano. (1999). Región Caribe de paz. En Universidad del Atlántico (comp.) (Ed.), Séptimo foro del Caribe colombiano (pp. 125-136). Barranquilla, Colombia.

Pabón Arrieta, J. A., & Torres Argüelles, A. (2014). Estado social y democrático de derecho, representación política y reelección inmediata en Colombia: sus efectos en el comportamiento electoral. *Justicia*, (25), 82-105.

Poletti, R., & Dobbs, B. (2010). *La resiliencia: El arte de resurgir a la vida*. Barcelona: Lumen Humanitas.

Presidencia de la República, & Congreso Nacional. *Ley de víctimas y restitución de tierras*. (2011). Colombia. <https://doi.org/> Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Ramos-Vidal, I. (2017). Efectividad del daño y desdibujamiento del sujeto: aproximaciones a las narrativas sobre el sufrimiento en el conflicto armado colombiano TT - Effectiveness of Harm and Blurring of the Subject: Approaches to Narratives of Suffering in the Colombian Armed. *Revista de Estudios Sociales*, (60), 62-71. <https://doi.org/> <http://dx.doi.org/10.7440/res60.2017.05>

Rettberg, A. (2015). Ley de víctimas en Colombia: Un balance. *Revista de Estudios Sociales*. <https://doi.org/10.7440/res54.2015.14>



Rodríguez Casallas, D. F. (2016). La encrucijada de la descentralización en Colombia: Justicia, Sociedad y Derecho, 1(1), 88-113.

Sáenz Cabezas, M. H. (2017). Las víctimas como protagonistas. Exigencias y disputas por su reconocimiento. En M. H. Sáenz Cabezas (Coord.) (Ed.), La paz en primera plana. Medios de comunicación y proceso de paz en Colombia, 2012-2015. (pp. 103-164). Bogotá, D.C.

Solano Alonso, J., & Larios Giraldo, P. (Comp.). (2017). Polifónica Caribe: Un concierto interdisciplinario. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar. Recuperado a partir de: [http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2110/Polifonia Caribe.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bonga.unisimon.edu.co/bitstream/handle/123456789/2110/Polifonia%20Caribe.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Trejos Rosero, L. F. (2015). Editorial. Posconflicto en el Caribe colombiano. Justicia, (27), 9-12.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL PAÍS VASCO VERSUS ECUADOR

FAMILY MEDIATION IN THE BASQUE COUNTRY VERSUS ECUADOR

RESUMEN

El País Vasco en España, al igual que el resto de Comunidades Autónomas, no contó con una Ley general de mediación, al momento de instaurarse sus pioneros servicios y programas de mediación públicos. Lo cierto es que a fecha de hoy en día tampoco la tiene, si bien se promulgó el Real Decreto- Ley 5/2012, de 5 de marzo, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles como único referente Estatal. La Ley 1/2008 de 8 de febrero sobre Mediación Familiar fue la encargada de regular esta materia en el País Vasco, si bien desde el año 1996 ya se venían desarrollando programas de mediación familiar tanto promovidos por el Gobierno Vasco como por algunos Ayuntamientos. Estas experiencias son las que han marcado la forma de desarrollarse la mediación familiar en esta comunidad, siendo su praxis la que da vida a este artículo que explica su conceptualización y su procedimiento, así como los efectos de los acuerdos alcanzados. Actualmente afecta esta materia la «Ley de custodia compartida» 7/2015 del País Vasco que es la norma referida a la corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos e hijas a su cargo o parejas sin descendencia, que refuerza las derivaciones judiciales a mediación y fomenta el uso de esta, en el ámbito de familia.

Palabras Clave: Mediación familiar, custodia compartida, corresponsabilidad parental, persona mediadora, conciliación.

Nerea Laucirica Rubio¹

¹ Licenciada en Derecho, Master en Mediación Universidad de Sevilla. Arbitro. Master superior en Coaching Laboral e Intervención Socioeducativa y Master Cooperación Internacional y Desarrollo. Divulgación Dinámica (DDF. Sevilla). Abogada del ICASB y mediadora de 2002 a 2007 en el Departamentos de Intervención Social y de Consumo del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (Asoc. IRSE Araba). Desde 2007 a 2015 Mediadora y Coordinadora General (2011) del Servicio de Mediación Intrajudicial de la Viceconsejería de Justicia del Gobierno Vasco. Mediadora habilitada en Ecuador por la Universidad Católica de Cuenca y actualmente Presidenta de la Fundación WASMU en Ibarra (Imbabura). Redactora del documento base del Informe extraordinario del Ararteko "La praxis de la Mediación en la Comunidad Autónoma del País Vasco". Publicaciones y cursos impartidos Universidades, Colegios profesionales y otros.

Fecha de recepción: 01/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Rubio, N. L. (2021). Mediación familiar en el país Vasco versus Ecuador. Justicia, sociedad y derecho, 108-121.



The Basque Country in Spain, like the rest of the Autonomous Communities, did not have a general Mediation Law, at the time of establishing its pioneering services and public mediation programs. The truth is that as of today it does not have it either, although Royal Decree-Law 5/2012, of March 5, on mediation in civil and commercial matters as the only State benchmark was promulgated. Law 1/2008 of February 8 on Family Mediation was in charge of regulating this matter in the Basque Country, although since 1996 family mediation programs have already been developed, both promoted by the Basque Government and by some City Councils. These experiences are what have marked the way of developing family mediation in this community, being its praxis the one that gives life to this article that explains its conceptualization and its procedure, as well as the effects of the agreements reached. This matter is currently affected by the "Shared Custody Law" 7/2015 of the Basque Country, which is the norm referring to parental co-responsibility and family relationships in cases of disruption of the coexistence of parents with dependent children or couples without children, which reinforces judicial referrals to mediation and encourages its use in the family sphere.

Keywords: Family mediation, shared custody, parental responsibility, mediator, conciliation.

PREÁMBULO: LEY DE CUSTODIA COMPARTIDA

La «Ley de custodia compartida» 7/2015 del País Vasco, vio la luz en junio de 2015, regulando la corresponsabilidad parental y las relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia del padre y la madre con hijos a su cargo o parejas sin descendencia. Esta Ley se ha fundamentado en la conjugación de los principios de corresponsabilidad parental y adecuadas relaciones como progenitores (mediante diálogo, respeto e igualdad), así como en el derecho de los menores de edad a una custodia compartida y a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con la familia extensa de ambos. Se planteó como el régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos establecidos en su articulado con el fin último de protección del interés superior de los y las menores.

Introduce las consecuencias de la separación o divorcio en el pacto prematrimonial o de convivencia y otorga especial relevancia a la mediación familiar para la gestión de los conflictos que pudieran surgir o ya existentes entre la pareja. La Ley albergó además una regulación detallada y concreta de lo concerniente a la patria potestad de los progenitores incorporando, por último, la posibilidad de dar pautas a padres y madres, de cómo relacionarse de forma adecuada con los hijos tras una separación divorcio o ruptura de la pareja, como veremos más adelante.

Cuando se produce una ruptura, y comienza esa dura etapa de reorganización familiar, se debe tener en cuenta que los progenitores continúan teniendo

obligaciones para con su descendencia, además de los derechos que les asisten. Igualmente se ha de considerar que, los hijos e hijas, también tendrán derecho a un contacto directo con sus progenitores de modo regular y a que, padre y madre, participen en la toma de decisiones inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, siempre que sea posible.

1. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Doctrinalmente se ha elaborado numerosas definiciones de mediación, compartiéndose en muchos sectores, aspectos de la ofrecida por Moreno Catena V. (Madrid, 2013) que la definen como *“un método de resolución alternativa a la jurisdicción, a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador; que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento. Lo cierto es que es diferente a la negociación, a la conciliación judicial y al arbitraje, puesto que el mediador no propone, no aconseja y no decide si no que se limita a dotar a las partes de mecanismos de acercamiento y de diálogo para que las mismas logren sus propias soluciones”*.

España no contó con una normativa estatal en mediación hasta el 6 de julio de 2012 en que se promulgó la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Previo a esta normativa, las Comunidades Autónomas dictaron leyes en materia de mediación familiar principalmente. La Ley 1/2008 de 8 de febrero sobre Mediación Familiar en el País Vasco recogió, en su primer artículo, que *la mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio,*



ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar.

Con anterioridad a la Ley de 2008, ya existían servicios de mediación públicos en el País Vasco que se adecuaron la doctrina y normativa europea para poder desarrollarse, generando protocolos de actuación. En base a esta situación y, en mi caso, a la participación en el Programa de Mediación Familiar del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y en el Servicio de Mediación Intrajudicial del Gobierno Vasco, se puede definir la mediación como un método, técnica, o herramienta informal pero estructurada, flexible y participativa, con técnicas y herramientas específicas, que busca que dos o más partes voluntariamente dialoguen sobre su conflicto con la ayuda de un tercero imparcial, profesional, formado en la materia y con un carisma conciliador. Es acertada la afirmación de Folberg y Taylor (México 1996) respecto de que *"la mediación tiene etapas definidas que comprenden una serie de técnicas para lograr los objetivos necesarios y se trata de un proceso limitado que produce resultados específicos mediante la utilización de los valores, normas y principios de los participantes y no de los mediadores"*.

La persona mediadora deberá favorecer que las partes encuentren un ámbito y clima de diálogo, actuando con neutralidad. Además, deberá garantizar una igualdad inter-partes, bajo el principio primordial de buena fe y de imparcialidad, manteniéndose a la misma distancia de todas las partes en conflicto y procurando que los intereses de todos los implicados se encuentren sobre la mesa para poder valorar la mejor opción, que se asemeja al término multipartialidad

recogido por esta autora, Laucirica N. (Bilbo, 2011). La persona mediadora no forzará, no impondrá, ni siquiera sugerirá posibles soluciones, siendo su trabajo capacitar a los contendientes, para que estos lleguen a sus propios acuerdos sobre el modo de gestión del conflicto, generalmente mediante un encuentro (mediación directa, aunque pudiera darse de forma indirecta en determinados supuestos).

Las partes realizarán un intento de trabajar de forma colaborativa y no enfrentada, para alcanzar por ellas mismas pactos que les permitan recomponer la relación (si es el caso) o bien dar por acabada, o al menos mitigada, la controversia. Podemos mencionar en este punto el paso que se ha dado en la conceptualización al hablar de "gestión" en vez de "resolución", asumiendo el nuevo término que el conflicto va a perdurar en el tiempo y requiere de esa adecuada gestión algo que en ningún caso se trata en un proceso contencioso, que solo se centra en el hecho ocurrido.

El proceso requiere la aceptación de las normas y principios de la mediación (consentimiento informado) y que se participe activamente desde el respeto, la sinceridad, la buena fe y la honestidad, todo ello al amparo del principio de confidencialidad y de la posibilidad de abandonar el proceso (P.p. de voluntariedad) en cualquier momento sin que pueda suponer una merma de los derechos procesales de los y las participantes a la hora de acudir a otras diferentes alternativas que pudiera adoptar para resolverlo...negociación asistida por letrados, arbitraje, o tribunales.

La persona mediadora aportará información precisa sobre las características del procedimiento y su funcionamiento, alcance del mismo, y sus consecuencias, así como el valor de los acuerdos que pudieran alcanzarse. Actuará con independencia y autonomía profesional y no aceptará presión alguna por parte de los mediados o cualquier persona o entidad implicada en la mediación. No debe incurrir en incompatibilidades, deberá planificar del proceso, llevará el control y actas de las sesiones, redactará el acta final y los acuerdos, y si fuese necesario, interrumpirá la mediación.

La mediación orienta a las partes hacia la cooperación, disminuyendo la dialéctica de la rivalidad, priorizando las necesidades e intereses de las partes en vez de las posiciones; la persona mediadora irá tejiendo un proceso en el que las partes puedan dialogar; trabajará con técnicas que permitan la escucha mutua y una visión menos negativa de lo ocurrido, resaltando los puntos en común y los intereses conjuntos, en un entorno de aceptación, crecimiento y aprendizaje.

Las sesiones de mediación son una especie de paréntesis dentro del conflicto en el que como ya hemos dicho, prevalece que las personas participantes asistan voluntariamente y bajo el paraguas de la confidencialidad pudiendo exponer sus ideas, sentimientos, visión de los hechos, intereses o necesidades, sin miedo a que aquello que digan pueda utilizarse en su contra por la otra parte en un proceso judicial o en otro ámbito. Podrán hablar con una mayor sinceridad que la que tendrían en un proceso contencioso poniendo sobre la mesa aspectos del conflicto que de otra forma, igual no se hubieran visualizado y que pueden

desatascar la situación ofreciendo nuevas alternativas que si sean negociables y satisfactorias para ambas partes.

Las aptitudes personales de las personas mediadoras son muy útiles a este método, pero no es suficiente necesitando una instrucción y capacitación específica y continuada en la materia, así como un buen equipo de trabajo con el que enriquecerse y chequear las actuaciones y resultados obtenidos.

La mediación familiar desarrollada en el País Vasco se produce tanto al margen de un proceso judicial como inmerso en él, es decir, puede ser intrajudicial o extrajudicial, si la mediación se da antes de iniciar acciones legales o al margen de un proceso. En ocasiones se confunde, este intento previo de resolución alternativa del conflicto, con las conformidades judiciales previas a entrar en la sala de vistas. Éstas se producen "in extremis", con escaso tiempo de reflexión cuando las defensas jurídicas de las partes negocian un acuerdo minutos antes de entrar al juicio o incluso en un paréntesis de este. Este acuerdo, no siendo la peor alternativa, tampoco suele ser la mejor (sobre todo a medio-largo plazo) por lo que puede generar un desencanto e insatisfacción posterior que llevará a su incumplimiento futuro, necesitando de ejecución. Así, cuando se solicita la intervención de un tercero, Juez o Magistrado, y se inicia el proceso judicial, éste se puede interrumpir por un plazo determinado o incluso aprovechando los "tiempos muertos" del proceso, para intentar una mediación, siendo esta catalogada como intrajudicial, que de terminar en acuerdo, este lo será mayor "calidad", permitiendo su cumplimiento



a corto y a largo plazo, principalmente por la participación de las partes en su construcción sobre la base de su responsabilidad en el conflicto y en la solución.

La mediación intrajudicial requiere que mientras se tramita el proceso contencioso, la autoridad judicial puede paralizarlo por un tiempo determinado y permitir que se inicie un procedimiento de mediación en el que se intente el acuerdo. En este momento ya coinciden los procedimientos de mediación intrajudicial y extrajudicial, es decir se suceden las fases del mismo: presentación de la persona mediadora y aceptación de su rol por las partes, recogida de información mutua (de la mediación en sí misma por el profesional y de lo ocurrido por las partes), una fase de definir conjuntamente el conflicto y plantear alternativas posibles de resolución, seguidas de una fase de negociación respecto de las mismas y finalmente la elaboración de un acuerdo escrito, suscrito por las partes.

En el caso de la mediación intrajudicial (terminada la mediación, con o sin acuerdo) el asunto vuelve de nuevo al proceso contencioso para que jueces o magistrados lo concluyan como normativamente esté prescrito, con la intervención de Ministerio Fiscal y los abogados de las partes. En el resto de casos, es decir los no judicializados o extrajudiciales, podrá mantenerse como un documento privado, protocolizarse notarialmente o legalizarse judicialmente, surtiendo diferentes efectos según las partes lo dispongan.

Es en este punto donde se diferencian principalmente la legislación española y la ecuatoriana, ya que Ecuador recoge en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y

Mediación¹⁷ que *la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.* El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación. Es decir, el proceso de mediación, de llegarse a acuerdo, finalizará con un acta que en sí misma tiene fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, a diferencia de España en que el acta requiere, para este mismo efecto, de homologación judicial o protocolización notarial. Esta circunstancia hace que en Ecuador las actas sean más formales y cumplan con todos los requisitos para poderse ejecutar en caso de incumplimiento. Esta circunstancia es un ventaja respecto del cumplimiento y eficacia sin embargo la hace más inflexible que en España donde el acuerdo puede recoger pactos en un lenguaje menos jurídico y más comprensible a las partes, con cuestiones detalladas, en el que se plasmen acuerdos de voluntad o cuestiones más cotidianas, sin perjuicio de su posterior homologación o protocolización, para

¹⁷ Registro oficial 417 Ley de Arbitraje y Mediación de 14 de diciembre de 2006. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>

la formalización del título ejecutivo. De no realizarse uno de estos trámites, en el acuerdo de mediación sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

2. DE LA CONCILIACIÓN

La mediación es un proceso diferente a la conciliación que en determinadas legislaciones se recogen como un método similar. Así la conciliación es un método mediante el que un tercero, experto y neutral, asiste a dos o más personas a buscar soluciones negociadas a su conflicto, si bien tiene cierto poder controlando la intervención, favoreciendo el acuerdo entre las partes, o incluso propiciándolo planteando propuestas viables a las partes, para que éstas decidan si les sirven, como solución a su conflicto. El rol del conciliador, por su posición de relevancia frente a las partes, le permite realizar propuestas de solución, que considere como buenas, una vez haya escuchado los planteamientos de las partes y partiendo de su experiencia profesional o vital y su buen hacer, aunque ésta no son de obligado cumplimiento para las partes. Diferente es el papel del mediador, quien propiciará (mediante herramientas y técnicas de mediación (resultado de la específica capacitación en la materia y en un espacio de diálogo e intercambio de información) que las partes analicen lo que les ha pasado y porque, así como, qué pueden hacer para que no se repita o para que se solvete la situación, aportando alternativas, que cada parte sienta buenas para él o ella y que al menos, crean que la otra parte no rechazaría de pleno.

3. INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

La Ley de custodia compartida¹⁸ del País Vasco, en su artículo 4 introduce la posibilidad de pactar la previsión y el compromiso de acudir a mediación familiar previo a iniciar trámites en la vía judicial. Parece relevante que para que alguien acuda a un servicio de mediación sea necesario que mínimamente la conozca y se informe de cómo funciona, sus principios generales, la función del mediador, la eficacia de los acuerdos, etc., así que salvo que se les asesore en este sentido, parece difícil que los ciudadanos acudan a mediación familiar para un pacto previo, ya que lo normal es que estén pensando en otras cuestiones más optimistas, menos conflictivas y no surja la necesidad de informarse sobre qué pasaría si quebrase la relación.

Más importante es la necesaria y adecuada información sobre mediación, cuando se realiza un pacto de compromiso de acudir a mediación previo al inicio de los trámites contenciosos, tras la hipotética futura ruptura. Puede suceder que se incluya esta cláusula, sin la suficiente información y no sean conscientes de que este proceso implica dedicar un tiempo al diálogo (en época de crisis) y responsabilizarse en la toma de decisiones (en vez de culpabilizar al otro), por lo que cuando llegue el momento de la mediación, no la deseen y la sientan como un tiempo perdido y baldío, que en definitiva, enfrente más a las partes, para cuando

¹⁸ Ley de custodia compartida 7/2015 de 30 de junio del País Vasco, que es la norma referida a la corresponsabilidad parental y relaciones familiares en casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos e hijas a su cargo o parejas sin descendencia



se inicie el juicio, por lo que podría plantearse desde la Institución Notarial la necesaria información de estas cuestiones, previo a la protocolización de los pactos que incluyan la cláusula de sometimiento a mediación, de lo que supone un proceso de mediación, sus límites y beneficios, así como los tiempos de realización, trámites, principios y requisitos.

Respecto de posibilidad de una obligatoriedad de la sesión informativa antes de iniciar un proceso judicial (sin que exista cláusula alguna, siendo el juez el que decida enviarles a mediación para que se informen sobre ésta, su funcionamiento y beneficios) creemos que pudiera ser de gran utilidad ya que garantizaría que profanos en esta materia tengan la oportunidad de conocer una alternativa más, antes de iniciar un largo, costoso y duro juicio en la jurisdicción de familia.

4. PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL PAÍS VASCO

Sean o no asuntos judicializados, debemos de contar con el consenso y aceptación de sus respectivos letrados, si los tuvieran. A esta cuestión servirá que la sesión informativa sea individual con cada una de las partes y su letrado para obtener la aceptación de ambos respecto del inicio del proceso de mediación y el permiso para que las sesiones sean solo con las partes en aras a los principios de confidencialidad y bilateralidad. Aunque pudieran acudir las dos de forma conjunta a esta sesión informativa y conforme a las legislaciones de algunos países estar los letrados presentes en el encuentro.

Una vez valorada por el equipo de mediadores se recabará información relativa al conflicto y la historia familiar, informándoles nuevamente de las características del proceso y de que su participación será voluntaria durante todo el proceso al igual que los mediadores podrán finalizar el proceso si se da alguna circunstancia que impida continuar. Cuestión importante es que las partes conozcan que todo lo que se diga o escuche en mediación es confidencial y no deberá salir de la sala, es por eso que también se les pide sinceridad y honestidad en sus manifestaciones ya que es este espacio van a poder sacar a luz cuestiones que nunca se mencionarían en un juzgado o en otros espacios. Esta confidencialidad se garantiza en la medida que la persona mediadora nunca acudirá a testificar sobre ello, comprometiéndose las partes a no citarle a juicio alguno.

El tercero multiparcial es el mediador, quien utilizará diversas técnicas para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado, con el fin de resolver su conflicto. Algunas pautas a tener en cuenta para una escucha activa son evitar juzgar a las partes ni sacar conclusiones. El diálogo deberá hacer referencia a detalles y cuestiones que afloren las emociones que las partes intentando reflejar, siendo la persona mediadora quien dirija y redirija la conversación cuando sea necesario, preguntando aquello que no esté claro o de lo que falte información. En definitiva se trata de ayudar a las partes a clarificar sus pensamientos y sentimientos, empoderarse y poder dialogar pacíficamente, evitando en todo caso ser condescendientes y compasivos, minimizar las cosas transcendentales o finalizar las frases por otra persona.

117

Las parejas que vienen a mediación, acuden al centro con un conflicto común, con puntos de vistas diferentes e incluso antagónicos de la situación que están viviendo, ya sea por la diferente forma de ser de cada persona, sus propios miedos, vivencias, escasa efectiva o real comunicación entre ellos lo que provoca el desconocimiento de los motivos y sentimientos del otro.

La falta de información de lo que le pasa al otro miembro de la pareja y el empeño de no mostrarle lo que le pasa a uno mismo, es una ecuación que da como resultado, en el tiempo, que un conflicto se encone de tal forma que las partes no sean capaces de salir de esa tela de araña que han ido creando.

La persona mediadora les acompañará en el proceso pacífico de resolución de su conflicto, donde el protagonismo está centrado en las partes disputantes y la intervención del mediador o mediadora se dirigirá a posibilitar un acuerdo justo, duradero y aceptable para ambos, manteniendo así, la corresponsabilidad parental adecuada a las necesidades de cada uno de los miembros de la familia y en particular de los hijos e hijas, si los hay.

4.1 MEDIACIÓN. 1ª FASE. ENCUADRE DEL PROCESO Y CONTENCIÓN DE LA CRISIS

En la primera sesión conjunta se debe recoger la información que falte sobre cada interviniente y también sobre la relación de pareja obteniendo información sobre aspectos como: Establecer la relación con las partes (comunicación verbal y no verbal; Recordarles la información sobre el proceso de mediación y responder

a las preguntas que se susciten; Recabar información sobre qué esperan del proceso, con preguntas abiertas y controlando que cada uno hable un tiempo similar al otro; Preguntar por las vías de arreglo experimentadas para evitar reincidir en soluciones intentadas y que no ha funcionado; Firmar el acuerdo de aceptación de la mediación o consentimiento informado, que supone una confirmación, firmada por las partes, de que se les ha informado de cómo funciona el proceso, rol de la persona mediadora, normas, su efectos, beneficios y límites y que estas aceptan participar en él.

Con los datos recogidos hasta aquí y sobre todo con la forma de “contarlos” y de hablar entre ellos, se debe realizar un somero análisis de la relación que mantiene la pareja por lo menos en cuanto al tipo de comunicación, el nivel de conflicto, el grado de ambivalencia respecto de la decisión de finalizar la relación y en general de la estructura familiar.

Estamos en la fase del “cuéntame”, aunque debemos ser muy cuidadosos recordando que la pareja no está en esa fase inicial de la crisis sino que ya han recorrido un camino que previsiblemente ha sido duro y enfrentado, en el que no han conseguido llegar a acuerdos para iniciar un proceso de mutuo acuerdo. El discurso se ceñirá a aquello que las partes quieran o necesiten y que sea útil para avanzar en el proceso, como por ejemplo: Historia de la pareja, incluyendo las crisis anteriores, las causas que las desencadenaron y las estrategias o actuaciones que hicieron para superarlas; Explorar la visión que sobre los problemas tiene cada uno de los miembros de la pareja,



así como sentimientos, emociones, preocupaciones, expectativas y necesidades; Áreas de acuerdo y de desacuerdo respecto a intereses y valores. Tras estos puntos se puede realizar un resumen o bien elaborar una "historia alternativa" reconocida por ambos.

Es necesario preguntar sobre todas aquellas cuestiones que se crean oportunas, diferenciando claramente entre posiciones e intereses de cada uno de los miembros de la pareja. Conviene tener en cuenta en este momento el tema de los desequilibrios de poder en la pareja, si creemos que están en una posición muy asimétrica y que una parte tiene más poder que la otra, intentando por todos los medios equilibrarla.

4.2 MEDIACIÓN. 2ª FASE. DEFINIENDO PROBLEMAS

Al llegar a esta fase conviene tener claro cuáles son los intereses de cada una de las partes de modo que podamos ir "traduciendo" los problemas a intereses, buscando un marco común de colaboración y llegando a una definición compartida del problema. Para cada uno de los problemas que vayan apareciendo buscaremos más información con objeto de entenderlo mejor, utilizando básicamente "preguntas cerradas y circulares". A veces conviene si hay mucho desacuerdo focalizar en algo común como por ejemplo la preocupación por los hijos e hijas. Se identificarán los puntos clave, señalando las áreas de acuerdo e intereses comunes, haciendo hincapié en que ambos tienen los mismos problemas que resolver. Al terminar preguntaremos si estos son todos los asuntos de los que quieren tratar.

Para establecer la agenda de trabajo, si es posible, utilizaremos un papelógrafo o una pizarra, en la que reflejaremos aquellos temas que pensemos puedan ser más fáciles de llegar a acuerdos.

Esta fase finaliza con el establecimiento de las normas que vamos a respetar en la discusión de los diferentes temas apuntados (como respetar el turno de palabra, no descalificar propuestas, escuchar lo que dice el otro, etc.).

Una vez que se ha logrado ayudar a la pareja a realizar una definición compartida del problema se les pregunta por aquellos temas que piensan serán susceptibles o necesarios de ser negociados y se realiza una "agenda de trabajo" provisional de los temas a tratar.

Si las partes no deciden por qué tema comenzar, será la persona mediadora la que plantee por cuál hacerlo. A la hora de elegir el tema de comienzo de la negociación no parece que exista un acuerdo claro al respecto en los profesionales de esta materia ya que en algunos casos se comienza por la custodia y tiempos con los hijos e hijas dejando los temas económicos para el final. Algunos mediadores y mediadoras se decantan por comenzar por aquel tema que piensan será más fácil, ya que el acuerdo animará a la pareja a la hora de enfrentarse con los desacuerdos más problemáticos. Sin embargo otros profesionales prefieren comenzar por los temas más difíciles para de esta forma "gastar" más energía al principio en los temas en que los desacuerdos y las posiciones están más alejados, pensando que si se logran estos primeros acuerdos el resto de la mediación irá "sobre ruedas". Finalmente, y una vez establecida

Agenda de temas a tratar:

CORRESPONSABILIDAD PROGENITORES	TIEMPOS CON LOS HIJOS
Necesidades de ambos	VIVIENDA HABITUAL y TENENCIA
Siguen siendo familia: padre madre e hijos	Estancia con los hijos. Semana normal, fines de semana, vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, cumpleaños y otros. Comunicación de la separación a los hijos (quién, cuándo y cómo). Relaciones con nuevos compañeros/as. Sistema de comunicación, etc.
Cuestiones importantes que siempre deberán de tomarse conjuntamente:	
Educación	Disponibilidad de tiempos de los progenitores, etc.
Sanidad	
Gastos extraordinarios	
Vivienda, etc.	
GASTOS HIJOS Y REPARTO	PATRIMONIO
Gastos ordinarios de los hijos, extraordinarios, otros al margen de la pensión, capacidad económica de los progenitores, distribución de los gastos de los hijos, etc.	Cuantificación del capital generado y ahorrado durante la convivencia, pactos previos, reparto, etc.

la agenda, se realiza un “orden del día”, una especie de “planing”, especificando los temas a tratar en cada una de las sesiones y la duración aproximada de la mediación.

4.3 MEDIACIÓN. 3ª FASE. CREANDO OPCIONES Y ALTERNATIVAS

El objetivo de esta fase es ayudar a la pareja a buscar opciones no definitivas pero que maximicen los intereses de ambas partes. Se pueden seguir los criterios de: Tener en cuenta las necesidades de las partes; Predecir los hechos factibles, los cambios que se puedan prever; Pronosticar aspectos que puedan afectar a una opción (experiencia); Recordarles las normas y principios que ayudan a tomar decisiones.

Metodológicamente, primero se reunirá información sobre cada uno de los temas a tratar, siendo conveniente comenzar con preguntas abiertas y después aclarar dudas con preguntas cerradas. Posteriormente se generarán las primeras opciones mediante una “Lluvia de ideas” para definir o captar las necesidades e intereses de cada parte de la pareja. Y por último se resaltarán las áreas de acuerdo, redefiniendo positivamente los desacuerdos y discutiendo las alternativas.

Ante los posibles atascos podemos utilizar la “redefinición en positivo” para legitimar las posiciones y necesidades reduciendo la tensión entre las partes y finalmente se delimitará y analizarán las alternativas que aparecen como viables.



4.4 MEDIACIÓN. 4ª FASE. NEGOCIACIÓN

Es importante para comenzar a negociar cuestiones de tipo económico disponer de información detallada. En realidad se ha podido comenzar a negociar anteriormente con el establecimiento de la agenda, pero sin tener los datos económicos de la pareja o por lo menos una parte de ellos, no es posible comenzar a realizar una negociación de los aspectos económicos y patrimoniales. Para este fin podremos utilizar unos cuestionarios de gastos habituales tanto de los hijos e hijas como de la vivienda y de la propia pareja. Se les puede entregar de forma individual para que cada uno lo rellene en su casa y luego en otra sesión pongan en común ambos cuestionarios y así consensuar los gastos totales.

Conviene reforzar, más de una vez, las posturas cooperativas de la pareja, el que se hablen con sinceridad y el que hayan superado los impedimentos existentes para ponerse de acuerdo. En cada uno de los temas a negociar, se debe dejar que cada parte de la pareja explique sus deseos y propuestas sin interrupciones.

Como ya hemos dicho con anterioridad, la utilización de papelógrafo o pizarra resulta muy útil ya que ayuda a clarificar las propuestas, permite comparar en dos columnas las de ambos miembros de la pareja y fija la vista, y por tanto la atención de los presentes, en un único tema.

En este momento no se debe aceptar una única propuesta por tema, salvo que ambas partes estén de acuerdo, es mejor que digan cuantas alternativas se les ocurran,

sin entrar en valoraciones, y cuando terminen sus exposiciones habrá llegado el momento de ordenarlas y pasar a la negociación, valorando las consecuencias positivas y negativas de cada una de las opciones. El documento de acuerdo recogerá por escrito cada uno de los pactos alcanzados por la pareja de manera ordenada, no mezclándolos. No es recomendable pasar a un nuevo tema hasta dejar cerrado y bien cerrado el anterior.

Quien negocia y quien decide es la pareja, por tanto, la persona mediadora deberá ser paciente y no mostrar más interés en llegar a acuerdos que el que tenga o muestre la propia pareja.

4.5 MEDIACIÓN. 5ª FASE. LLEGANDO A ACUERDOS

Es importante que según vaya la pareja llegando a acuerdos se reflejen por escrito y se lean a la pareja para que ambos den su consentimiento. En caso afirmativo se pasará a un nuevo punto y en caso negativo, se continuará discutiendo, analizando o redactando el punto en cuestión hasta alcanzar el acuerdo. La redacción no utilizará términos ambiguos o que lleven a confusión siendo un lenguaje llano, prácticamente no jurídico.

Si los acuerdos recogen conductas que pueden ser observadas mejor que mejor, ya que de esta forma se podrá comprobar mejor su cumplimiento o incumplimiento e incluso se podrán incorporar condiciones para resolver problemas futuros, si es posible.

121

No se dará por terminada la redacción de los acuerdos sin comprobar, tras su lectura final, que el grado de satisfacción en ambas partes de la pareja es alto. Se trata de lograr que los acuerdos alcanzados sean realistas y satisfactorios.

Se pueden establecer criterios de evaluación de los acuerdos, indicando cuándo y quién evalúa el cumplimiento de los mismos, así como lo hará, para saber si se están o no cumpliendo y de qué forma se ejecutarían en caso de incumplimiento.

4.6 MEDIACIÓN. 6ª FASE. SEGUIMIENTO Y / O MODIFICACIONES DE LOS ACUERDOS

Este apartado trata simplemente de realizar un seguimiento sobre los acuerdos alcanzados y su mantenimiento o posibles modificaciones. Conviene informar a la pareja de que se va a realizar, así como las fechas aproximadas en las que se llevará a cabo dicho seguimiento, aunque dependerá del volumen de trabajo del Centro. Se considera muy adecuado realizar encuestas de satisfacción para poder tener una información anónima de cómo se ha llevado a cabo el proceso y el efecto que ha tenido en las partes, corrigiendo las cuestiones que pudieran valorarse negativamente.

Una vez concluido el proceso y alcanzados los acuerdos, conforme a la legislación española, las parejas deberán tramitar un divorcio de mutuo acuerdo o solicitar la aprobación de medidas judiciales respecto de hijos en común, si no ha matrimonio, acompañando un convenio regulador que incorpore y traduzca a lenguaje

jurídico los pactos del acuerdo de mediación. En el supuesto de no tener hijos se podrán protocolizar notarialmente o incluso podrán consévalos como un documento privado. En el caso de la mediación familiar intrajudicial, los servicios públicos del Gobierno Vasco conforme a su actual protocolo, remitirán al Juzgado derivante los acuerdos alcanzados junto con un acta de cierre del proceso. Será el Juzgado el que notifique a los letrados de las partes que en un plazo prudencial presente un Convenio Regulador y soliciten la transformación del proceso contencioso a otro de mutuo acuerdo, siguiéndose los tramites de este, desde ese momento. En otros países como Ecuador, los acuerdos reflejados en el acta de mediación tienen efecto de cosa juzgada y son ejecutoriados.



BIBLIOGRAFÍA

Vid. MORENO CATENA, V. en SOLETO H., "Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos", Tecnos, Madrid, 2013, p. 52.

Jay Folberg y Alison Taylor (1996). Mediación. Resolución de conflictos sin litigio. México. Editorial Limusa SA. Grupo Noriega Editores.

Laucirica Rubio, N. (2011). Propuesta de la regulación legal de la figura y funciones de la persona mediadora, Cuadernos José María Lidón, n.o 8, 2011, pp. 209-216.

123



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional



CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA DEBIDO PROCESO Y CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN

CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW IN COLOMBIA DUE PROCESS AND

EXCLUSION CLAUSE

RESUMEN

Motiva este artículo, la reflexión crítica constructiva al proceso de constitucionalización del derecho penal, manifestado a partir de garantías superiores que materializan principios positivados en la Constitución Política de Colombia y su desarrollo legislativo a partir del ordenamiento penal y procesal penal; fenómeno jurídico filosófico que defiende la indemnidad de los derechos fundamentales, entre los cuales la cláusula de exclusión es una manifestación del debido proceso.

Palabras Clave: Constitución Política de Colombia, Debido Proceso, Cláusula de exclusión, Derechos Humanos, Garantías constitucionales, Estado Social de Derecho, Sistema penal acusatorio

JOSÉ MEJÍA MEJÍA¹

¹Artículo de revisión, José Mejía Mejía, Abogado de la Universidad de Boyacá; Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás; Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Santo Tomás. Ex – servidor público (Profesional Universitario) de la PGN; ex – funcionario (Fiscal local/seccional) de la FGN; ex Juez Civil del Circuito. Actualmente Juez Promiscuo; catedrático de la Universidad de Boyacá; doctorando en Derecho de la Universidad de Baja California, Tepic, Nayarit, México.

Fecha de recepción: 01/06/2019

Fecha de aprobación: 27/05/2020

ABSTRACT

Citar este artículo así:

Mejía Mejía, J. (2021). Constitucionalización del derecho penal en Colombia, debido proceso y cláusula de exclusión. *Justicia, sociedad y derecho*, 122-136.



Motivates this article, the constructive critical reflection to the process of constitutionalization of criminal law, manifested from superior guarantees that materialize positive principles in the Political Constitution of Colombia and its legislative development from the criminal and criminal procedure; philosophical legal phenomenon that defends the indemnity of fundamental rights, among which the exclusion clause is a manifestation due process.

Keywords: Political Constitution of Colombia, Due Process, Exclusion Clause, Human Rights, Constitutional Guarantees, Social State of Law, Accusatory Criminal System

INTRODUCCIÓN

Este artículo expondrá una perspectiva filosófica constitucional sobre el proceso de constitucionalización del derecho penal y procesal penal colombiano, fenómeno jurídico político y filosófico, que enfrenta dos posturas, a saber: una que defiende el garantismo procesal penal, a partir de garantías constitucionales y el respeto de los derechos fundamentales estructuradores de la dignidad humana principio y fin del estado social y democrático de derecho y otra, que propugna por investigar y juzgar las conductas delictuales y de ser necesario, so pretexto de combatir la criminalidad y llegar a la verdad real, pretermitir el respeto a las formas propias de cada juicio, tesis sustentada sobre un sesgado principio de legalidad.

El proceso de constitucionalización del derecho penal, que no es distinto a observar el ordenamiento jurídico penal y procesal penal, de manera holística, no solamente desde la inclusión de principios orientadores contenidos tanto del estatuto sustantivo, como en el procesal, sino observar diligentemente los derechos fundamentales y garantías constitucionales que por vía de principios positivados en el ordenamiento penal, que avalan remedios procesales a los vicios probatorios, bien por nulidad, ora por ilicitud, mediante instituciones jurídicas como la cláusula de exclusión, acepción del debido proceso y por demás, norma de carácter iusfundamental que obliga al estudio de las corrientes filosóficas que inspiran la permeabilización constitucional del derecho procesal penal colombiano. En consecuencia, en el artículo que se presenta, se observará la traza de los derechos fundamentales

involucrados, expresión político filosófica del estado social y democrático de derecho, con alcance jurídico y contenido axiológico desde la teoría filosófica de Dworkin (1977) y el contenido de principios desde cláusula "*principia iuris et de iuris*", de la teoría de Ferrajoli (2016).

Se proseguirá con un atisbo a preceptos constitucionales con contenidos puros de derechos humanos contenidos no solamente en el texto de la constitución sino en, (i) instrumentos internacionales de derechos humanos e incorporados a la constitución vía de bloque constitucionalidad y, (ii) decisiones de tribunales internacionales de protección de derechos humanos y fundamentales, pero sin desorientar el objeto de estudio, que pretende focalizar la actividad probatoria revestida de garantías constitucionales, dentro del proceso penal colombiano.

Finalmente, se destacarán aspectos constitucionales de la estructura probatoria del proceso penal en Colombia, extractando lo pertinente del artículo 29 superior, precepto de derecho fundamental, del que se analizarán, acepciones relativas a la actividad probatoria en el transcurrir de la actuación procesal penal.

Afianza esta postura que entiende y propugna por observar las garantías constitucionales, la precisión de las normas de carácter constitucional, legal y supranacional, así como la citación de decisiones de Tribunales Internacionales, en actuaciones violatorias de derechos fundamentales y constitucionales, por irregularidades tanto en la aducción como en la valoración de elementos de convicción viciados por ilicitud o ilegalidad.



METODOLOGÍA

La investigación es de tipo teórica jurídica, por cuanto está sustentada desde una visión elaborada, a partir del procesamiento del pensamiento abstracto, que se condensa en constructos, teoremas, conceptos, leyes, o teorías, en consecuencias, este artículo parte del análisis de posturas o tesis defendidas tanto por doctrinantes nacionales, Uprimny, Urbano, Daza, Carrasquilla, Gómez, entre otros; así como connotados autores del derecho, obsérvese, Bobbio, Ferrajoli, Alexy, Dworkin. El método de investigación, del que es resultado el artículo que se presenta a la comunidad jurídica lleva implícito la propuesta de construcción de una dogmática axiológica positiva, a partir de premisas de derechos humanos con incidencia en proceso de constitucionalización del derecho penal.

PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Es imperioso comenzar este artículo, reflexionando sobre el estudio de los derechos fundamentales desde la filosofía político jurídica, como ciencia que sustenta la legitimidad de los sistemas jurídicos ínsitos en el modelo de estado social y democrático de derecho como esencia de revelación del ordenamiento jurídico, particularmente en la jurisdicción penal desde donde, como prerrequisito de política criminal es perentorio garantizar que por vía de positivización se morigere la tensión entre los derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal.

Así, se advierte tanto del sistema jurídico colombiano, como de los más recientes ordenamientos que son

producto de las nuevas constituciones y estas a su vez producto de la incorporación de principios como respuesta a la crisis del positivismo con raigambre en el escepticismo ético, esto es, *la creencia de que no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (Bonorino, 2008)*. Desde esta óptica el positivismo venía siendo entendido como una posición jurídico - filosófica que defiende el concepto de derecho extirpando de su concepto cualquier injerencia de la moral, en cuanto parte del postulado fundamental, según el cual, la ciencia es el único criterio de verdad y si el derecho es ciencia, el positivismo jurídico habría de entenderse como teoría científica, y a esta *no puede presuponerse en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho (Kelsen, 2008)*.

Superado el apego a la concepción filosófica del positivismo jurídico, se admite la coexistencia de postulados del iuspositivismo y el iusnaturalismo, en concepción teórica de Dworkin (1977) construida sobre una teoría moral que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico, recuérdese como Bobbio (1982), desde una perspectiva eminentemente positivista consideró imposible construir una fundamentación de los derechos humanos sin caer en una alusión iusnaturalista a partir de concepciones filosóficas como *naturaleza humana, persona moral y ley natural*.

En consecuencia, la incorporación de normas de derecho fundamental como principios positivados se traducen en auténticas garantías, verbigracia, al debido proceso del cual es una acepción, la sanción mediante la exclusión de las pruebas obtenidas de manera ilícita

127

o ilegal, son finalmente, criterios de coherencia con el desarrollo de los derechos humanos, por tanto debemos hacer una aproximación a estas relaciones, es decir, tanto a los derechos humanos como los derechos fundamentales contenidos en la constitución y entendidos de Roxin, citado por Armijo para quien el *sistema procesal, es el reflejo del régimen político ideológico y el sistema probatorio es la comuna vertebral del sistema procesal* Armijo (1997); para entender el proceso de reconocimiento de los derechos humanos debe partir de aceptar la metamorfosis que han experimentado las constituciones más actuales, comenzando por entender su primordial y preponderante ubicación en los nuevos estados sociales y democráticos de derecho, posteriores a los estados liberales de derecho, según se concibe de la teoría garantista desde la cual comienza el análisis normativo dentro del contexto de la dogmática jurídica y la teoría del derecho.

Y es que a propósito de la dogmática a que alude la constitucionalización del derecho, es menester entenderla desde la perspectiva de la *dogmática axiológica positiva*, que enseña Carrasquilla, para quien, esta debe incorporar además premisas y conceptos fundamentales de los derechos humanos y los derechos fundamentales, en tanto, *todo concepto de un derecho penal liberal y democrático que quiera pretender en serio el respeto de los derechos humanos tiene que comenzar porque cada concepto que emplee y cada paso metodológico que emprenda esté permeado por las valoraciones esenciales de los derechos internacionales y los derechos fundamentales de la constitución positiva* (Carrasquilla, 2014).

Así pues, el estudio de los derechos fundamentales preservadores del debido proceso penal, se observa

desde la teoría que explica Ferrajoli (2016), para quien éstos se vislumbran desde principios que se pueden llamar *principia iuris et de iuris*, pero no restrictivamente *in iuri*, por cuanto hacen parte del ordenamiento, no obstante internos o externos al derecho positivo, es decir, se insinúan, no se formulan; tal como sucede en derechos que incorporan instituciones jurídico penales y procesales penales como el principio de legalidad estricta, el de separación de poderes, el conjunto de garantías penales y procesales, los cuales, enseña el mismo autor, pese a ser más o menos explícitos en las normas de derecho positivo, dogmáticamente deben interpretarse en el contexto de otras normas del derecho positivo del que forman parte, postura que honra el ordenamiento interno penal colombiano al conciliar por vía de bloque de constitucionalidad imperativos de los sistemas globales y regionales de protección de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, así como del sistema interamericano de derechos humanos. No obstante, es oportuno aclarar que cuando hablamos de derechos humanos no nos referimos a la naturaleza de ningún sistema jurídico en específico, nos referimos a esa constante que aparece codificada en los sistemas filosóficos como naturaleza humana.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PRIMACÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO PENAL COLOMBIANO

Viene oportuno acercarnos a la relación que existe entre derechos fundamentales de una parte, recuérdese, nos concita la regla de exclusión como derecho

fundamental contenido en el artículo 29 superior y, de otra parte, las garantías constitucionales, toda vez que el derecho fundamental en mención, llevado al procedimiento penal es un principio rector de la actuación jurisdiccional en la acepción iuspunitiva, imperativo según el cual, *toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal* (Código de Procedimiento Penal, 2014). Para precisar las relaciones entre derechos fundamentales y garantías constitucionales, siguiendo a Ferrajoli (2016), los derechos fundamentales se definen como derechos universales, *es decir conferidos a todos por normas jurídicas y, derechos subjetivos como expectativas que corresponden a una obligación o una prohibición*; en consecuencia, la implicación entre derechos y garantías no es de tipo asertivo sino de tipo normativo.

Señálese como, por virtud del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, *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* y, los derechos y deberes consagrados en la Carta, *se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia* (Constitución política de Colombia, 1991).

En virtud del anterior precepto constitucional y en pacífico entendimiento que la Constitución es norma de normas (Carrasquilla, 2014), la legislación penal interna, tanto sustantiva como procesal, debe acatar los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados que amparan derechos humanos, respetándolos

con el valor prevalente de la constitución e interpretando los derechos y los deberes constitucionales y legales, sustantivos y procedimentales, conforme a los mencionados tratados.

Necesario es señalar, cómo la Constitución Política Colombiana, carta de 1991, imprime fuerza vinculante a los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano, así es la enseñanza y la exigencia funcional, atribuida por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, al señalar que, *los contenidos normativos propios de los derechos humanos son derecho obligatorio supranacional, y en general constitucional, que debe ser aplicado por los funcionarios judiciales, incluidos los jueces, y respetado por los particulares* (Upriminy, Uprimny, & Parra, 2008).

Entendido así, el contenido del artículo 29 superior, y acentuando el contenido del quinto inciso del precepto en cita, *es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso* (Constitución Política de Colombia, 1991) en consecuencia, aplicar la cláusula de exclusión es respetar con preponderancia constitucional los tratados y convenios sobre derechos humanos, que fueron fuente de inspiración del constituyente para incorporarlos al ordenamiento interno y que obliga a que de manera somera se mencionen algunos, así:

Ley 16 de 1972. En su artículo 11 "Protección de la Honra y de la Dignidad". Señala: "1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de

su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (Congreso de Colombia, 1972).

Continuando con tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obliga observar y acatar a la **Declaración Universal de los derechos Humanos**, que en su Artículo 5 Indica: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y en el Artículo 8 “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (Asamblea General de la ONU, 1948).

En igual sentido la **Ley 70 de 1986**, Por medio de la cual se aprueba la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 plantea que por tortura se entiende todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de una tercera información o una confesión (Congreso de Colombia, 1986).

Como observa, del plexo de normas supranacionales, que por vía de bloque de constitucionalidad son parte de nuestra constitución, todas proscriben cualquier acto violatorio de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, cuando garantizan su

respeto, las cuales en nuestro ordenamiento interno son garantía de los derechos fundamentales, por tanto, estos son la fundamentación es una expresión iusfilosófica que incorpora principios y valores en un sistema jurídico permeado por la ciencia del derecho constitucional con raigambre en el reconocimiento y subordinación de los derechos humanos, preceptos universalmente válidos que enseñan cómo, mediante la positivización de derechos se incorporan cláusulas con contenido en realidades codificadas en un sistema constitucional, conclúyase así, como lo enseña Pérez (2013), “la cuestión de los derechos fundamentales es un tema de derecho positivo en tanto que se refiere a la manera en la que tales principios aparecen expresados en el contrato fundante de una sociedad política o Nación determinada”.

Pacífica es la teoría según la cual el florecimiento de los derechos fundamentales como máxima expresión de las constituciones contemporáneas, es la más pura aceptación de un nuevo contrato social democrático y pluralista pero alineado con el irrestricto respeto a los derechos humanos, entendidos por el precitado tratadista como manifestaciones o concepciones de los derechos fundamentales que deben su existencia a la metafísica de los derechos o, lo que es lo mismo, se debe a la existencia de diferentes concepciones del mundo que organiza valores y principios jurídicos de manera autónoma en sus sistemas constitucionales.

Es necesario focalizar la atención en el respeto de los derechos fundamentales y de los derechos humanos de manera concreta y para los fines de este artículo, en el desarrollo del proceso penal, por tanto,



al estudiar los límites que imponen al derecho penal, como expresión del proceso de constitucionalización del derecho, debemos acercarnos al apotegma de la dogmática axiológica positiva, a cuyos conceptos fundamentales y premisas tienen que haberse incorporado ya los derechos humanos y los derechos fundamentales (Fernández, 2014).

Partiendo de la anterior premisa, en un primer acercamiento al objeto de estudio, es acentuar como imperativo la obligación impuesta desde la corriente filosófica de los derechos humanos, la obligación de revestir de todas las garantías, propias del debido proceso, como norma iusfundamental, todo el proceso penal, pero de manera muy concreta la actividad probatoria, privilegiando el concepto de derecho penal liberal y democrático que enseña que el respeto de los derechos humanos principia con permear cada paso, cada etapa del proceso por las valoraciones esenciales de los derechos humanos internacionales y de los derechos fundamentales de la constitución (Fernández, 2014).

Valga acentuar cómo la sociedad política ha decidido proteger ciertos valores y principios que considera imprescindibles para el desarrollo de la vida social, incorporándolos en la Constitución, como el más idóneo mecanismo para proteger a los individuos del mismo estado, que no es otra cosa que una construcción social, que ha surgido precisamente de la necesidad de ofrecer garantías a una serie de derechos-libertades sustanciales. Toda constitución moderna, escrita o no, supone, prevalentemente, derechos fundamentales anteriores a la formación del estado, la necesidad y los

mecanismos de protección, cuya tarea es la vigilancia de los derechos constitucionales (Pérez, 2013), entre los cuales se consideran en el derecho penal constitucionalizado de Colombia, la inclusión del debido proceso y como mecanismo de protección, la cláusula de exclusión probatoria, y la norma superior delega su protección a un sistema autoritario central, el Estado, que se encarga a partir del desarrollo legislativo, de gestionar la dinámica mediante el monopolio legítimo, en nuestro objeto de estudio, el procedimiento penal.

Al estudiar de manera sistémica y concordante la cláusula de exclusión, se reitera, como una acepción del derecho fundamental del debido proceso, debemos ubicarla no solamente, dentro de esta órbita del derecho positivo interno o dentro del contexto de los derechos humanos sino, principalmente como la más cara expresión del principio Pro Homine, que restringe el poder punitivo del estado e impide utilizar los derechos en desfavor de los imputados, acusados o enjuiciados en un proceso penal.

Como se planteó, entender la efectivización de los derechos humanos y los derechos fundamentales es, al interior del ordenamiento jurídico, o al menos en el ordenamiento interno colombiano, un proceso de constitucionalización, es decir positivismo jurídico, valga entender de reglas y principios, tal vez incorporando pilares de la filosofía del derecho, contenidos en las teorías expuestas por Luigi Ferrajoli, que explica Pino (citado por Ferrajoli, 2016), a saber i) Una filosofía del Estado Constitucional, entre el derecho y política, ii) La superioridad de la Constitución y iii)

Validez formal, validez sustancial y separación entre el derecho y la moral. Expone Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, (la democracia a través de los derechos, continúa en la constitución de una teoría del derecho y la democracia para el Estado constitucional -un ordenamiento jurídico dotado de Constitución rígida que codifica un catálogo de derechos y principio fundamentales (Ferrajoli, 2016). Así, la positivización de los derechos fundamentales y concretamente el debido proceso, en la constitución política de Colombia, es cuando menos la concreción en un catálogo de tales derechos y principios y se traduce en una clara limitación al poder del estado, concretamente al poder judicial que advierte una limitación al arbitrio de la interpretación y de la actuación procesal, es en concreto, un imperativo de sujeción al principio de estricta legalidad.

Vistas así las cosas, en el proceso penal propio de un estado social y democrático de derecho, en el ejercicio del derecho penal, los funcionarios judiciales, en quienes el Estado delega el monopolio legítimo de la violencia - ius puniendi - que está en cabeza del mismo Estado, no solamente declaran el derecho, sino que, realizan principios propios del modelo de estado constitucional que gravita en torno a la dignidad de las personas como razón de ser de este contrato social, develando así las potencialidades de un Estado Constitucional.

Centrando la atención en el proceso de constitucionalización del derecho penal al interior del ordenamiento interno colombiano, apremia centrar la atención no solamente en el modelo de estado que impera a partir de la constitución de 1991, sino en las normas que

explicitan rasgos del modelo constitucional.

La Constitución Política de Colombia (1991), describe a la organización política de la Nación, como un Estado Social y Democrático de Derecho, por tanto es aceptada a partir del Estado de Derecho o liberal, el concepto de derechos, de legalidad, de límites a la arbitrariedad y la cláusula general omnímoda, según la cual la Constitución es norma de normas, en consecuencia, cimienta el Estado Colombiano, como lo señala Daza, más allá de definirse como un Estado que da preponderancia al establecimiento jurídico, se convierte en un Estado que se preocupa por garantizar a todos sus integrantes una vida digna (Daza, 2015).

Acentúese, que el Estado Social de derecho, que propuso el Constituyente colombiano en 1991, mutó del Estado - represor de Derecho - a un Estado garantista del sujeto en donde el ordenamiento penal, ya constitucionalizado, es determinante en el respeto de los derechos, por contener límites reguladores del poder punitivo del Estado, que impidan la afectación a los bienes jurídicos que se tutelan, con preeminencia de la dignidad, principio y fin de nuestra Constitución, como lo afirma Gómez:

Para que la justicia sea el sustento de la democracia, el derecho penal, en un Estado Democrático de Derecho debe cumplir una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica, en general en un Estado de Derecho: Garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado (Gómez, 2010).



Pero para esto debe partirse en el derecho penal, que involucra tanto el sustancial como el procedimental, desde la exigencia del modelo de Estado Democrático de Derecho.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES EN LA ESTRUCTURA PROBATORIA DEL PROCESO PENAL

Conviene ahora puntualizar aspectos de la estructura probatoria del derecho penal en el constitucionalismo colombiano, el cual incorpora la cláusula de exclusión probatoria, norma que se ubica en la descripción del derecho fundamental al debido proceso como lo plantea la Constitución Política de Colombia (1991, art. 29):

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”

Comenzando por recordar el concepto derecho fundamental que identifica la teoría de los derechos

defendida por Alexy (1993), para quien los derechos fundamentales son *solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por la tanto, son reconocidos en la constitución.*

Como se advirtió párrafos antes, los derechos fundamentales en el ordenamiento interno están comprendidos en la Constitución Política de Colombia de 1991, de la cual, en virtud del artículo 93, hace parte el bloque de constitucionalidad, por tanto se acepta como fundamentación de la norma de derecho fundamental, los precitados criterios materiales / estructurales y se concreta, siguiendo a Urbano (2014), que en el régimen probatorio de la jurisdicción penal colombiana, se sustenta en tres instituciones, a saber: *i) La reserva judicial de las libertades públicas, ii) la estructura básica del proceso penal y iii) el núcleo probatorio que hace parte de la estructura básica.*

Centrando nuestra atención únicamente en la Constitución de 1991, y destacando las instituciones que relieves el autor, se verifica que de *la reserva de las libertades públicas* algunas manifestaciones están contenidas en los artículos 15, 28 y 32 que condiciona la injerencia del Estado al respeto de la inviolabilidad de la correspondencia, la libertad de locomoción y la exigencia de un orden judicial previo o un estado de flagrancia para su excepcional afectación, condiciones que denotan el respeto a los derechos fundamentales y el reconocimiento de la positivización de dichas facultades materializando así la rigidez de la constitución conforme lo observamos con Ferrajoli (2016).

133

El proceso de constitucionalización del derecho penal en Colombia, fue más allá y en el mismo cuerpo de la constitución, fijó *la estructura del proceso penal*, como se lee en los preceptos 116, 235 y 250 superiores, radicando en la Fiscalía General de la Nación las funciones constitucionales de persecución, acusación y renuncia como excepción al principio de legalidad de la acción penal.

No obstante, pese a que la constitución política, es tímida en *la estructura básica del proceso*, en cuanto a la estructura probatoria, como lo advierte *Urbano (2014)*, incluyó preceptos probatorios con valiosos contenidos tales como la reserva judicial de *los derechos a la intimidad y a la libertad de locomoción, la regla de exclusión de la prueba ilícita y la exoneración del deber de declarar previstos en los artículos 15, 28, 29 y 34 (sic) 33 de la Constitución Política de Colombia.*

Reitérese las referidas normas que son de índole constitucional, las cuales estructuran el plexo de garantías que deben observarse, en concordancia y en rigor con instrumentos internacionales, que se insiste, en virtud del bloque de condicionalidad, son parte integrante de nuestro ordenamiento penal y de obligatoria observancia, tanto en el derecho penal sustancial, como el procedimiento. Así, instrumentos internacionales como: *Ley 70 de 1986, por medio de la cual se aprueba la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, art. 1*, según el cual *se entenderá por el término tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión...”*

(Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 1986). *A propósito de la regla de exclusión, manifestación de los derechos fundamentales garantía pueda ser invocada as constitucionales, La misma norma supranacional, en su artículo 15, es categórica: “Todo Estado Parte se comprometerá de que ninguna declaración, que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la denuncia”.*

De otros instrumentos Internacionales que se observan como formando parte de nuestra constitución, entre los que podemos mencionar, por la cual se aprueba “La convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por el Estado Colombiano por la ley 16 de 1972 en sus artículos 5, 7, 8, 9, 10 11 y 25; La declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 3,5,6,8,11 y 12 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículos 3,5,6,8, 13, se extractan e incorporan en nuestro ordenamiento penal, verdaderas garantías constitucionales que estructuran y delimitan la actividad probatoria, son génesis del respeto de derechos fundamentales, entre los que prevalecen: El derecho a la integridad personal y a la proscripción de la tortura; el derecho a un proceso justo; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la intimidad, el principio de legalidad del delito y de la pena; el derecho a la exclusión de las declaraciones y confesiones involuntarias, el derecho a la exclusión de las pruebas obtenidas contrariando o violentando derechos fundamentales o garantías constitucionales.



Adiciónese cómo, además de las normas constitucionales de las que hacen parte los tratados internacionales y el desarrollo legislativo en nuestros códigos penal y de procedimiento penal, las decisiones de los Tribunales Internacionales, estructuran y limitan la actividad probatoria, a más de ser criterios de necesaria observación, entre los destacamos, siguiendo a Urbano; (i) **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, en decisiones como "Irlanda del Norte contra Reyno Unido", del 18 de enero de 2018; "Assenor y otros contra Bulgaria", del 28 de octubre de 1998; "Resoluciones de inadmisión de Shannon contra el El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", del 22 de julio de 2003 y (ii) **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**: "Caso Alan García contra Perú", 1994; Comité de Derechos Humanos, "Caso Bahamonde contra Guinea Ecuatorial", 1994; Comité de Derechos Humanos, "Caso Karttunen contra Finlandia" (Urbano, 2014)

Remémbrese, los instrumentos internacionales y sus desarrollos jurisprudenciales, determinan entre otros aspectos probatorios penales: i) La proscripción de ciertas técnicas de interrogatorio que en ciertas actuaciones penales constituyen tortura o tratos crueles; ii) la inadmisión de pruebas obtenidas mediante una actitud probatoria de la policía, a propósito del contemporáneo concepto del agente provocador; iii) la exclusión de elementos materiales probatorios, evidencia física o información obtenida mediante tortura, consagrada en la Convención contra la Tortura adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; iv) La exclusión de las pruebas ilegales y, v) La inversión meramente excepcional de la carga de la prueba.

Conclúyase, destacando que la estructura probatoria al amparo de los derechos fundamentales propio de un sistema penal constitucionalizado y garante de los derechos humanos no puede ser inferior a obrar conforme a las decisiones del Comité de Derechos Humanos en el "Caso Kelly contra Jamaica, 1989"; la decisión del Tribunal Europeo de Derechos, en la sentencia Weh contra Australia, del 8 de abril de 2004; *La regla de exclusión opera respecto de las declaraciones y elementos provenientes de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o de toda presión física o psicológica directa o indirecta sobre el acusado de parte de las autoridades con miras a que se declare culpable; de las declaraciones autoinculpatorias de un acusado obtenidas mientras estaba detenido e incomunicado* (Urbano, 2014).

CONCLUSIONES

A partir 1991, en la Constitución Política de Colombia, se admite la coexistencia de postulados del iuspositivismo y el iusnaturalismo, conforme a concepción teórica de Dworkin (1977) contruidos sobre una teoría moral que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico y permita la positivización de principios que son una respuesta a la crisis del positivismo radical, teoría según la cual, todo concepto de derecho penal liberal que pretenda el respeto de los derechos humanos y los derechos fundamentales debe incorporarse en la Constitución positiva y desde esta impregnar el ordenamiento procesal penal.

Los valores abiertos de la constitución deben observarse como garantías a los derechos y no deben utilizarse para

ampliar el poder punitivo del Estado, por el contrario, debe ser criterio de restricción, honrando el principio Pro Homine.

Se concluye de manera categórica que a partir de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, nuestro Estado y nuestro ordenamiento penal interno, adquirieron avanzadas características de garantía de los derechos que permiten predicar el tránsito de un Estado de Derecho, de raigambre liberal a un Estado Social y Democrático de derechos, caracterizado por:

La existencia de un Estado Constitucional.

Un Estado Social de derecho garantista de los sujetos.

La honra del ordenamiento penal a los postulados garantistas de la constitución, regulando el poder punitivo del Estado como herramienta de convivencia pacífica de los asociados, pero con límites definidos en la actuación y respetuosos de la dignidad de las personas.

La inclusión de preceptos probatorios con valiosos contenidos tales como la reserva judicial de *los derechos a la intimidad y a la libertad de locomoción, la regla de exclusión de la prueba ilícita y la exoneración del deber de declarar previstos en los artículos 15, 28, 29 y 33 de la norma superior.*

Las normas precitadas como estructurantes constitucionales de la actividad probatoria en el derecho penal y procesal penal en Colombia, deben estar en todo en concordancia con instrumentos Internacionales que

hacen parte de nuestra constitución, y que en manera alguna deben observarse como meras normas complementarias sino como preceptos de aplicación directa, entre los que podemos mencionar, convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por el Estado Colombiano por la ley 16 de 1972 en sus artículos 5, 7, 8, 9, 10 11 y 25; La declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 3,5,6,8,11 y 12 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículos 3,5,6,8, 13, se extractan e incorporan en nuestro ordenamiento penal, verdaderas garantías constitucionales que estructuran y delimitan la actividad probatoria, son génesis del respeto de derechos fundamentales, entre los que prevalecen: El derecho a la integridad personal y a la proscripción de la tortura; el derecho a un proceso justo; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a la intimidad, el principio de legalidad del delito y de la pena; el derecho a la exclusión de las declaraciones y confesiones involuntarias, el derecho a la exclusión de las pruebas obtenidas contrariando o violentando derechos fundamentales o garantías constitucionales.



BIBLIOGRAFÍA

- Armijo, G. (1997). Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal. San José de Costa Rica: Investigaciones jurídicas.
- Asamblea general de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217.
- Bobbio, N (1982). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Gedisa.
- Bonorino, P. y Peña, J. (2008). Filosofía del derecho (2 ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.
- Carrasquilla, J. (2014). Concepto y Límites del Derecho Penal. Bogotá, Colombia: Temis.
- Código de Procedimiento Penal. (1 de septiembre de 2004). Artículo 23, ley 906 de 2004.
- Congreso de Colombia (1972, 30 de diciembre). Ley 16 de 1972. Ley aprobatoria de tratado. En: Diario oficial No. 33780 (1973, 5 de febrero).
- Congreso de Colombia (1986, 5 de diciembre). Ley 70 de 1986. En: Diario oficial No. 41013 (1993, 31 de agosto)
- Constitución Política de Colombia de 1991. Título VII, Capítulo 4, Artículo 93.
- Daza, A. (2015). Evidencia ilícita y cláusula de exclusión: límites de la policía de vigilancia en la prevención del delito y de la policía judicial en la investigación del mismo, en el estado social y democrático de derecho. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

137

Dowrkin, R. (1977). Los Derechos en serio. Barcelona, España: Ariel.

Dowrkin. (1977). Los derechos en serio. Barcelona, España: Ariel S.A.

Fernández, J. (2014). Concepto y Límites del Derecho Penal. Bogotá: Temis.

Ferrajoli, L. (2016). Derechos Fundamentales - Democracia Constitucional y Garantismo. Bogotá: Orión Editores S.A.S.

Gómez, O. (2010). El derecho penal en un Estado Democrático y de derecho. En: Perspectiva, Dossier edición 24.

Kelsen, H. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Academia. Revista sobre enseñanza del derecho (12), 183-198. Recuperado 02 de junio de 2019, de la fuente: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf

Pérez, D. (2013). De Derechos: humanos, naturales, fundamentales y de gentes. Universidad Andaluza Inca Garcilaso. Recuperado de: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2013a/1323/1323.pdf>.

Upriminy, R., Uprimny, M. y Parra, O. (2008). Derechos humanos y derecho Internacional Humanitario. Bogotá, D.C., Colombia: Escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Urbano, J. (2014). La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional





INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La revista acepta artículos originales e inéditos para su publicación, comprendidos entre los siguientes tipos de artículos, de acuerdo con los lineamientos de MINCIENCIAS para las publicaciones científicas indexadas:

a) Artículo de investigación: Documento que presenta de manera detallada los resultados originales de proyectos culminados de investigación, con una extensión máxima de 20 páginas.

b) Artículo de reflexión: Documento que ofrece una mirada crítica, interpretativa o analítica de una investigación culminada sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales, con una extensión máxima de 15 páginas.

c) Artículo de revisión: Documento producto de una investigación finalizada, en el que se analizan, sistematizan e incorporan resultados de otras investigaciones, publicadas o no, sobre una de las áreas de las ciencias jurídicas y políticas, con el fin de presentar los avances y las tendencias de desarrollo, con una revisión bibliográfica de al menos 50 referencias y una extensión máxima de 20 páginas.

d) Artículo de revisión de tema: Documento producto de la revisión crítica de la literatura sobre un tema particular, con una extensión máxima de 15 páginas.

La selección y publicación de los artículos dependerá de la calidad, el rigor y el respeto por las normas implícitas a todos los trabajos académicos, no dependerá de la concepción teórica, la metodología o el punto de vista que se exprese en el texto.

Los artículos deben ser remitidos en medio magnético, en formato .doc o .docx (Word), a espacio sencillo y en fuente Times New Roman tamaño 12; el título del documento debe aparecer en español e inglés; debe adjuntarse un resumen del artículo de máximo 200 palabras en español e inglés, así como sus palabras clave, la hoja de vida del autor y sus datos de contacto. Todos los artículos deben incluir una sección final con al menos 15 referencias bibliográficas, las cuales deberán ir en orden alfabético al final del texto, de acuerdo con las normas internacionales de referencias de la American Psychological Association (APA).

Las citas directas e indirectas también se ajustarán a los parámetros de APA. Toda palabra o frase que se escriba en idioma diferente al español deberá hacerse en cursiva, excepto los nombres propios. Este tipo de letra se empleará también para destacar o enfatizar una palabra o frase. Para la citación y las referencias puede apoyarse con la herramienta de referencias con las que cuentan procesadores de texto como el programa Microsoft Word.

Al momento de remitir su aporte en medio magnético, el autor debe manifestar claramente: a) si está de acuerdo con la política editorial de la publicación, b) si su artículo es inédito o no (en caso de que haya sido publicado previamente se requiere la referencia bibliográfica), y c) que el artículo no está en proceso de evaluación en otra revista u órgano editorial.



PAUTAS DE ESTILO

La primera página del documento deberá contener: a) título del artículo, el cual no debe exceder las 12 palabras. Se recomienda evitar el uso de siglas, símbolos y abreviaturas; b) nombre del autor o autores, así como sus correos electrónicos; c) nota a pie de página identificada con asterisco (*) en el que se indique el tipo de artículo, el nombre del autor o autores, un resumen breve de su hoja de vida (títulos académicos, país de origen de la institución), nombre del grupo de investigación del que haga parte (si es el caso), filiación institucional del autor o autores, y el origen de subvenciones y apoyos económicos, cuando aplique.

La segunda página contendrá el resumen y las palabras clave en español e inglés, presentará los objetivos del artículo, un esbozo del contenido y los resultados o conclusiones. La extensión será de máximo 200 palabras. Las palabras clave serán máximo seis (6) selecciones léxicas que semánticamente recojan los temas o asuntos relevantes del artículo.

De la tercera página en adelante debe aparecer la introducción, el cuerpo del trabajo, en el que debe incluirse una presentación de la metodología que se empleó, los resultados y su discusión, las conclusiones y por último las referencias bibliográficas. Entre los párrafos debe dejarse una interlinea en blanco, así como entre las diferentes secciones del artículo. Para la inclusión de términos en lenguas extranjeras se emplearán cursivas.

En cualquier caso, el documento no debe superar el límite máximo establecido de acuerdo con el tipo de artículo. Las notas a pie de página se emplearán únicamente para aclarar, explicar o ampliar conceptos o datos que el autor considere que debe presentarse por fuera del texto. Las gráficas y cuadros deben aparecer referenciados y explicados en el texto. Se requiere que se titulen y enumeren secuencialmente, acompañados de su correspondiente pie de página y fuente. Se solicita que se incluyan después del párrafo en el que se anuncian. El autor debe entregar a la revista el permiso para la publicación de las figuras que cuenten con derechos reservados de autor.

