

Contenido

Editorial / Editorial

Reflexiones sobre la calidad en la educación superior / Reflections on quality in higher education
Juan Alberto Polo Figueroa

Anotaciones críticas sobre las cegueras educativas: Los desafíos de una educación de calidad en la era conceptual
Critical annotations on educational blindness: The challenges of quality education in the conceptual era
Edimer Latorre Iglesias

Derecho del Consumo en Colombia: Acerca de la construcción de un marco histórico y conceptual
Consumption Law in Colombia: About the construction of a historical and conceptual framework
Jesús Daniel Tovío Flórez - Rafaela Sayas Contreras

El derecho a la educación del consumidor en Sincelejo / The right to consumer education in Sincelejo
Margarita Irene Jaimes Velásquez - Yeraldín Arrieta Ruiz

El papel del consumidor frente a los RAEE y la obsolescencia programada
The role of the consumer before the waste of electrical and electronic equipment and the programmed obsolescence
Kathleen Marín Uparela - Ana Isabel Quiroz Ruiz

La publicidad engañosa, una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, de acuerdo al marco jurídico colombiano
Misleading advertising, a modality of fraud in consumer relations, according to the colombian legal framework
Óscar Iván Acosta Lobo - Liceth Andrea Salazar Álvarez - Berónica Narváez Mercado

Efectos del postconflicto: Una mirada crítica desde los derechos humanos
Effects of postconflict: A critical look from human rights
José Ariel Parra Vega - Carlos Julio Agudelo Gómez - Raúl Alejandro Viviescas Cabrera

La responsabilidad objetiva en la protección del derecho del consumidor: ¿Es una cuestión de Estado?
The objective responsibility in the protection of the right of the consumer: Is it a matter of the State?
Jorge Miguel Guevara Fragozo

La desaparición forzada en Colombia: Agendas pendientes de un problema no resuelto
The forced disappearance in Colombia: Pending agendas of an unresolved problem
Wilman Maestre Sánchez

Fortalezas y debilidades del procedimiento de restitución de tierras contemplado en la Ley de Víctimas
Strengths and weaknesses of the land restitution procedure contemplated in the Victims' Law
Napoleón Imbett

Normas de Publicación / Posting standards



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Universidad Sergio Arboleda
Escuela de Derecho - Seccional Santa Marta
Vis Iuris es una publicación del Grupo de Investigación
Joaquín Aaron Manjarrés



vis iuris

Revista VIS IURIS | Vol. 2 No. 4 | Julio - Diciembre de 2015 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia

Vol. 2 No. 4 | Julio - Diciembre de 2015 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia

vis iuris



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Universidad Sergio Arboleda
Escuela de Derecho - Seccional Santa Marta
Vis Iuris es una publicación del Grupo de Investigación
Joaquín Aaron Manjarrés

vis iuris



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Universidad Sergio Arboleda

Seccional Santa Marta
Sede Centro

Escuela de Derecho
Calle 18 No. 14a-18
Teléfono: 434 6444 Ext. 122
www.usergioarboleda.edu.co

vis iuris

ISSN: 2389-8364
Publicación del Grupo de Investigación
Joaquín Aarón Manjarrés
Escuela de Derecho
Universidad Sergio Arboleda
Santa Marta

Fondo de Publicaciones
Universidad Sergio Arboleda

A esta revista se le aplicó
Patente de Invención No. 29069

Diseño e Impresión
CALIDAD GRÁFICA S. A.
www.calidadgrafica.com.co
Barranquilla, Colombia

vis iuris

**El derecho sin la fuerza es la impotencia.
La fuerza sin el derecho es la barbarie.**



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

RODRIGO NOGUERA CALDERÓN

RECTOR
UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

ALFREDO MÉNDEZ ALZAMORA
RECTOR SECCIONAL
SANTA MARTA

CAMILO NOGUERA ABELLO
SECRETARIO GENERAL
SECCIONAL SANTA MARTA

GUSTAVO MANRIQUE GÓMEZ
DECANO ESCUELA DE DERECHO
SECCIONAL SANTA MARTA

EDIMER LATORRE IGLESIAS
DIRECTOR/EDITOR DE LA REVISTA

RAÚL VIVIESCAS CABRERA
COEDITOR DE LA REVISTA

COMITÉ EDITORIAL

MISAEI TIRADO ACERO
 ÁLVARO LASTRA
 JORGE JIMÉNEZ LEUBE
 JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA
 CARLOS JULIO AGUDELO GÓMEZ
 JOSÉ ARIEL PARRA
 EDIMER LATORRE IGLESIAS

COMITÉ CIENTÍFICO

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
 JAIME RODRÍGUEZ ARANA
 GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
 NICOLÁS POLO
 JORGE JIMÉNEZ LEUBE
 MISAEI TIRADO ACERO

La revista **VIS IURIS**, es una publicación semestral del Grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarrés de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Seccional Santa Marta. En ella, el lector encontrará la actualidad del Derecho en el ámbito global, la convergencia interdisciplinaria, desde la filosofía, axiología, sociología y las tendencias y prospectivas de lo jurídico y lo socio-jurídico en los escenarios contemporáneos. Es objetivo de la revista divulgar artículos, textos, capítulos resumidos de libros, avances de investigaciones científicas y de resultados finales de investigaciones jurídicas y socio-jurídicas. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la Institución Universitaria.

Contenido/content

Editorial	7
Reflexiones sobre la calidad en la educación superior <i>Reflections on quality in higher education</i>	9
Juan Alberto Polo Figueroa	
Anotaciones críticas sobre las cegueras educativas: Los desafíos de una educación de calidad en la era conceptual <i>Critical annotations on educational blindness:</i> <i>The challenges of quality education in the conceptual era</i>	21
Edimer Latorre Iglesias	
Derecho del Consumo en Colombia: Acerca de la construcción de un marco histórico y conceptual <i>Consumption Law in Colombia:</i> <i>About the construction of a historical and conceptual framework</i>	31
Jesús Daniel Tovío Flórez Rafaela Sayas Contreras	
El derecho a la educación del consumidor en Sincelejo <i>The right to consumer education in Sincelejo</i>	45
Margarita Irene Jaimes Velásquez Yeraldin Arrieta Ruiz	
El papel del consumidor frente a los RAEE y la obsolescencia programada <i>The role of the consumer before the waste of electrical and electronic equipment and the programmed obsolescence</i>	55
Katleen Marún Uparela Ana Isabel Quiroz Ruiz	
La publicidad engañosa, una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, de acuerdo al marco jurídico colombiano <i>Misleading advertising, a modality of fraud in consumer relations, according to the colombian legal framework</i>	71
Oscar Iván Acosta Lobo Liceth Andrea Salazar Álvarez Berónica Narváez Mercado	

Efectos del postconflicto: Una mirada crítica desde los derechos humanos*Effects of postconflict:**A critical look from human rights* 81

José Ariel Parra Vega

Carlos Julio Agudelo Gómez

Raúl Alejandro Viviescas Cabrera

La responsabilidad objetiva en la protección del derecho del consumidor:**¿Es una cuestión de Estado?***The objective responsibility in the protection of the right of the consumer:**Is it a matter of the State?*..... 97

Jorge Miguel Guevara Fragozo

La desaparición forzada en Colombia: Agendas pendientes de un problema no resuelto*The forced disappearance in Colombia:**Pending agendas of an unresolved problem* 121

Wilman Maestre Sánchez

Fortalezas y debilidades del procedimiento de restitución de tierras contemplado en la Ley de Víctimas*Strengths and weaknesses of the land restitution**procedure contemplated in the Victims' Law* 145

Napoleón Imbett

Normas de Publicación/Posting standards 171

Editorial

En este momento la palabra más consultada ha sido posverdad, denotación nueva para algo muy antiguo: adaptar las configuraciones de la realidad a las configuraciones subjetivas. Es decir, la realidad termina siendo lo que mis emociones del momento determinan como real. Nada más cercano a los problemas de grandes catástrofes como el Challenger, el Titanic o los peligros para la libertad de gobiernos autoritarios y tiranos que se enquistan en el poder: sencillamente la realidad puede ser deformada por las convicciones personales, y lo triste de ello es que el poder que se detente legítima este accionar.

Frente a esta tragedia del mundo que emana de la posverdad, se propone la aprendibilidad. Esta palabra no existe, no está en el diccionario, o al menos no ha sido reconocida como tal. Pero se plantea por muchos expertos en educación que esta puede ser la palabra del año en el mundo actual. La aprendibilidad es la capacidad para desarrollar sistemas de aprendizaje externo e interno que le permiten a la persona un constante aprender a aprender, aprender a desaprender y aprender a re-aprender. Esta capacidad que se puede interiorizar y construir implica una actitud hacia la propia autocrítica, necesaria para propiciar procesos de adaptación a todos los niveles, esencial para la toma de decisiones, ya que cuando analizamos el paisaje de actitud que existe en el mundo contemporáneo, debemos encontrar nuevos caminos que nos permitan asumir las mejores opciones.

*Los artículos que se entregan a la comunidad académica en este número de la revista **Vis Iuris**, evidencian lo esencial de pensar de manera científica sobre el Derecho, en especial, nos invitan a entender de una vez por todas que el Derecho no puede sucumbir al plano de las emociones y mucho menos la deliberación propositiva, que es la esencia de la democracia, doblegándose a los caminos seductores del mundo de la posverdad.*

Reflexiones sobre la calidad en la educación superior

Reflections on quality in higher education

RESUMEN

El artículo de reflexión aborda con metodologías del análisis hermenéutico, los conceptos claves de calidad educativa enmarcados en la tendencia global de un conocimiento pertinente. De igual forma se precisan las rutas para realizar un proceso de acreditación internacional así como el rol de los docentes y los *stakeholders* que forman parte del constructo colectivo de la universidad y sus interrelaciones con la sociedad donde se desenvuelve.

PALABRAS CLAVE

Educación superior, Calidad educativa, Procesos de acreditación, Acreditación internacional, Educación en el contexto global.

ABSTRACT

The article discusses with the methodologies of hermeneutic analysis, key concepts of educational quality framed in the global trend of relevant knowledge. Likewise, the routes to carry out an international accreditation process as well as the role of the teachers and the stakeholders that are part of the university's collective structure and its interrelations with the society where it is developed are also specified.

KEYWORDS

Higher education, Educational quality, Accreditation processes, International accreditation, Education in the global context.

JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre de Bogotá. Especialista en Administración Pública (Administración y Planificación del Desarrollo) de la Escuela Superior de Administración Pública de Bogotá. Se desempeñó como Magistrado del Consejo de Estado, siendo integrante de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en donde estuvo a cargo del conocimiento y decisión de controversias acerca de la constitucionalidad y legalidad de los actos jurídicos de la Administración Pública en todos sus niveles. Así mismo, fue Magistrado del Tribunal Administrativo del Magdalena y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Sede Santa Marta por más de una década.
jopolofigueroa@gmail.com

Recibido: Febrero 13 de 2015 • Aceptado: Mayo 25 de 2015

INTRODUCCIÓN

Asistimos en la actualidad a una nueva forma de entender los procesos; estamos justo en el momento en que pasamos de una cosmovisión lineal a una cosmovisión propia de lo incierto y caótico, es decir, abandonamos el paradigma de la modernidad cuya característica es lo predecible para adentrarnos al paradigma de lo postmoderno cuya esencia es lo impredecible. En esta ruptura o discontinuidad, entramos al fin de las certezas y necesitamos obligatoriamente refundar los criterios con los cuales se moldea la educación en este mundo. Manucci (2010, pp.11-12) lo expresa de la siguiente forma:

El final de las certezas al cual asistimos, en el inicio de una nueva década, no es más que el final de una cosmovisión imperante y hegemónica de ordenar e intervenir en la realidad. La pintura idílica de un mundo ordenado y previsible se ha transformado en una dinámica desbocada de consecuencias inciertas. ¿Qué está sucediendo a nuestro alrededor? ¿Cómo llegamos a esta instancia? ¿El mundo ha estallado en múltiples procesos o el reloj que lo ordenaba dejó de funcionar? Probablemente estamos viviendo la misma incertidumbre de aquel hombre medieval que miraba absorto su mundo cotidiano, que había dejado de ser una prolija trama de explicaciones aristotélicas y religiosas, para transformarse en un conjunto de incógnitas filosóficas, desafíos tecnológicos y

amenazas espirituales. Aquellos hombres, en el límite del Medioevo, se enfrentaron a las paradojas de su momento histórico y fueron desarrollando explicaciones, teorías y métodos que dieron lugar a un nuevo ciclo de conocimiento y desarrollo. En este cambio de década, estamos recolectando las contradicciones y las paradojas que hemos construido con nuestras ideologías, metodologías y tecnologías que, en muchos aspectos, son extrapolaciones renovadas de aquella visión del mundo construida para reemplazar las explicaciones aristotélicas y religiosas de la realidad.

De ahí que en un mundo interconectado, las instituciones de educación superior no pueden permanecer al margen de los avances del saber en otras latitudes, ni rezagarse frente a los logros académicos alcanzados por otros establecimientos similares, sea dentro de su propio país o de otras naciones. La dinámica de la globalización presente en el mundo ha presionado a las universidades a una carrera competitiva, que hace imperativa la necesidad de poder cotejar el propio nivel de excelencia, a través de los procesos de evaluación y acreditación, a partir de estándares evidenciados de calidad comúnmente aceptados.

De esta labor de evaluación y acreditación de suma importancia, solo pueden ocuparse organismos que trasciendan lo local, idóneos, serios e imparciales, con la aptitud necesaria y reconocida para ser considerados evaluadores de la calidad de una determinada

institución. Por iniciativa de la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina, AFEIDAL, se ha constituido la agencia de acreditación internacional AIIDA, así mismo, la Asociación Colombiana de Facultades y Escuelas de Derecho, ACOFADE, miembro activo de AFEIDAL, se ha comprometido con el buen suceso de la agencia de acreditación internacional, y al efecto asumió el cometido de conformar en Colombia un grupo de pares acreditadores internacionales.

En desarrollo de ese compromiso, en la ciudad de Santa Marta se realizaron dos sesiones de entrenamiento, dirigidas por expertos acreditadores mexicanos, quienes a través de sus exposiciones permitieron identificar los aspectos más relevantes imbricados en el concepto de la calidad en la educación superior, la importancia de la acreditación internacional, el proceso de auditoría o evaluación de las instituciones interesadas en obtener la acreditación, los indicadores a evaluar y el papel y condiciones del par evaluador.

A los participantes en el seminario de formación, como culminación del proceso, se les impuso el deber de plasmar en un escrito las ideas y nociones aprehendidas, como un ejercicio unificador de criterios. A ese deber concierne el presente trabajo, el cual se estructura sobre cuatro acápites principales: 1) el concepto de calidad en la educación superior, 2) las nociones que involucra, 3) la evaluación y acreditación, y 4) los pares académicos.

1. ¿Qué significa calidad en la educación superior?

Son múltiples los criterios que albergan el concepto de calidad en la educación superior, si bien parece evidente que se trata de que esta debe estar revestida de un alto grado de excelencia. La Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina, AFEIDAL, ha propiciado múltiples certámenes académicos para discurrir acerca de la calidad en la educación superior; fruto de ello es la creación de una agencia internacional de acreditación de la alta calidad de las universidades de América, lo que supone tener definido el concepto de calidad y los parámetros para su medición.

En las memorias del 1er Congreso Internacional “La enseñanza del Derecho en América Latina y Bolivia” celebrado en la Universidad Santa Cruz de la Sierra, en mayo de 2004, el profesor Eugenio Hernández Aliste, Director de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Concepción, Chile, cuestiona: ¿Qué debemos entender por educación de calidad o calidad de la educación? y responde ofreciendo varias alternativas de respuesta:

- a. Debemos entender por calidad de la educación el respeto, concreción y logro de la normativa, metas y objetivos planteados por la unidad académica o entidad de que se trata. En pocas palabras, se hace lo que se dice que se va a hacer. Aquí pondremos énfasis en el proceso, o sea, si se cumple lo que decimos que tenemos que

hacer. Basta que se haga lo que se dijo que se iba a realizar. No existe preocupación por el contenido de la malla curricular, ni por la forma en que se entregan los conocimientos ni si los alumnos estarán en condiciones de desempeñarse adecuadamente en el ejercicio profesional.

b. Una segunda alternativa es la que dice relación con el entender por calidad de la educación el que en el proceso de enseñanza se vean involucrados profesionales de destacada trayectoria en sus respectivas áreas. O sea, se pretende relacionar con los pergaminos de los docentes, más que en el resultado mismo del accionar educativo. No importa lo que el alumno aprenda, importa que quien enseña es el mejor. Pero el mejor en qué: en el ejercicio de su deber, pero esto está más que comprobado, NO ES GARANTÍA DE BUENA ENSEÑANZA. El enseñar implica no solo que yo sepa mucho, sino también el que yo logre que mis alumnos entiendan y aprendan los conocimientos, desarrollen destrezas y capacidades que le permitan utilizar lo enseñado. Implica el tener que hacer entendible lo que para los alumnos aún no lo es.

c. La última alternativa y digamos que la indicaremos como la 'última' para estos efectos, es que entendamos por educación de calidad aquella que no descuida la malla curricular, asegurando contenidos mínimos; ni la enseñanza aprendizaje, asegurando con ello proceso; ni que los alumnos puedan aplicar sus conociemien-

tos, o sea resultado del proceso" (Hernández Aliste, 2004).

De todo lo anterior Hernández Aliste (2004) concluye que:

Entenderemos por educación de calidad la que se preocupa de cada uno de estos aspectos: contenidos mínimos garantizados, procesos que aseguren adquisición de conocimientos y posibilidad cierta de aplicación en los cursos regulares de los conocimientos adquiridos.

A nuestro juicio, la calidad en la educación es mucho más que el currículo y los contenidos. Es una mera adquisición de conocimientos y posibilidad de utilizar estos en los cursos regulares, siendo que la educación debe ser integral y para toda la vida. En ese sentido compartimos la idea del Ministerio de Educación Nacional de Colombia, MEN (2010), según el cual:

Educación de calidad es aquella que forma mejores seres humanos, ciudadanos con valores éticos, respetuosos de lo público, que ejercen los derechos humanos, cumplen con sus deberes y conviven en paz. Una educación que genera oportunidades legítimas de progreso y prosperidad. Una educación competitiva, pertinente, que contribuya a cerrar brechas de inequidad y en la que participe toda la sociedad. (p.12)

Son variados también los criterios bajo los cuales suele apreciarse el concepto de cali-

dad en la educación superior, como el de la equidad, la eficiencia, y su relevancia. Para los fines de este artículo de reflexión, merecen una consideración especial los que se relacionan con **la pertinencia**, entendida como la necesidad de concebir una universidad eficaz, conveniente al entorno social; **la internacionalización**, referida al intercambio profesional, académico, cultural e investigativo en el ámbito de la competencia global; **y el cumplimiento de estándares** que responde a las exigencias académicas y sociales inter-institucionales. Es conveniente aclarar que cada uno de estos aspectos involucra a otros de trascendental significancia, sobre los cuales se discurrirá a lo largo de este texto.

2. ¿Cuáles son los conceptos claves?

Sobre la pertinencia. En primera instancia, nos referiremos al criterio de pertinencia, definido por el pedagogo cubano, Águila Cabrera, *como aquel que se mide por el impacto social que genera, por el flujo de repercusiones y de transformaciones de sentido que se producen objetivamente en la sociedad de su entorno.* Así, es necesario educar para la pertinencia del conocimiento, de tal manera que este adquiera sentido en el contexto local, en consonancia con el ámbito global. Una educación de calidad debe aterrizar los conceptos abstractos en el contexto cotidiano. Los conocimientos adquieren valor cuando representan algo para la comunidad; esto es, cuando son útiles en la medida en que solucionan un problema, sin perder de vista que esa situación particular, local, está inmersa en un contexto global que es preciso considerar.

En este punto, es de crucial importancia la implementación de un enfoque curricular orientado no solo a la aprehensión del conocimiento, sino a su transferencia, dicho de otro modo, a la solución de problemas, de conflictos del entorno real, que le dan significado a la educación. En este propósito es determinante la enseñanza de la creatividad; al respecto Edgar Morin (2001) sostiene que:

(...) la educación debe favorecer a la aptitud natural de la mente para hacer y resolver preguntas esenciales y correlativamente estimular el empleo total de la inteligencia general. Este empleo máximo, necesita el libre ejercicio de la facultad más expandida y más viva de la infancia y la adolescencia: la curiosidad (...). (p.14)

Educar para la pertinencia es preparar al individuo para el mundo local y global; es prepararlo para dar respuestas consecuentes, eficaces a los problemas sociales, y por ende, atender a las múltiples dimensiones del ser humano: la afectiva, cognitiva, biológica, psíquica, legal, estética, histórica, ambiental, entre otras tantas; unida a la capacidad de aprender y desaprender, condición tan necesaria en un mundo de constantes cambios.

En este orden de ideas, la universidad está llamada a preparar al hombre para la comprensión del mundo, para darle respuestas a los problemas del ser humano; de aquí la importancia de conocerlo, de conocernos. La pertinencia no debe ser sinónimo de utilitarismo, en el sentido de dar respuestas desprovistas de humanidad a las preocupacio-

nes sociales. Las especializaciones, por ejemplo, deben apuntar al estudio minucioso de los infinitos aspectos del hombre y de su entorno, pero solo en función de su formación holística. La pertinencia obliga a las universidades a reconsiderar la formación integral del hombre para la comprensión del otro ser humano y de nuestro entorno, partiendo por supuesto, del estudio de las ciencias humanísticas.

Preparar al estudiante como un auténtico ser humano que interprete a los otros seres humanos, y presente soluciones armónicas desde el conocimiento y la experiencia, considerando su contexto local y global, provocando un impacto social, es educar en la pertinencia.

Sobre la internacionalización. Teniendo presentes las anteriores consideraciones, educar en la pertinencia, precisa, entonces, educar para el proceso de internacionalización. El hombre no puede dar respuesta a las situaciones de su contexto, desconociendo el proceso de comunicación e interdependencia económica, cultural, social, política de los países. La educación debe preparar al estudiante para afrontar exitosamente la competitividad que trae la globalización. El propósito de dotarlo de competencias académicas, investigativas, axiológicas, comunicativas, ciudadanas, y laborales, entre otras, debe conducirlo a entender, comprender y responder a las necesidades de un contexto social local interrelacionado con otras sociedades, con el contexto global.

En este sentido, la educación universitaria debe estar encaminada a ofrecerle a los estudiantes, propuestas y planes que conlleven al conocimiento de otras sociedades y culturas; los programas de inmersión e intercambio, para citar algunos, lo enfrentan a experiencias de vida para el conocimiento y comprensión de otra sociedad poseedora de toda una ideología y un estilo de vida que es preciso estudiar y considerar, con la intención de consolidar verdaderas alianzas que optimicen el nivel de vida.

Una de las competencias que facilitan la aproximación a otra cultura es el desarrollo de la competencia comunicativa –lectura y escritura– como eje transversal de todas las áreas del conocimiento, y aprehensión del entorno. Así, el dominio de una lengua extranjera, particularmente del inglés, como la lengua utilizada en el ámbito comercial se constituye en una obligación. Sin embargo, es preciso recordar que en la mayoría de los estudiantes que acceden a la educación superior se evidencian conocimientos básicos –incipientes del inglés–, situación que puede estar asociada al enfoque pedagógico adoptado en los niveles precedentes –básico y medio–. Estos datos permiten recordar la obligación estatal y de las universidades en la viabilización del bilingüismo como una oportunidad de comunicación, y por ende, de preparación para la internacionalización, que no es más sino el intercambio de experiencias en las comunidades del mundo.

Recapitulando, las condiciones críticas tanto económicas como ecológicas del sistema

mundial, el auge de las relaciones internacionales, las comunicaciones en un mundo globalizado, las particularidades de Colombia y la realidad de una creciente brecha entre los países con sistemas económicos consolidados frente a países que padecen precariedades económicas, la condición de “Distrito Turístico” dado a nuestra ciudad de Santa Marta, requieren una redefinición del desarrollo humano y un nuevo énfasis sobre el conocimiento científico, humano y tecnológico en la educación superior. Este es un desafío que exige una nueva manera de percibir el mundo, de generar comunicación intercultural. Es preciso entonces, desarrollar las habilidades comunicativas necesarias para interactuar, y por tanto, el manejo del inglés es preponderante.

En Colombia, la Ley 115 determina, a partir del artículo 67 de la Constitución, como uno de los fines de la educación: “El estudio y la comprensión crítica de la cultura nacional y de la diversidad étnica y cultural del país, como fundamento de la unidad nacional y de su identidad” (Título I, Artículo 6). Así mismo, el Ministerio de Educación Nacional de Colombia, MEN (1999) resalta la necesidad de promover la adquisición de por lo menos una lengua extranjera desde el ciclo de primaria:

Se propende, entonces, porque la enseñanza de las lenguas extranjeras sea prospectiva para responder a las necesidades de la multiculturalidad. Corresponde esto a una visión prospectiva del siglo XXI en el que un alto porcentaje de los colombianos deberá tener acceso al conocimiento

de las lenguas extranjeras como condición para mejorar el proceso de construcción de una sociedad más cohesionada, que presente las distintas identidades culturales con mayor equidad con un modelo de desarrollo sostenible personalizado. (p.15)

En esta misma vía, la internacionalización ha forzado a las universidades a la vinculación de las nuevas tecnologías de información y comunicación para optimizar la enseñanza y el aprendizaje, reducir la brecha digital y aprovechar las ventajas de la conectividad; así mismo, en el entrenamiento en el uso de plataformas para entornos virtuales. Ahora resta que el docente asuma su verdadero compromiso con la educación superior en cuanto a su inclusión en las redes de investigación, que lo lleven a un verdadero intercambio del conocimiento, investigaciones y experiencias a nivel global, y a la universidad a facilitar los recursos humanos, físicos y económicos. La internacionalización demanda la preparación integral de sus docentes, y por ende de sus estudiantes: ciencia, tecnología, investigación, comunicación con miras a la producción de nuevos conocimientos.

Se concluye este aparte, remarcando que la condición de apertura al contexto global que obliga a la entidad planetaria, no debe suponer la pérdida de identidad con el contexto local de nuestra tierra patria. El estudiante universitario debe educarse en el desarrollo de competencias que le permitan la comprensión y solución creativa de los problemas de su entorno primario, esto

es, con la capacidad de aceptar al otro y su otra verdad, de atender a nuestra idiosincrasia, filosofía, economía, geografía, y otros múltiples factores que como país nos hacen diferentes, únicos; y que por tanto, exigen soluciones únicas, sin nunca perder de vista que somos parte de un gran contexto. Este pensamiento es el mismo que debe operar en las universidades colombianas, cada una es única por su razón académica y sociocultural expresada en su Misión, recreada en su currículo, condición que habla de su autonomía y libertad de cátedra; sin embargo como instituciones de educación superior convergemos en un mismo contexto que exige un trabajo mancomunado y armónico en pos de nuestra tierra patria, Colombia. En síntesis, la universidad debe enmarcarse en lo local con una perspectiva global, sin detrimento de su identidad.

3. ¿Cómo se deben asumir los procesos de evaluación y acreditación?

Hablar del concepto de calidad en la educación superior implica referirse imperativamente a los procesos de evaluación y acreditación. El proceso de internacionalización, como reacción a la globalización, ha representado la existencia de los sistemas de acreditación como forma de asegurar la calidad en la educación superior. En este sentido se han concebido los criterios o estándares como referentes de la calidad, entre una y otra universidad, enmarcada en el contexto nacional e internacional. Este enunciado conlleva a varias reflexiones:

Por un lado, a considerar la existencia de los sistemas de acreditación como organismos de reconocimiento público y estímulo a los procesos realizados al interior de la universidad en consonancia con su contexto local y global. La universidad debe mirar este proceso como una oportunidad para validar a nivel nacional e internacional sus múltiples acciones desde las diferentes gestiones, dentro de las cuales impera la producción del conocimiento en bien de la humanidad.

Ahora bien, los sistemas de acreditación deben convertirse en un ente dinamizador, oxigenador de la *praxis* académica, en cuanto verifique el cumplimiento de los estándares de calidad, y su sostenibilidad; por tanto la universidad debe estar vigilante a que estas prácticas no se conviertan en un mecanismo asfixiante, burocrático, mercantilista si se quiere, que degenera su propia razón de ser. En este propósito, el Estado debe asegurar la idoneidad de estos entes acreditadores.

Por otro lado, y teniendo como base lo expuesto anteriormente, se concibe la acreditación como una práctica que debe conducir principalmente a la cultura de la autoevaluación y la autorregulación porque la calidad es un proyecto inacabado. El diálogo entre pares académicos debe constituirse en un espacio para el debate bien intencionado, sobre los objetivos, acciones y proyectos de la universidad, en relación con las dimensiones de acción de la vida educativa de la universidad.

Los procesos de acreditación no deben ge-

nerar una homogenización de la universidad; por el contrario, deben garantizar la heterogenización, que no es más que el respeto por la autonomía universitaria y su propósito de pertinencia. Es la universidad la primera llamada en la búsqueda, el mejoramiento y el logro de la calidad a través de la autoevaluación y la autorregulación, procesos que requieren el compromiso y sentido de pertenencia de los entes principales de la comunidad universitaria.

En suma, la autoevaluación y autorregulación al interior de la universidad son procesos permanentes, sistemáticos y continuos que necesariamente conducirán a la acreditación; esta última debe constituirse en el efecto, no en la causa. Es claro que hasta ahora, los distintos países, casi que aisladamente, han venido impulsando procesos de acreditación que responden a su idiosincrasia y a sus propias circunstancias. A tal efecto han establecido lineamientos que permiten a sus universidades disponer de parámetros para la autoevaluación, permitiéndoles ajustar sus condiciones, mejorar sus condiciones y prepararse, frente a criterios claros y objetivos para superar el reto que entraña demostrar que la educación que imparten es de alta calidad.

4. ¿Cuáles son los esquemas de un modelo de acreditación?

Bajo la consideración de que los procesos nacionales guardan similitud con los de acreditación internacional que propicia AFEIDAL, se considera conveniente mostrar, de una par-

te, el modelo seguido para el proceso mismo de acreditación en Colombia, y de otra, los estándares de calidad que se asumen ya que es a través de estos como se demuestra que se satisfacen criterios aceptables en la calidad de la educación, y se pueden realizar cotejos, equivalencias e intercambios de información y resultados.

A. Condiciones iniciales para la acreditación: Con el propósito de que las universidades o instituciones estén conscientes de si se encuentran en condiciones de adelantar, con probabilidades de éxito, un proceso de acreditación, el Consejo Nacional de Educación Superior ha establecido un procedimiento encaminado a la iniciación del proceso de autoevaluación con miras a la acreditación.

Estas condiciones iniciales las verifica el Consejo Nacional de Acreditación, plasmadas en el Acuerdo 02 del 18 de abril de 2012, el cual verifica la existencia de sujeción de la Institución a la normatividad legal, la existencia de una Visión que la defina institucionalmente, de un proyecto educativo, de un núcleo de profesores de planta, estatutos y reglamentos de docentes y estudiantes, de productividad académica de los profesores, de una estructura organizacional administrativa y de gestión, y finalmente, de una infraestructura locativa y logística (recursos académicos), para mantener el bienestar de sus miembros.

Como resultado de la visita puede establecerse que la Institución cumple con las condiciones requeridas, en cuyo caso podrá iniciar el proceso de acreditación, o de no cumplir-

las, se le permitirá solicitar una nueva visita de apreciación de condiciones iniciales.

B. Autoevaluación interna: Consiste en un ejercicio permanente, participativo, de revisión y de regulación realizado al interior de la Institución para verificar el grado de desarrollo de las funciones sustantivas de la universidad.

C. Autoevaluación externa: A cargo de pares académicos, que permiten formar un juicio sobre la calidad del Programa.

D. Evaluación final por el Consejo Nacional de Acreditación.

Conclusión: los factores de calidad y el rol del par

La evaluación que realiza el Consejo Nacional de Acreditación gira alrededor de diez factores, que integran el modelo de acreditación. Estos factores son:

1. Misión, Visión y Proyecto Institucional y del Programa
2. Estudiantes
3. Profesores
4. Procesos académicos
5. Investigación y creación artística y cultural
6. Visibilidad nacional e internacional
7. Impacto de los egresados sobre el medio
8. Bienestar Institucional
9. Organización, administración y gestión
10. Recursos físicos y financieros.

Cada uno de estos factores se compone de varias características y la identificación de los aspectos a evaluar. La identificación de indicadores para demostrar el cabal desarrollo de los factores ha sido suprimida por el Consejo Nacional de Acreditación. En contraste, la Agencia Internacional de Acreditación, AIDA, aplica indicadores como fórmula de evaluación, los cuales pueden ser conocidos previamente por las instituciones o universidades que aspiren a ser acreditadas internacionalmente.

Los procesos de acreditación internacional serán exitosos en la medida en que las agencias correspondientes actúen con absoluta seriedad, con máximo rigor académico y sin concesiones de ninguna índole.

Papel importante les corresponde a los pares académicos, quienes deben ser conscientes de su trascendente misión. Son pares, es decir, iguales a los directivos y docentes a quienes van a evaluar, mas están revestidos de una facultad especial que les permite adoptar decisiones en las cuales juegan su prestigio y el respeto que merecen. El par académico internacional no puede ser un fiscal sino un acompañante en el proceso de calidad de la Institución que se le confía, comprometido con sus éxitos.

Creemos que en la formación de pares académicos internacionales, AFEIDAL ha venido dando certeros pasos y que en breve se apreciarán sus frutos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Hernández Aliste, E. (2004). ¿Qué debemos entender por educación de calidad o calidad de la educación? En F. E. Núñez Jiménez (Ed.), *La enseñanza del Derecho en América Latina y Bolivia* (pp.54-70). Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, Instituto de Investigación Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Bolivia.

Hernández Aliste, E. (2004). Memoria del I Congreso Internacional: Enseñanza del Derecho en Latinoamérica. Universidad de Santa Cruz de la Sierra.

Ley 115 (8 febrero de 1994). Por la cual se expide la Ley General de Educación.

Manucci, M. (2010). *Contingencias*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Ministerio de Educación Nacional de Colombia, MEN (1999). *Lineamientos curriculares para Idiomas Extranjeros. Áreas Obligatorias y Fundamentales*. Santafé de Bogotá D.C.: Magisterio.

Ministerio de Educación Nacional de Colombia, MEN (2010). *Educación de calidad para la prosperidad*. Santafé de Bogotá D.C.: Magisterio.

Morin, E. (2001). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Bogotá: Unesco, Magisterio.

Anotaciones críticas sobre las cegueras educativas: Los desafíos de una educación de calidad en la era conceptual

Critical annotations on educational blindness: The challenges of quality education in the conceptual era

RESUMEN

El autor reflexiona con aproximaciones críticas sobre los principales desafíos de la calidad educativa en la era conceptual, el argumento principal es la necesaria correlación entre lo global y lo local, así como el rol de los líderes de procesos educativos en evidenciar este panorama, que logre edificar una educación pertinente y transformacional así como propiciar procesos efectivos de gestión del conocimiento en el marco de las rendiciones de cuentas, que en últimas son los espacios que posibilitan los procesos de acreditación internacional.

PALABRAS CLAVE

Glocal, Era conceptual, Gestión del conocimiento, Rendición de cuentas, Acreditación internacional.

ABSTRACT

The author reflects with critical approaches on the main challenges of education in the conceptual era, the main argument is the necessary correlation between the global and the local, as well as the role of the leaders of educational processes in highlighting this panorama, that manages to build A relevant and transformational education as well as fostering effective processes of knowledge management within the framework of accountability, which are ultimately the spaces that enable the processes of international accreditation.

KEYWORDS

Glocal, Conceptual era, Knowledge management, Accountability, International accreditation.

EDIMER LATORRE IGLESIAS

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sociólogo de la Universidad de Antioquia. Actualmente es Docente y Director del Grupo de Investigación de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. edimer.latorre@usa.edu.co

Recibido: Noviembre 22 de 2014 • Aceptado: Enero 15 de 2015

INTRODUCCIÓN: LAS CEGUERAS EN LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO

Cuando el cerebro sufre un daño en la región donde se procesa la visión, se produce el fenómeno denominado ceguera cortical, que no es más que una manifestación del daño ocasionado en la corteza occipital. Lo grave de esta enfermedad es que el ojo funciona de forma perfecta y esto da la sensación de que la visión es correcta, lo que genera en el enfermo la negación, es decir, él considera que aún sigue viendo. A este mecanismo de negación psicológica de la realidad, se le denomina síndrome de Antón (en honor al médico descubridor). Increíblemente los que padecen esta enfermedad simulan ver, aunque su cerebro no procese la información que transmite el ojo. De igual forma, muchos directivos de instituciones educativas se niegan a ver lo que hay en su entorno: la necesidad del cambio en una era de cambios.

La influencia de los altos directivos y de las personas que conforman una organización, se hace notar cuando a través de un equipo de trabajo de alto desempeño, estos logran romper un proceso y redefinir una situación trastocando el orden de las cosas, rompiendo paradigmas y proponiendo nuevas formas que impliquen excelencia. En esta era de cambios, solo sobreviven las organizaciones que ven lo que otros no logran ver. Cuando me refiero a redefinir, me refiero a generar interrupciones en un trabajo, proceso, producto o servicio.

Para Daniel Pink (2008) en su exitoso libro

Una nueva mente (A Whole New Mind), hemos pasado de la era agrícola a la industrial y en este momento nos encontramos en la era conceptual, donde el activo fundamental es la creatividad y donde nuestra forma de pensar y re-pensar lo ya pensado, se convierte en un factor de alta competitividad. En la era conceptual los trabajadores se ven obligados a pasar al lado derecho del cerebro humano.

Los factores tales como la comunicación, la empatía, la creatividad, el trabajo en equipo y por supuesto el liderazgo, así como la capacidad de crear conexiones significativas con otros seres se convierten en las acciones determinantes del mundo organizacional. No basta con hacer productos, hoy por hoy, lo intangible es mucho más valioso que lo tangible.

Las instituciones educativas como sistemas organizacionales se ven en la tarea de crear significados colectivos con sus acciones, de dar un sentido a las áreas misionales y de generar una alta empatía. Pero para poder vivir en la era conceptual, la alta dirección de las instituciones educativas, debe saber manejar los conceptos claves que conforman esta definición, así como propiciar una cultura organizacional que privilegie y dinamice estas habilidades. De lo contrario las organizaciones educativas que no se adaptan a las transformaciones que exige el entorno, sucumbirán impávidos ante los tsunamis del cambio irrefrenable.

De ahí la pertinencia de este artículo de reflexión. Particularmente, el escrito gira en

torno a la idea de hacer un planteamiento sobre los nuevos retos de la educación en esta dimensión holística denominada glo-cal; de igual forma se pretende señalar la importancia de la acreditación institucional en el marco de los procesos de la gestión del conocimiento y de la evaluación como retroalimentación.

En el primer aparte se aborda el tema de la relación entre lo global y lo local, luego, en el segundo aparte se plantea la dinámica histórica del concepto de calidad y la importancia de su evaluación como retroalimentación de procesos de gestión del conocimiento, enmarcados en el contexto conceptual de la rendición de cuentas, elementos claves dentro de una acreditación internacional. En la tercera parte, se aborda la importancia de la acreditación internacional y se finaliza con unas conclusiones donde se explicita el rol del par internacional y su carácter deóntico. Todo ello en el marco reflexivo de la importancia de dejar de creer que vemos, cuando en verdad estamos ciegos.

1. Educación en la era de la incertidumbre: las exigencias del mundo global

El contexto global exige que la educación sea un modelo flexible, dinámico, incluyente y pertinente, propiciador de significaciones que transformen el entorno personal del mundo simbólico de la vida del sujeto activo y el entorno que rodea la vida activa del sujeto pensante. Es decir, se necesita urgentemente una educación que se conecte con el mundo de la vida para generar nuevas reali-

dades desde lo propositivo argumental, capaz de trascender las turbulencias e incertidumbres que plantea el futuro más cercano.

Sobre la necesidad de replantear nuestro entorno educativo actual, las afirmaciones de Federico Mayor, que hoy adquieren alta relevancia, delimitan su ámbito, al redefinir el nuevo papel de la educación (Morin, 1999, p.6):

Cuando miramos hacia el futuro, vemos numerosas incertidumbres sobre lo que será el mundo de nuestros hijos, de nuestros nietos y de los hijos de nuestros nietos. Pero al menos, de algo podemos estar seguros: si queremos que la Tierra pueda satisfacer las necesidades de los seres humanos que la habitan, entonces la sociedad humana deberá transformarse. Así, el mundo de mañana deberá ser fundamentalmente diferente del que conocemos hoy, en el crepúsculo del siglo XX y del milenio. Debemos, por consiguiente, trabajar para construir un "futuro viable". La democracia, la equidad y la justicia social, la paz y la armonía con nuestro entorno natural deben ser las palabras claves de este mundo en devenir. Debemos asegurarnos que la noción de "durabilidad" sea la base de nuestra manera de vivir, de dirigir nuestras naciones y nuestras comunidades y de interactuar a escala global.

En este sentido, la época actual enfrenta como nunca la responsabilidad de redimensionar los procesos educativos y de armonizar la forma como las personas aprenden a

aprender. A pesar de las grandes exigencias de la globalización y de la necesidad de des-aprender y re-aprender en entornos de incertidumbre permanente, la forma como se educa en Colombia en su gran generalidad, sigue atrincherada en la segunda ola, es decir, en la ola fabril de acuerdo a lo señalado por Toffler y Toffler (2006, p.277):

La mayoría de los empresarios y economistas convendrían en que si se mejora la educación de la fuerza de trabajo, probablemente se incremente la productividad de la misma. Sin embargo, como hemos visto, no hay ninguna institución supuestamente moderna más disfuncional y obsoleta que la que pasa por la educación pública, incluso en países de economía avanzada.

La obsolescencia de la educación estriba en un conjunto de factores que la hacen paulatinamente inviable y desfasada con relación al mundo veloz en el que nos hallamos comprometidos. Mientras el mundo del trabajo se reinventa constantemente a sí mismo, la escuela se encuentra formando e instruyendo para un mundo que ya dejó de existir. La rapidez y polivalencia de esta sociedad giran en torno a un combustible que la dinamiza: el conocimiento. De ahí que afirmemos que vivimos en una nueva sociedad, la sociedad del conocimiento, concepto que según Riesco González (2006, p.14):

Deriva de otro más restringido, la economía del conocimiento. Este último tuvo su origen en el ámbito de los negocios y

se aplicó en las empresas que basaban su competitividad en los activos intangibles o capital intelectual. Cuando, por analogía e inferencia, se designa también a la sociedad en general, debería entenderse que esta se basa fundamentalmente en el conocimiento.

Lo anterior presupone que las nuevas tendencias educativas a nivel global involucren un cambio en las concepciones tradicionales y que las Tecnologías de la Información y la Comunicación se conviertan en una herramienta para poder aprender, des-aprender-re-aprender. El mundo de la segunda ola da paso al mundo de la tercera ola, o mejor aún, da un paso hacia la sociedad en red (era de la información), donde todos los procesos se alimentan de la inteligencia colectiva, tal y como lo había planteado Manuel Castells cuando mencionó los factores constitutivos de una sociedad que gira en torno a la participación activa de los ciudadanos en la producción cultural de los medios de comunicación de masas:

... los ciudadanos de la era de la información son capaces de inventar nuevos programas para sus vidas con los materiales de sus sufrimientos, miedos, sueños y esperanzas. Construyen sus proyectos compartiendo su experiencia. Subvierten las prácticas de la comunicación tradicional ocupando el medio y creando el mensaje. Superan la impotencia de su solitaria desesperación interconectando sus deseos. Luchan contra los poderes establecidos identificando las redes establecidas.

Por eso la teoría –necesariamente fundada en la observación– es relevante para la práctica: si no conocemos las formas de poder en la sociedad en red, no podremos neutralizar el ejercicio injusto de dicho poder; y si no sabemos exactamente quiénes tienen el poder y dónde encontrarlos, no podremos desafiar su oculta pero decisiva dominación. (Castells, 2010, p.552)

En este orden de ideas, la educación tradicional debe moverse en nuevas direcciones y una de ellas es la de la acreditación internacional. Es necesario y urgente relacionar los procesos educativos con los estándares internacionales de acreditación ya que estos propiciarían en las instituciones educativas locales, una inserción en el ámbito de lo global. Se estaría cumpliendo con uno de los presupuestos básicos de la globalización: lo glo-cal.

De ahí que sea necesario revisar los sistemas de gestión del conocimiento, dado que paradójicamente las escuelas, centros de educación y universidades deben convertirse en empresas que aprenden (Senge, 2002). En este sentido, la acreditación internacional, dinamiza la innovación, aporta al desarrollo y pone en contacto el mundo de las teorías con el mundo de lo real.

Veamos los ejes sobre los cuales se debe validar un proceso de acreditación internacional y por ende justificar la importancia del mismo dentro de las instituciones de educación superior.

2. Tres momentos históricos del concepto de calidad

Este contexto global obliga a repensar lo que entendemos por calidad. Es bastante difícil señalar con precisión qué es calidad, en particular cuando se quiere abordar el tema de la calidad de la educación superior. De ahí la importancia de precisar los cambios del concepto de calidad y de señalar las tendencias actuales en cuanto a la evolución misma del concepto en la era actual. Por ello se inicia con un recorrido de este concepto y particularmente a sus tendencias contemporáneas.

La calidad inicia en la era fordista (momento uno), por el método propuesto por la Ford que consistía en la cadena en serie o la cadena de montaje. A pesar de esto la lucha por realizar procesos de forma altamente efectiva era uno de los principales objetivos de este sistema. Sin duda, el primero en señalar la importancia de la calidad como presupuesto básico de competitividad fue William Edwards Deming. Desconocido en Norteamérica y altamente valorado en Japón, los principios de *six sigma*, se convirtieron en la esencia de la calidad a nivel global. Estos postulados son la base del pensamiento que mejora la cadena de montaje y las organizaciones piramidales.

Con una forma muy simplificada, el *six sigma* se posiciona y da inicio a los grandes procesos de aseguramiento de la calidad. Como su nombre lo indica, la calidad se ve desde la óptica del aseguramiento de procesos y de verificación de las no conformidades, para

generar una mejora continua. Esta dimensión también se conoce como el *improvement*, es decir, los tomadores de decisiones deben revisar permanentemente los procesos para realizarlos ajustes necesarios.

Este modelo industrial entra en crisis, cuando colapsa la visión de la empresa nodriza y el marco que le daba sustento que es el Estado benefactor (Drucker y Maciariello, 2006). En medio de una crisis generalizada, aparece un segundo momento de la calidad: el toyotismo. Esta empresa japonesa, da un giro copernicano, al cambiar el proceso, que es absolutamente cerrado y racionalizante, a centrarse en el cliente, en la comprensión del mismo y en la necesidad de satisfacer plenamente sus necesidades. La empresa Toyota, simboliza esta segunda era del concepto de calidad. No bastaba con satisfacer las necesidades del cliente; en esta segunda fase, lo primordial es desbordar las expectativas del mismo. En este aparte la calidad se centra en los sistemas comunicacionales entre cliente y empresa (Liker, 2010).

Pero de esta visión centrada en el cliente, damos paso a una visión mucho más amplia del concepto de calidad, a la cual denominaremos Googlismo, de la empresa Google, ya que esta simboliza el futuro de las organizaciones, y se centra más en entender la calidad como el impacto que generamos en nuestros *stakeholders*. Esta concepción de calidad es más una visión de rendición de cuentas, de *accountability*, de conectarnos responsablemente con todos los que conforman y nutren a la organización (Schmidt y Rosemberg, 2015).

Hoy por hoy, las instituciones educativas se encuentran en una de estas eras, o están en el *improvement* o están en el *accountability*, pero muy pocas están centradas en su impacto con el entorno donde se desenvuelven. Lo explican taxativamente Gálvez y Haug (2006, pp.87-88):

Puede decirse, por tanto, que el propósito inicial de la evaluación de las Instituciones de Educación Superior estaba basado en la idea de *accountability*, de rendir cuentas a la sociedad o, lo que es lo mismo, demostrar la eficacia pedagógica y académica de las instituciones universitarias, su eficiencia en términos del buen uso de los recursos y su pertinencia en lo que respecta a factores, efectos e impactos comunitarios, sociales y culturales. Posteriormente, empezaron a realizarse evaluaciones basadas en una perspectiva diferente, la del *improvement*, es decir, lograr la mejora de la institución educativa mediante el conocimiento de las cuestiones relevantes para la toma de decisiones.

Lastimosamente, en las instituciones educativas colombianas se entiende más el proceso de calidad como la revisión permanente de procesos en busca de las famosas no conformidades, lo que termina siendo un desgaste desde la perspectiva organizacional, ya que se destinan ingentes recursos y talento humano a la perfección de los procesos, mas no a la revisión de cómo se está impactando efectivamente el entorno. Las universidades en Colombia obligatoriamente deben estar conectándose positivamente con el entorno,

pero se mantienen obsesiva y ritualmente, revisando sus procesos, los que las hacen olvidarse de sus *stakeholders* y de sus responsabilidades.

Adicional a esto, la evidencia de procesos en formatos de papel no certifica una calidad, dado que muchos de estos, posiblemente no terminan más que siendo procesos que solo existen en el papel. De ahí el urgente e inaplazable imperativo de centrarnos en una calidad de la educación pensada sobre la rendición de cuentas. Es aquí donde la acreditación internacional juega un rol fundamental, tal y como lo señala el CNA (2015) desde una visión de rendición de cuentas y desde una visión del deber ser global:

En este contexto, los Sistemas Nacionales de Acreditación no tienen otra opción que la de internacionalizarse ellos mismos en el cumplimiento de sus funciones. Tradicionalmente el aseguramiento y fomento de la calidad y la acreditación se han percibido como una función que se desempeña al interior de Sistemas de Educación Superior, limitándose a la acreditación de programas dentro de espacios nacionales. Si bien la acreditación nacional seguirá siendo la unidad básica de todo proceso de acreditación, y el Estado-Nación seguirá siendo el principal actor de dicho proceso, los Sistemas de Acreditación tienen que desarrollar una capacidad para operar en el ámbito internacional en el cumplimiento de sus funciones básicas, por varias razones. En primer lugar, las Agencias Nacionales de Acreditación están confrontando

la creciente necesidad de “acreditarse” ellas mismas a nivel internacional, por medio de diversos mecanismos relacionados con la “evaluación externa internacional” de este tipo de agencias. En segundo lugar, las “decisiones de acreditación” que ellas toman deben tener una validez o aceptación internacional, ya que los mercados profesionales y las redes científicas en las que se insertan los egresados de los programas acreditados, crecientemente operan en la dimensión transnacional. Para lograr lo anterior, se están desarrollando sistemas internacionales (regionales o inter-regionales) de reconocimiento mutuo de los sistemas y agencias nacionales de acreditación, como un primer paso en la dirección del reconocimiento mutuo y la homologación de títulos académicos. Esto se está convirtiendo en una característica esencial de los Sistemas de Educación Superior del mundo globalizado del siglo XXI.

Veamos a continuación cuál es la esencia de un proceso de acreditación internacional.

3. De la evaluación a la acreditación internacional: Un cambio en la búsqueda de la excelencia

Como se ha venido señalando, la globalización genera una serie de complejidades que es necesario pensar y re-pensar. La necesidad de homologar títulos profesionales, o al menos la necesidad de articular carreras académicas con posgrados, maestrías y doctorados a nivel global, hace esencial analizar los procesos de estandarización y por ende

las formas como se pueden unir las universidades locales a nivel transnacional en pos de la excelencia. Se presentan las siguientes problemáticas:

- Estudiantes de intercambio
- Profesores de intercambio
- Continuación de carrera y doble titulación
- Articulación de programas y de continuación de estudios
- Homologación de asignaturas
- Movilidad estudiantil
- Movilidad docente
- Investigaciones conjuntas con réplicas
- Estudios comparados de realidades.

Estas complejidades hacen que los procesos de acreditación sean prácticamente obligatorios a una escala supranacional. Como su nombre lo indica, la acreditación es el proceso mediante el cual se le reconoce a alguien que posee lo que dice tener en su autoinventario. Acreditar es darle solidez a una opinión, es la capacidad para afirmar legítima y legalmente que alguien es, quien dice ser. De ahí que la acreditación gire en torno a una verificación de condiciones de calidad educativa por parte de un agente externo, quien mediante el análisis entre pares (entre iguales), es capaz de decirnos si nos acercamos o no a los estándares de calidad previamente establecidos.

Casi siempre los procesos de acreditación internacional miden el impacto de la institución educativa en su entorno y la forma como este impacto recoge todos los elementos del proceso educativo: Investigación, extensión

social o proyección social y Docencia o los procesos mediante los cuales se imparte la formación educativa. No se trata de medir cuantitativamente, ni mucho menos medir únicamente desde la subjetividad; se trata de ser un evaluador, asumiendo la posición de un juez. En este sentido, es preguntarnos cómo podría evaluar mejor, y qué se puede hacer para que podamos cumplir con el contexto social, brindando una educación de pertinencia y de impacto social que posibilite mejorar al conjunto social.

Tal vez una frase latina resuma esta idea: *per aspera ad astra*, que significa de la tierra a las estrellas, o desde las asperezas al cielo estrellado. Es en la dificultad donde se moldea la excelencia. Por ello un proceso de acreditación internacional está encaminado a revisar cuáles son las formas y mecanismos para alcanzar la excelencia, ese elemento que se convierte en un patrón diferenciador en la mediocridad de algunos de los sistemas educativos actuales.

Otro elemento que le da realce a la acreditación internacional, es la presencia de la mirada internacional. La gestión del conocimiento tiene un concepto que señala esta práctica: el *benchmarking* (Spendolini, 1992). Se conoce como la práctica de imitación creativa. De ahí que someterse a una acreditación internacional posiciona el *benchmarking*, ya que nos permite comparar, trasladar, ajustar e implementar. No es simplemente imitar, como su nombre lo indica, es comparar y acomodar, pero adaptando a las realidades locales y ajustando a las prácticas reales de

la institución educativa. Se trata de mirar qué hacen otras universidades y preguntarnos ¿si funcionó allá, qué necesitamos hacer para que funcione acá? Ese debate se propicia en el marco de un proceso de acreditación internacional.

Los japoneses tiene un lema que complementa este recorrido: Busque al mejor, aprenda del mejor, e imite al mejor, pero sobre todo, esfuércese para superar al mejor. Un proceso de acreditación internacional abre la posibilidad de conocernos, de ampliar nuestra mentalidad y de aprender como organización. No podemos vivir en la era del conocimiento sin aprender.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: AMPLIAR LA GEOGRAFÍA MENTAL

Para finalizar este trabajo es bueno caracterizar el rol del par, que agencia procesos de acreditación internacional. Esta persona debe ser un profesional altamente competente en las áreas del saber evaluar, pero debe tener cuatro características que lo hacen ser competente y competitivo, llamémosle los cuatro pilares. El primero de ellos es que debe tener una geografía mental amplia. Por esto no se debe entender, simplemente los conocimientos geográficos que posea, sino su capacidad para entender el mundo y su relación con lo global. Este concepto fue acuñado por Peter Drucker (2006) y señala cómo las personas son capaces de verse en una conexión entre lo local y lo global.

Además de la visión de lo global, un buen par internacional, debe estar dispuesto a evaluar. Este segundo pilar, no es solamente cuestionar que las cosas no se hagan como uno quisiera que se hicieran, sino todo lo contrario, analizar cómo se hacen y qué se puede aprender, y cómo se pueden sugerir aprendizajes significativos, para que determinado proceso funcione de la mejor manera.

El tercer pilar nos lleva a adentrarnos en la esencia de un par que acredita a nivel global, y es precisamente la rendición de cuentas. Un par debe tener la capacidad de preguntarse por los impactos y avances de una universidad en su entorno, por la función social de una universidad o por sus logros en una determinada comunidad. Esto significa evaluar con sentido social.

Y la última característica es ser un juez. Evaluar con los dos hemisferios: el derecho y el izquierdo, es decir, conjugar razón y emoción, posibilitar el encuentro mítico-mágico entre lo que se piensa y lo que se siente. Obviamente las afirmaciones del juez deben generar la desestabilización, deben potenciar una capacidad de transformar, re-definir y sobre todo trastocar el orden de las cosas, esto enmarcado en las ideas de Drucker que nos sirven de colofón a este trabajo:

La sociedad, la comunidad y la familia son, todas, instituciones conservadoras. Tratan de mantener la estabilidad y evitar el cambio o, por lo menos, demorarlo. Y, sin embargo, también sabemos que las teorías, valores y todos los dispositivos de la

mente humana envejecen y se fosilizan, se vuelven obsoletos, se convierten en aflicciones. ...La única manera como una institución –sea entidad de gobierno, universidad, negocio, sindicato, ejército– puede mantener continuidad es involucrando una innovación sistemática en su propia estructura. ...La organización moderna tiene que ser desestabilizadora, tiene que estar organizada para la innovación. (Drucker, 2006, p.49)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Castells, M. (2010). *Comunicación y Poder*. Madrid: Alianza Editorial.

CNA (2015). Consejo Nacional de Acreditación. En: http://www.cna.gov.co/1741/articulos-186353_recurso_1.pdf

Drucker, P. & Maciariello, J.A. (2006). *Drucker para todos los días: 366 días de reflexiones clave para acertar en sus negocios*. Ediciones Granica, S.A.

Egido Gálvez, I. & Haug, G. (2006). La acreditación como mecanismo de garantía de la calidad: tendencias en el espacio europeo de educación superior. *Revista Española de educación comparada*, 12.

Liker, J. (2010). *Las claves del éxito de Toyota: 14 principios de gestión del fabricante más grande del mundo*. Barcelona: Planeta.

Morin, E. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. UNESCO.

Pink, D. (2008). *Una nueva mente: una fórmula infalible para triunfar en el mundo que se avecina*. España: Ilustrae.

Riesco González, M. (2006). *El negocio es el conocimiento*. Argentina: Ediciones Díaz de Santos.

Schmidt, E. & Rosemberg, J. (2015). *Cómo trabaja Google*. Barcelona: Aguilar.

Senge, P. (2002). *Escuelas que aprenden*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Spendolini, M. (1992). *Benchmarking*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Toffler, A. & Toffler, H. (2006). *La revolución de la riqueza*. Bogotá: Editorial Debate.

Derecho del Consumo en Colombia: Acerca de la construcción de un marco histórico y conceptual*

Consumption Law in Colombia: About the construction of a historical and conceptual framework

RESUMEN

La protección contractual tiene su origen en el Derecho romano desde una perspectiva civil. Sin embargo es posible remitirse al derecho del consumo como rama autónoma a partir de la segunda mitad del siglo XX, con normativas propias a favor de los derechos de la parte débil en las relaciones contractuales. En Colombia esta rama del Derecho Comercial es reciente, puesto que de hecho fue solo a partir de los años 80 que se expidió un Estatuto del Consumidor, y por demás, solo alcanzó raigambre constitucional con la Carta Política de 1991, protegiéndose a los consumidores, en su calidad de destinatarios finales de los bienes y servicios en la relación de consumo, a través de la intervención y dirección del Estado y el reconocimiento de los derechos de los consumidores como derechos colectivos. Este trabajo plantea el desarrollo histórico y jurídico del derecho del consumidor en el contexto colombiano, teniendo como eje articulador la constitucionalización de dicho derecho a partir de la Carta de 1991.

PALABRAS CLAVE

Derecho del consumo, Consumidor, Constitucionalización, Derechos colectivos.

ABSTRACT

Contractual protection has its from a private law perspective origins in roman law. However, it is possible to refer us to consumers law as a autonomous branch since the second half from the XX century, with own regulations which tender to favor the weak part's rights in contractual relationships. In Colombia, this trade law's branch is considerably new, because, in fact, it wast just from the 80's, that was issued a Consumers Statute, and it just reached a constitutional dimensión with the Constitution of 1991, protecting the consumers in their quality of final receivers of goods and services in the consumer relationship, through the intervention and direction of the Estate and recognition of consumers rights as colectives rights. This work presents the historical and legal of consumers law in the colombian aspect, having as articulador axis the constitutionalization of that law from the Constitution of 1991.

KEYWORDS

Consumer law, Consumer, Constitutional economic, Collective rights.

JESÚS DANIEL TOVÍO FLÓREZ

Joven Investigador. Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Norte. Miembro del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena. jesus-tovio@hotmail.com

RAFAELA SAYAS CONTRERAS

Abogada. Docente Investigadora de la Universidad de Cartagena. Directora del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Ph.D. en Sociología de la Universidad de Belgrano, Argentina. Docente en grado y posgrado. rasayas@ucm.es

* Informe de avance Programa de Investigación Colciencias, Consuma Caribe, Programa de Fortalecimiento de las capacidades de los consumidores en la costa Caribe colombiana.

Recibido: Noviembre 7 de 2014 • Aceptado: Enero 15 de 2015

INTRODUCCIÓN

La expedición del nuevo Estatuto del Consumidor introduce en Colombia una perspectiva actual de las relaciones de consumo, siguiendo la tendencia mundial en torno de la vulnerabilidad de los consumidores frente a las asimetrías que produce el mercado. Así las cosas, este trabajo aborda el desarrollo histórico y jurídico del Derecho del Consumo en Colombia. Para tales efectos se analizará el desarrollo de esta novedosa rama del Derecho en el contexto internacional, rastreando su origen en el Derecho romano, las variaciones que experimentaron las relaciones contractuales con la Revolución Industrial, hasta llegar a la sociedad de consumo a mediados de siglo XX. Posteriormente se dará cuenta de los desarrollos normativos del Derecho del Consumidor en Colombia, tomando en consideración la protección inicial que expresa el Código Civil, luego las establecidas en el Código de Comercio que introdujo algunas garantías a favor del comprador y la Ley 73 de 1981 con sus Decretos Reglamentarios, hasta la constitucionalización de los derechos de los consumidores en la Constitución de 1991, reconocidos como Derechos Colectivos, también llamados Derechos de Tercera Generación, los cuales nacen a mediados del siglo XX, producto de las transformaciones sociales acaecidas en la postguerra.

METODOLOGÍA

Se trata de una investigación jurídica, de tipo analítico, documental, de carácter cualitativo, que se desarrollará a nivel dogmático

teórico, la cual busca recopilar, sistematizar y analizar el desarrollo histórico y jurídico del Derecho del Consumo en Colombia, en el contexto de su constitucionalización.

Para el desarrollo del presente trabajo nos sujetaremos a dar respuesta a la siguiente pregunta problema: ¿Cuál ha sido el desarrollo histórico y jurídico del Derecho del Consumidor en el contexto colombiano, teniendo en cuenta la constitucionalización del mismo a partir de la Carta de 1991? Metodológicamente el trabajo está organizado de la siguiente manera: en primer lugar se desarrollará una breve introducción acerca del tema, luego se efectuará una aproximación histórica del Derecho del Consumo en el contexto internacional, para pasar a analizar la constitucionalización del Derecho del Consumo en Colombia, y por último, se plantean las conclusiones.

1. Aproximación histórica. Contexto internacional

El Derecho del Consumo, aunque es una rama novedosa del Derecho, se relaciona con la protección contractual heredada del Derecho romano. “Desde la época de Cicerón el vendedor es responsable de los vicios que, no siendo ignorados, oculta al comprador [...] el comprador está asistido, a ese respecto, por la *actio redhibitoria* y por la *actio quanti minoris*” (Iglesias, 1953, p.263), ejercitables en los plazos de seis meses y un año.

Quiere decir ello que el Derecho romano sentó las bases de las garantías, generali-

zándose la práctica de asegurar la ausencia de defectos o precisamente lo contrario, la garantía de las cualidades poseídas por las cosas sobre las que recaía el contrato, pudiendo inclusive solicitar la resolución contractual. De la misma manera se hizo extensiva dicha exigencia a los bienes inmuebles e inclusive cobijaba la obligación de declarar respecto de esclavos y animales la existencia de enfermedades o vicios ocultos.

Así las cosas, el Derecho romano le reconocía al comprador que resultaba afectado en su compra dos prerrogativas, la primera relacionada con los vicios ocultos que poseía la cosa, o porque se perdía la posesión sobre la misma, como consecuencia del pronunciamiento de una Sentencia Judicial, es decir, el saneamiento por vicios redhibitorios y el saneamiento por evicción.

Posteriormente, con el advenimiento del Liberalismo Económico y la Revolución Industrial, se introducen cambios importantes en la sociedad, los cuales serían, entre otros, reformas normativas en las relaciones contractuales, partiendo del entendido según el cual el Derecho Privado del mundo occidental se erigiría sobre los principios de autonomía de la voluntad y la libertad contractual para favorecer el intercambio económico sin ningún tipo de obstáculos. “Argumentándose que los precios justos no podían ser determinados de mejor manera que por las convenciones mismas, ya que la oferta y la demanda creaban lo justo” (Ossa, 2010, p.209).

Por otro lado, López (2001) sostiene que:

“el individualismo y el principio de no intervención del Estado aplicados a la relación de consumo dio origen a la teoría del libre mercado y el consumidor individual” (p.2).

Los extremos en una relación comercial de este período se asumían en igualdad de condiciones en un mercado libre que se regía por las leyes de la oferta y la demanda; la intervención del Estado era mínima en la esfera privada, en esta imperaba el principio de la autonomía de la voluntad y el dejar hacer, dejar pasar.

Con el transcurrir del tiempo se demostraría que esto no era del todo cierto y que el mercado no era tan libre como se pensaba; la historia puso de presente que una sociedad sin controles, dejada a la merced del libre mercado, ha de conducir a la concentración de poderes económicos y a la sustitución de la libre competencia económica por los monopolios, lo que trajo como consecuencia que las empresas –o el sector privado– ganaran y ejercieran poder político y social. En este contexto, no se estaba garantizando la libertad de competencia ni la justicia contractual, ocasionando la vulneración de los derechos de los consumidores ya que estos estaban en una situación de inferioridad en el mercado.

A principios del siglo XX, por motivo de la crisis económica de los años 30 y las dos guerras mundiales (postguerra), empezó a surgir y reconocerse la sociedad de consumo, y el mercado empezó a experimentar cambios, pues empieza a crecer y a diversificarse ante una creciente demanda de bienes y servicios

debido a la privación que vivieron los consumidores de los mismos, como consecuencia de los conflictos bélicos y la llamada Gran Depresión. Nace la necesidad de brindar mayor protección jurídica al consumidor.

En la naciente sociedad de consumo las relaciones contractuales sufren cambios importantes; se pasa de la contratación tradicional en donde las partes negociaban libremente las cláusulas del contrato, a una contratación en masa en donde los empresarios imponían al consumidor cláusulas y contratos prediseñados a los compradores quienes deben aceptar sin modificar dichas cláusulas, constituyéndose como la parte débil en el contrato.

En definitiva, la realidad social y económica empezaba a cambiar. La circulación masiva de bienes y servicios hicieron de la contratación una actividad cotidiana, que exigía rapidez y donde la oferta era lanzada simultáneamente a un número indeterminado de posibles contratantes. “En este contexto se tornó imposible aplicar los principios de la contratación tradicional a los contratos de consumo, sustituyéndose las conversaciones previas y las cláusulas negociadas por cláusulas predispuestas por el contratante más fuerte” (López, 2009).

En los años 60 los consumidores fueron reconocidos como grupo social definitivo, y empezó a regularse jurídicamente su estatus. Pero la idea de reconocer a los consumidores como un grupo social que merecía una protección jurídica especial, empezó a hacer

eco en los Estados Unidos. A principios del siglo XX se encuentran antecedentes de asociaciones de consumidores “concretamente la primera Liga de Consumidores, creada en Nueva York en 1891, que fue el germen de las futuras asociaciones de consumidores” (Ruiz, 2010, p.69).

Pagador y Miranda (2012) sostienen que:

De hecho el arranque del movimiento de defensa de los consumidores y usuarios, el movimiento consumerista, se ubica (geográfica y cronológicamente) en el mensaje que el presidente J. F. Kennedy dirigió al Congreso Norteamericano el 15 de marzo de 1962, bajo el título “Protección de los intereses de los consumidores”, donde se equiparaba al consumidor con el ciudadano-elector y se aludía a los derechos de los consumidores, destacándose los derechos de seguridad, información, elección y audiencia. (p.22)

El consumerismo hace eco también en Europa, especialmente con la aparición de las cooperativas de consumo, asociaciones conformadas para hacer frente a los efectos de la Revolución Industrial, que nacen en el seno del movimiento obrero y cuyo propósito era “agrupar la capacidad de compra de sus asociados a fin de adquirir mejor posición el mercado y obtener los productos de primera necesidad a los mejores precios, defendiendo, de este modo, los legítimos intereses de sus asociados” (Ruiz, 2010).

En diferentes latitudes, y por supuesto en

América Latina, también se ha encontrado el correlato de la protección de los consumidores con normativas de diferente índole cuya efectividad varía según las políticas públicas y tutela efectiva de los derechos de los consumidores en cada país. A continuación aspectos relacionados con Colombia.

2. Derecho de los consumidores en Colombia

En Colombia, por muchos años la única norma que brindó protección a los contratantes fue el Código Civil (Arts. 1893 a 1927), que consagra las mismas instituciones que el Derecho romano le reconocía al comprador que resultaba afectado en su compra, a saber: el saneamiento por vicios redhibitorios y el saneamiento por evicción, tal y como se planteó anteriormente.

Con la expedición del Código de Comercio en 1971, se incorporaron nuevos tipos de protección contractual, como la venta de cosa con garantía de buen funcionamiento (Art. 932), la presunción de garantía de las cosas que se acostumbra a vender de ese modo (Art. 933) y la de vicios de calidad (Art. 939).

Así las cosas, paulatinamente el derecho del consumo y de los consumidores ha venido ganando terreno a nivel mundial. De hecho, en Colombia antes de 1991 solo existían añejas figuras heredadas del derecho romano tratándose de daños sufridos por los adquirentes en los contratos de compraventa, por ejemplo el saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios. Con la Ley 73 de 1981, se da un paso en

la defensa de los consumidores estableciéndose la “Ley General del consumo”, reglamentada a través del decreto 3466 de 1982, conocido como el estatuto general del consumidor, que estuvo vigente en Colombia hasta la expedición del “Nuevo Estatuto del Consumidor”, promulgado a través de la Ley 1480 de 2011. (Sayas & Martelo, 2012, p.54)

Estas normativas del Código Civil y de Comercio colombiano, no brindaban una total protección al contractual debido a que en primer lugar no se consideraban relaciones de consumo, sino relaciones contractuales normales; se exigían múltiples requisitos para su ejercicio, plazos de caducidad reducidos y acciones de reclamación judicial a través de procesos muy extensos, con lo cual materialmente el contratante vulnerado en términos de justicia se encontraba desprotegido. La Ley 73 de 1981 sería la que marcaría la intervención del Estado en la protección de los consumidores, normativa que en criterio de Ossa (2010): “Determinó la intervención del Estado en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor” (p.213).

Esta ley fue reglamentada y desarrollada por varios decretos, entre ellos, el Decreto 1320 de 1982, el Decreto 1441 de 1982, Decretos 3467 y 3468 de 1982, Decreto 2876 de 1984, Decreto 1009 de 1988, y el más trascendental de todos, el Decreto 3466 de 1982 conocido como el *Estatuto del Consumidor*.

En el estatuto de 1982 no existía una disposición expresa sobre principios del derecho de protección al consumidor, así como tampoco en la Constitución de 1886 se contenía alusión a la intervención estatal a favor del grupo de personas catalogado como consumidores. (Giraldo, Caicedo & Madriñán, 2012, p.1)

A continuación podemos apreciar las normas relacionadas con el tema:

3. Constitucionalización del Derecho del Consumidor en Colombia

Antes de abordar el tema de la constitucionalización del derecho del consumidor, es importante precisar algunos aspectos del Estado Social de Derecho para comprender cómo el modelo social resignifica las relaciones de producción-consumo. Este surge después de la Segunda Guerra Mundial, ante la necesidad de asegurar la subsistencia del

Tabla 1

Norma	Objeto	Aspectos relevantes
Decreto 1441 de 1982	Por medio del cual se regula la organización, el reconocimiento, el control y la vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores.	Regula la organización, el reconocimiento y el régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores.
Decreto 3466 de 1982	Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones.	Se regularon aspectos como la idoneidad, la calidad, las leyendas, las marcas, la publicidad de precios, la responsabilidad de productores y expendedores; de igual manera se definieron los conceptos básicos del derecho de consumo tales como consumidor, proveedor, productor, propaganda comercial, la idoneidad de un producto o servicio, los registros de calidad de bienes y servicios, las garantías que pueden tener los productos y los procedimientos administrativos y judiciales para hacer cumplir las obligaciones allí impuestas.
Decreto 3467 de 1982	Se dictan unas normas relativas a las ligas y asociaciones de consumidores.	Reconoce las asociaciones distritales de consumidores y le asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de control y vigilancia de las mismas.
Decreto 3468 de 1982	Por el cual se crea y organiza el Consejo Nacional de Protección al Consumidor.	Crea y organiza en Consejo Nacional de Protección al Consumidor como organismo asesor del Gobierno Nacional, en todas las materias relacionadas con la acción administrativa de protección y defensa de los consumidores, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico y señala sus funciones.
Decreto 2876 de 1984	Dicta normas sobre el control de precios.	Una vez que se haya fijado el precio y/o el margen de comercialización por la entidad competente de un bien o servicio sujeto a control, ningún productor, distribuidor, comerciante o intermediario podrá cobrar sumas superiores so pena de incurrir en las sanciones previstas en este decreto sin perjuicio de las contempladas en el Código Penal.
Decreto 1009 de 1988	Por la cual se crean y organizan los Consejos Departamentales de Protección al Consumidor y el Consejo Distrital de Protección al Consumidor.	Crea los Consejos Departamentales de Protección al Consumidor como organismos asesores del Gobierno Departamental y como delegatarios del Consejo Nacional de Protección al Consumidor, en todas las materias relacionadas con la acción administrativa de protección y defensa de los consumidores, al Ministro de Desarrollo Económico.

Fuente: Elaboración propia

Estado de Derecho y de las libertades y derechos del hombre; justamente este será el instrumento jurídico que utilizaría el liberalismo para enfrentar las ideas del fascismo y el socialismo marxista y para legitimar las categorías nacientes de Derecho que surgieron después de la Segunda Guerra Mundial. Se pasa al modelo social que protege y legitima una nueva generación de derechos de segunda y tercera generación, se replantea la Constitución como fuente formal de Derecho y se le da mayor importancia al papel del juez en relación con el legislador y la administración pública, derivado en gran parte de la aplicación de los principios y valores constitucionales y su aplicación en las decisiones judiciales.

El Estado Constitucional y Democrático de Derecho se deriva de una mayor intervención del Estado en el ámbito político y jurídico que se manifiesta a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

De esta manera, es posible afirmar que el Estado Constitucional y Democrático de Derecho tiene tres dimensiones: Una dimensión económica, la cual se evidencia en el intervencionismo del Estado en la economía, como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, etc.; una dimensión políti-

ca, en la que el Estado se manifiesta a través de una democracia participativa, control político en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política, y una dimensión jurídica que se manifiesta a través de la constitucionalización del Derecho. La ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional, esto debido a que el Derecho a través de la ley no puede prever todas las soluciones posibles y porque el nuevo papel del juez en el Estado Social de Derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución.

Ahora bien, en tratándose de la constitucionalización del Derecho del Consumidor, este se da a mediados del siglo XX cuando el Estado empieza a tener un papel más activo en la economía; ya la historia había demostrado que ese Estado que solo intervenía política y económicamente para salvaguardar el interés público general y que solo dejaba hacer y dejaba pasar, so pretexto de una garantía de libertad e igualdad entre oferentes y demandantes dentro de un régimen de libre competencia como máxima expresión de la iniciativa privada, solo favorecía a las clases dominantes y marginaba a la mayoría de los miembros de la sociedad, los cuales eran los menos favorecidos económicamente.

Con el surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho se abandona el individualismo y el principio de no intervención del estado en el campo político, económico y social; el Estado Social de Derecho pasa a tener una incidencia importante en la organización política, económica y social; “el Estado activó su función de protección y responsabilidad social hacia la mayoría de los ciudadanos”. (López, 2003, p.3)

En este nuevo modelo de Estado se replantean los principios de propiedad y autonomía de la voluntad; estos principios que en la doctrina económica liberal clásica eran considerados absolutos, en el Estado Social de Derecho se relativizan. La propiedad privada y la autonomía de la voluntad ahora cumplen una función social. La concepción de contrato en las relaciones de consumo también sufre cambios en dichas relaciones, la contratación ya no se da en un plano de simetría, en donde ambas partes estaban en igualdad de condiciones y podían discutir libremente las cláusulas del contrato y este era ley entre ellas, sino que, en la sociedad de consumo la contratación es adhesiva y en masa lo que supone un plano de asimetría y es por esto que surge la necesidad de proteger al consumidor. Giraldo, Caicedo y Madriñán (2012) afirman:

Dicha revaluación de principios del derecho privado patrimonial, tiene como causa esencial el enunciado de la asimetría de las condiciones de los consumidores y usuarios frente a los productores y expen-

dedores, como afirmación básica del derecho de protección al consumidor, fuente de la que deriva la estructura de su normatividad. (p.2)

El reconocer esa asimetría en las relaciones de consumo, es lo que ha servido de motor para que muchos países consagren en sus constituciones los derechos, valores, principios que refuerzan y garantizan la protección de los consumidores.

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de establecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de satisfacción de sus necesidades humanas. (Corte Constitucional, Sentencia C-1140 de 2000)

Es por ello que las relaciones de consumo no podían seguir rigiéndose por los códigos decimonónicos inspirados en los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual que no reflejaban la real evolución de las relaciones de mercado. En esa línea afirma Calle (2010):

Nuestros códigos decimonónicos se siguen rigiendo por el dogma de la autonomía de la voluntad, y de la libertad contractual, desconociendo la situación socioeconómica del consumo masivo, y de la contratación en masa en donde el interés del consumidor, llámese arrendatario, comprador, depositante, ya no es un

interés individual o privado frente a otro interés también privado del arrendador, vendedor, etc., sino que es un interés de grupo llamado consumidor, frente a otro grupo llamado empresario. (p.183)

En Colombia, es apenas con la Constitución de 1991 que se le otorga un tinte constitucional al derecho del consumidor, en el contexto del régimen económico constitucional y en el ámbito de los derechos colectivos.

El artículo 334 de la Constitución Política, consagra la intervención del Estado, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. Ahora, esta norma, cuando sea aplicable en la política del consumo se debe hacer en concordancia con el artículo 78 de la Constitución Política, que establece la protección del consumidor como un derecho colectivo, según el cual será la ley la que regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. (López, 2003, p.13)

En el Estado Social se constitucionaliza el sistema económico con el propósito de conservar y hacer operantes las garantías en materia económica y evitar, como acaeció en el pasado, que imperara el dogma del liberalismo clásico de que la economía tiene sus pro-

pias leyes que la rigen y evitar también que el sistema dependiera de los cambios de los gobernantes de turno, los cuales producían inestabilidad económica.

Tradicionalmente en las constituciones no se consagraba el sistema económico que imperaría, lo que se hacía era plantear principios económicos que al ser interpretados podían fácilmente conducir a interpretaciones ambiguas o contradictorias, haciendo inoperante asegurar las garantías constitucionales en materia económica. Esta situación era consecuencia de la necesidad de los gobernantes para garantizar una discrecionalidad que determinará aspectos fundamentales del orden económico, basados en que la economía tiene una dinámica propia, ... Pero el sistema económico, no debe someterse a los cambios de los gobernantes, puesto que ello conduciría a la posibilidad de una inestabilidad política y económica; lo que se busca es que la Constitución defina la estructura y organización de la economía, ... de una forma amplia y flexible que permita optar entre limitadas formas de organización económica, como modificaciones alternativas de la estructura que define la Constitución, adaptando la norma a la realidad, sin que ello implique un orden socioeconómico distinto que pueda resultar contrario a la misma. (López, 2001, p.24)

La Constitución de 1991 no consagró de manera expresa el régimen económico de Colombia, en esta materia la Constitución colombiana es ambigua y abstracta; lo anterior

no quiere decir que en Colombia el sistema económico está sujeto a los vaivenes de la economía o al de los gobiernos de turno. Para determinar el sistema económico en Colombia es necesario integrar los principios, valores y derechos que ha consagrado la Constitución, debido a que este está implícito en los mismos, sobre todo los que rigen la actividad económica llevada a cabo por el Estado, para de esta forma poder deducir dicho sistema. “Realmente, más que Constituciones indiferentes, neutras o beligerantes, hay Constituciones que consagran expresa y directamente un sistema económico y Constituciones en las que el sistema subyace bajo los principios generales y está implícito en los derechos individuales y colectivos” (Rojo, como se citó en López, 2003, p.5).

Es importante tener en cuenta que la Constitución de 1991 erigió a Colombia como un Estado Social de Derecho, el cual, además de ser el modelo de Estado que la Constitución implementa en Colombia, también es un principio que irradia todo el orden político, jurídico, social y económico; y es a través de ese principio fundamental que se debe garantizar y asegurar la justicia y un orden económico y social justo, como valores o fines de dicho Estado. La realización de esos fines debe realizarse en el marco de un régimen económico intervencionista como lo establece el artículo 334 de la Constitución Nacional. Ahora, el concepto de mercado no desaparece con la Constitución del 91; de hecho la estructura del régimen económico es el de economía de mercado, pero intervenida por el Estado Social. La estructura de econo-

mía de mercado se induce de varias normas constitucionales que hacen mención al mismo y que reconocen las libertades económicas, conformadas por la libertad de empresa y la libre competencia consignadas en el artículo 333 de la Constitución, libertades que solo tienen razón de ser en una economía de mercado. A este respecto Angarita (como se citó en López, 2001) afirma:

Las libertades económicas, constituidas por la libertad de empresa y la libre competencia consagradas en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, no pueden realizarse en otro marco que no sea la economía de mercado. La libertad económica constituye la base de la libertad política y el instrumento a través del cual la persona se procura su propio bienestar en un mercado. (p.26)

De esta manera se infiere que en la Constitución del 91 las libertades económicas no son absolutas, sino que se encuentran limitadas por la intervención y dirección del Estado en la economía, lo que permite deducir que el sistema económico de Colombia es un sistema mixto en el que confluyen aspectos de una economía de mercado y de una economía planificada o central, lo que se podría denominar como una economía social de mercado en donde las libertades económicas, propias del mercado, están limitadas por los principios y valores constitucionales y reguladas por la intervención del Estado.

El sistema económico va intrínsecamente ligado con los derechos de los consumi-

res y su protección; el Estado Social tiene un interés en la protección de los consumidores, y ese interés deviene como la afirma Calle (2010) que: “En los sistemas económicos organizados alrededor del mercado, el consumo constituye el último eslabón en el proceso de circulación e intercambio de las mercancías” (p.182).

El consumidor es el último eslabón en el ciclo productivo, es el destinatario final de los bienes y servicios con los cuales busca satisfacer sus necesidades humanas. A raíz de los cambios económicos y sociales ocurridos en la segunda mitad del siglo XX, se puso de presente la inferioridad en que se encuentra el consumidor en un mercado dominado por la ley económica de la oferta y la demanda y es por ello que el Estado debe implementar una política de consumo que garantice los derechos de los consumidores en el marco de una economía de mercado y de libre competencia económica.

La política del consumo, debe igualmente interrelacionarse directamente con lo que se ha dado en llamar constitución económica o sea con el sistema económico consagrado, el cual corresponde al de la economía de mercado, pues en la ley fundamental encontramos un conjunto de preceptos que encaminan la intervención del Estado hacia una determinada dirección y funciones. En este orden de ideas se piensa en el artículo 334, que consagra la libre competencia económica, pero establece cortapisas, pues garantiza que el Estado controlará cualquier abuso de personas o

empresas que hagan de su posición dominante en el mercado, a su vez delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Calle, 2010, p.184)

Es pues, ante esa condición de inferioridad en que se encuentra el consumidor en el mercado, que se justifica la intervención del Estado en las relaciones de consumo a través de la creación y promoción de mecanismos e instrumentos que regulen la contratación en masa o de consumo y los contratos de adhesión. Esa protección estatal se materializa cuando el Estado es llamado a restablecer el equilibrio contractual en los contratos de consumo, garantizando que el consentimiento expresado corresponda con una elección libre e informada, dejando sin eficacia jurídica todo pacto o cláusula que lesione los intereses del consumidor y estableciendo en caso de que corresponda el ejercicio de las garantías legales y las responsabilidades por daños a cargo de fabricantes y distribuidores.

CONCLUSIONES

El desarrollo histórico y jurídico del Derecho del Consumo ha desembocado en que esta rama del Derecho, hoy día tenga la importancia y relevancia jurídica que se merece, pues en un mundo de economía globalizada, como en el que se desenvuelven hoy día las relaciones comerciales, no se pueden seguir regulando las relaciones de consumo con los viejos y anacrónicos códigos civiles decimonónicos inspirados por el dogma de la

autonomía de la voluntad y la libertad contractual, la cual supone un plano de simetría contractual; ni con la legislación comercial, por cuanto esta última solo protege los intereses de los fabricantes y distribuidores, siendo ajeno al último eslabón de la cadena productiva: los consumidores. Dichas relaciones de consumo demandan una protección constitucional y legal que proteja los intereses de los consumidores como parte débil en las relaciones de consumo.

El desarrollo histórico y jurídico de esta rama del Derecho ha culminado, al igual que las diferentes ramas del Derecho, en el fenómeno jurídico de la constitucionalización del Derecho, lo que implica la consagración en las constituciones de postguerra, de los derechos de los consumidores y su reconocimiento como un grupo social que merece una especial protección jurídica en las relaciones de consumo que se dan en el marco de una economía social de mercado.

La constitucionalización de los derechos de los consumidores en Colombia, implica dos ámbitos importantes en el marco de la Constitución de 1991; en el primero, el régimen económico, y el segundo, los derechos colectivos. El Estado por mandato del Art. 334 de la Constitución Nacional debe intervenir en el ciclo productivo, para así lograr un orden económico incluyente en el que gocen de especial protección los sectores que se encuentren en situación de inferioridad o desventaja, como lo son los consumidores; lo que debe estar en relación con el Art. 78

de la Constitución Nacional, que establece los derechos de los consumidores como derecho colectivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Angarita, C. (1996). "La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aproximación fugaz". *Constitución Económica colombiana*. Bogotá: El Navegante Editores.

Calle, R. (2010). *Derechos colectivos y del ambiente*. Recuperado de <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedes-Dependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyPublicaciones-Medios/EstudiosDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XLIX%20Rev%20117-118%20parte%2010.pdf>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-1140 de 2000.

Giraldo, Caycedo & Madriñán (2012). *Comentarios al nuevo Estatuto del Consumidor*.

Iglesias, J. (1953). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado, II*. Barcelona: Ariel. Colombia: Editorial Legis.

López, C. (2001). Constitución económica, mercado y derechos del consumidor. En: *Revista Contexto*, 24-30.

López, C. (2003). Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica. *Revista Mercatoria*, 2(2), 1-42.

López, E. (2009). La defensa de los derechos del consumidor desde una perspectiva internacional. En: *Revista Amicus Curiae*. México: Universidad Autónoma de México.

Miranda, L. & Pagador, J. (2012). *Derecho (privado) de los consumidores*. España: Editorial Marcial Pons.

Ossa, D. (2010). Protección, garantía y eficacia de los Derechos del Consumidor en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y ciencias políticas*, 40(112), 203-239.

Rojo, A. (1983). Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. *Revista de Derecho Mercantil*, 169-170.

Ruiz, J. (2010). *Las asociaciones de consumidores*. España: Tirant lo Blanch.

Sayas y Martelo (2012). Aspectos regulatorios del consumo en Colombia. Autoridades y responsabilidades. En *Saber, ciencia y libertad*, 7(2), 53-61.

El derecho a la educación del consumidor en Sincelejo*

The right to consumer education in Sincelejo

RESUMEN

Los derechos del consumidor se constituyen en la herramienta para evitar el abuso de la posición dominante de una de las partes en la relación de consumo, el proveedor. No obstante, solo será posible tal aspiración en la medida que la sociedad esté educada para asumir un papel protagónico en esta relación.

El siguiente artículo es solo una de las muchas interpretaciones que explican los resultados del trabajo con algunas autoridades y con los representantes de las ligas de usuarios existentes en el municipio de Sincelejo. En él se expone la relación entre la educación de los derechos del consumidor y el papel de estos actores claves en el proceso, explicando cómo finalmente el desconocimiento de las normas, no es un problema meramente informativo sino que transita por el ámbito de las subjetividades del funcionario o representante de las ligas.

PALABRAS CLAVE

Derechos del consumidor, Educación, Sujeto de derechos, Relaciones de consumo.

ABSTRACT

Consumer rights constitute the tool to prevent abuse of the dominant position of one of the parties in the consumer relationship, the provider. However, such aspiration will only be possible to the extent that society is educated to assume a leading role in this relationship.

The following article is just one of the many interpretations that explain the results of the work with some authorities and with the representatives of the leagues of users existing in the municipality of Sincelejo. It discusses the relationship between the education of consumer rights and the role of these key actors in the process, explaining how finally the ignorance of the rules, is not a merely informative problem but transits through the scope of the subjectivities of the Official or representative of the leagues.

KEYWORDS

Consumer rights, education, subject of rights, consumer relations.

MARGARITA IRENE JAIMES VELÁSQUEZ

Abogada, Universidad del Atlántico. Doctorante en Política y Gobierno de la Universidad de Católica de Córdoba, Argentina. Maestra en Educación de los Derechos Humanos del Centro Regional para la Educación de Adultos en América y el Caribe –CREAL–, México. Especialista en DDHH de la ESAP, Colombia. Docente-investigadora del Grupo GICSER. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Sincelejo, Colombia. margarita.jaimes@cecar.edu.co

YERALDIN ARRIETA RUIZ

Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Joven investigadora del Grupo GICSER. yeraldin.arrieta@cecar.edu.co

* Artículo de investigación de enfoque cualitativo, resultado del proyecto de Investigación en curso “Consuma Caribe”, perteneciente al área de Derechos Humanos, desarrollado en el Grupo de Investigación GICSER, financiado por Colciencias y la cofinanciación de la Corporación Universitaria del Caribe en la ciudad de Sincelejo (Colombia).

Recibido: Octubre 26 de 2014 • Aceptado: Enero 15 de 2015

INTRODUCCIÓN

El Estatuto del Consumidor o Ley 1480/2011 nace como una necesidad para proteger al consumidor o usuario, o sea, aquella persona natural o jurídica, que como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*, es por ello que la finalidad de protección al consumidor en el Estado Social de Derecho debe ser un elemento esencial y de especial objeto de salvaguarda en la economía del mercado (Henao, 2008).

Por otro lado surge como una necesidad de actualizar la Norma a las nuevas necesidades y realidades a las que se enfrenta el consumidor puesto que el antiguo Decreto 3466 de 1982 que regulaba todo lo relacionado a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios y dictaba otras disposiciones**, fue concebido para una economía cerrada (Cámara de Representantes, 2010). Su creación anterior a la Constitución de 1991 lo hacía incongruente con la nueva concepción de los

* Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO. Nº 48220.

** Decreto 3466 de 1982. Por medio del cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 02 de 1982.

sujetos de derechos y con las tendencias del mercado globalizado.

Se resalta que el artículo 78 de la Constitución Nacional de 1991 establece que *La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización*, reconociéndole el carácter de derecho humano colectivo. Esto último es importante en tanto tiene el rango de derecho constitucional.

Se evidencia que el espíritu de la Norma es la defensa de los derechos del consumidor, sin embargo, esto no es posible si el sujeto beneficiario de tales prerrogativas no ha sido educado y debidamente informado sobre el contenido y el alcance de estos. La Ley 1480 de 2011 establece como derecho la educación del consumidor en cuanto a sus derechos y formas de acceder a ellos pero sin establecer un responsable directo. Es de aclarar que este derecho es distinto al descrito en el artículo 59 del Estatuto que reza: “En desarrollo de las funciones que le han sido asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio esta propenderá por difundir, informar y capacitar en materia de protección al consumidor...” mientras que el primero busca construir al sujeto de derechos que está ligado al concepto del ejercicio de la ciudadanía, mientras que el segundo está más ligado a la relación clientelar y de consumo.

Teniendo en cuenta que el Estatuto entró en vigencia en el año 2012, es de suma importancia discutir si las acciones que realiza la

institucionalidad pública, las universidades y las ligas de consumidores en la ciudad de Sincelejo materializan el derecho a la educación del consumidor.

Para ello, se examinarán los resultados del grupo focal con autoridades en la materia, realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Fortalecimiento local de los derechos de los consumidores: promoción y protección de los derechos del consumidor, en la ciudad de Sincelejo, en el marco del nuevo Estatuto del Consumidor, periodo 2015-2016” que está integrado al “Programa de fortalecimiento de las capacidades regionales y locales de los consumidores: promoción del marco jurídico de las competencias establecidas en el nuevo Estatuto del Consumidor (alcaldes, asociaciones de consumidores y consultorios jurídicos en Santa Marta, Cartagena y Sincelejo) periodo 2015-2016”, que tiene como objetivo: “Promover el fortalecimiento de los derechos de los consumidores en tres ciudades de la costa Caribe colombiana (Cartagena, Santa Marta y Sincelejo), a partir de la educación, protección, garantía y defensa en el ejercicio de sus derechos económicos en el marco de las prerrogativas establecidas en el nuevo Estatuto del Consumidor en el periodo 2015-2016”.

El sujeto de derechos

El sujeto de derechos, según Abraham Magendzo (s.f.) es aquella persona que conoce sus derechos y además sabe ejercerlos porque se reconoce con el poder para exigirlos. El sujeto de derechos es crítico de las realida-

des que le circundan y participa activamente en la transformación de aquello que le impide realizarse plenamente como persona.

En términos jurídicos el sujeto de derechos es aquella persona que actúa en una relación jurídica, es decir, aquella dotada de capacidad jurídica. En palabras de Hans Kelsen (1960, p.101)

El concepto jurídico de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos.

En síntesis, el sujeto de derecho es aquella persona natural dotada de capacidad para asumir sus derechos y responder por sus deberes. Hablamos de la humanidad del sujeto en tanto su capacidad de análisis y poder transformador.

La educación

La educación es pilar fundamental en el desarrollo humano, su valía radica en el poder transformador y socializador de nuevas realidades entre congéneres. Al respecto Freire (1971) señalaba que solo la educación posibilita la construcción de la sociedad humana, en tanto ella es *praxis*, reflexión y acción del hombre sobre el mundo para transformarlo en una relación dialogante con los otros. Es este no silencio una apuesta política para la liberación.

En la Afirmación de Amman la comunidad internacional reconoce que la educación es transversal a todos los ámbitos de la vida humana y reafirma su poder transformador al sostener que

La educación da poder. Es la clave para establecer y fortalecer la democracia y el desarrollo, la cual es tanto sustentable como humana y basada en la paz hacia un respeto mutuo y justicia social. Además, en un mundo en donde la creatividad y el conocimiento juegan un rol importante, el derecho a la educación no es nada menos que el derecho a participar en el mundo moderno*.

En el campo de los derechos humanos se ha instituido como derecho en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estableciendo que su objeto es el desarrollo de la persona humana, en aras de garantizar la tolerancia y las relaciones de amistad entre las naciones. La Observación No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas amplió su contenido al afirmar que:

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores, marginados económica y socialmente, salir de

* Naciones Unidas, Foro Consultivo Internacional sobre Educación para Todos. Afirmación de Amman, 1996.

la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. (1999, parr. 1)

Más adelante se vincularía con la noción de desarrollo y medioambiente sustentable al exponer que la educación

(...) deberá ser reconocida como un proceso por medio del cual los seres humanos y las sociedades pueden alcanzar su entero potencial. La educación... promueve el derecho sustentable y mejora la capacidad de las personas para manejar temas como medio ambiente y desarrollo... (Agenda 21, capítulo 36 párrafo 3 Cumbre Mundial de la Tierra realizada en Río)**

Ya en el orden jurídico interno, la Corte Constitucional colombiana ha dicho respecto al derecho a la educación que

[i]ndudable que el derecho a la educación pertenece a la categoría de los derechos fundamentales, pues, su núcleo esencial, comporta un factor de desarrollo individual y social con cuyo ejercicio se materializa el desarrollo pleno del ser humano en todas sus potencialidades. Esta Corporación, también ha estimado que este derecho constituye un medio para que el individuo se integre efectiva y eficazmente a la sociedad; de allí su especial categoría que lo hace parte de los derechos esenciales de las personas en la medida en que

** Naciones Unidas, Cumbre Mundial de la Tierra, Programa 21 (Programa de Acción de las Naciones Unidas en Río), 1998, cap. 36, párr. 3; cap. 3, párr. 2, y cap. 24, párr. 3.

el conocimiento es inherente a la naturaleza humana. La educación está implícita como una de las esferas de la cultura y es el medio para obtener el conocimiento y lograr el desarrollo y perfeccionamiento del hombre. La educación, además, realiza el valor y principio material de la igualdad que se encuentra consignado en el Preámbulo y en los artículos 5, 13, 68 y 69 de la C.P. En este orden de ideas, en la medida en que la persona tenga igualdad de probabilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efecto de realizarse como persona". (Sentencia T-087 de 2010)

De lo anterior se infiere que la educación es un medio y un fin en sí misma. Es un medio para superar la pobreza y la desigualdad en tanto facilita el desarrollo de las capacidades y es un fin en tanto está dotada de un contenido jurídico que le otorga el reconocimiento de derecho humano.

Las relaciones de consumo

En una sociedad globalizada las relaciones sociales y las relaciones económicas de mercado están estrechamente ligadas a las relaciones de consumo. Todas las necesidades básicas se satisfacen a través del consumo de bienes y servicios ofertados en el mercado.

Ahora bien, las relaciones de consumo no se centran meramente en el acto de comprar, consumir o utilizar servicios, sino que compromete otro tipo de actos que permiten equilibrar las relaciones de poder que

existen entre el productor y el consumidor. Esos actos implican analizar, por ejemplo los procesos de elaboración y distribución de los productos, aprender a usar los bienes y servicios que se consumen, ser capaces de analizar críticamente las estrategias publicitarias de los productos o ejercitar los mecanismos de protección establecidos en el ordenamiento jurídico cuando un derecho ha sido vulnerado.

De acuerdo al Estatuto del Consumidor, en Colombia el derecho a la educación del consumidor tiene una doble connotación, por un lado es una relación derecho/obligación que impone cargas al Estado y a los productores en beneficio de los consumidores, y por el otro, es un servicio susceptible de consumo.

Educación del consumidor o educación para el consumo

Al hablar tanto de educación como de consumidor, estamos hablando de un fenómeno global de consumo (Castillejo *et al.*, 2013), que se presenta en el diario vivir de todas las sociedades del mundo. Es por lo que se hace necesario educar para alcanzar un consumo responsable por cada uno de los seres humanos, no solo en los adultos que son en gran parte los que poseen los recursos económicos, sino también los niños, niñas y adolescentes que juegan un papel importante en la conducta consumista de todos los países del mundo.

En cuanto a la educación para el consumo,

Castillejo *et al.* (2013) afirmaron que esta se logra, ante todo, con el ejemplo, con la vivencia directa en un ambiente de moderación y responsabilidad respecto a los bienes y servicios consumidos y los padres son los primeros modelos a imitar, los que determinan en mayor medida un futuro consumo responsable o irresponsable, dejando claro por otro lado, que la escuela, por sí sola, no podrá lograr una educación para el consumo eficaz si no establece una auténtica acción coordinada con las familias, porque de ellas proceden la socialización de los modos de conducta que hacen posible el consumo.

Trímboli (2004) afirma que la calidad de consumidores es algo que el ser humano jamás puede evitar, debido a las constantes relaciones de consumo que se manejan en el diario vivir de la sociedad actual, pero sí pueden optar por un comportamiento adecuado que permita vivir en colectividad sin afectar los derechos que las demás personas tienen, de empoderarse de los derechos y correlativos deberes para defender eventuales vulneraciones, eligiendo la forma de consumir responsablemente. Elección adecuada que se va a alcanzar en la medida que las personas se encuentren educadas.

Para concluir con la posición de estos autores, la educación para el consumo debe tener su génesis desde el seno mismo de la familia, apostándole tal forma a la enseñanza desde la infancia, permitiendo así poder garantizar a futuro, adultos responsables en la toma de decisiones, ajustadas a las necesidades, sien-

do racionales a la hora de adquirir y disfrutar de productos, bienes y servicios que ofrece el mercado. En otras palabras, la educación para el consumo introduce racionalidad y crea personas responsables.

A nivel mundial las organizaciones de consumidores promueven iniciativas para educar jóvenes y adultos. En el continente asiático, por ejemplo, incluyen temas como satisfacción de necesidades básicas, acción de corporaciones transnacionales, productos y medicamentos peligrosos, entre otros. En Europa se encuentra la Escuela Europea de Consumidores, en América Latina y el Caribe, los países pioneros en las iniciativas de educación al consumidor lo lideran: México, Brasil, Argentina y Jamaica.

MÉTODO

Tipo de estudio

Este estudio de corte sociojurídico pretendió determinar el significado y alcance de la Ley 1480 de 2011 en materia de educación del consumidor desde las condiciones situacionales que permiten la materialización del fin perseguido, por ello se trabajó desde el enfoque cualitativo que analiza los escenarios y las personas integralmente desde una lógica de interpretación y no como variables (Taylor & Bogdan, 1987). Para ello se aplicaron diversas herramientas de las Ciencias Sociales, pero para efectos de este escrito los resultados descritos serán los arrojados en las entrevistas grupales.

Participantes

Nuestra población universo fueron los y las funcionarias de entidades públicas y privadas que de acuerdo a la Ley 1480 de 2011 y otras normas del ordenamiento jurídico, tienen estipuladas las acciones de promoción y protección de los derechos de los consumidores en el municipio de Sincelejo.

Así pues, en cuanto a la institucionalidad pública se convocó a personal de la Alcaldía Municipal, de la Personería Municipal, la Defensoría del Pueblo y a los delegados de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En cuanto a organizaciones e instituciones privadas se invitó a los representantes de las ligas y asociaciones de consumidores en el municipio y al Consultorio Jurídico de CECAR por ser el único activo en el año 2015.

Del total de veinte personas convocadas solo asistieron once, con quienes se trabajó en tres sesiones.

Para la consecución de datos se acudió a la técnica de entrevista grupal que se caracteriza por la búsqueda de significado entre múltiples análisis. El grupo de personas convocadas a los grupos focales discutieron desde la experiencia personal lo concerniente a los derechos del consumidor y su rol en la materialización de ellos.

La fase de análisis se realizó mediante la codificación de la información y la interpretación de los hallazgos.

RESULTADOS

En cuanto al conocimiento de la norma específica y aquellas relacionadas con la prestación de un servicio público se encontró:

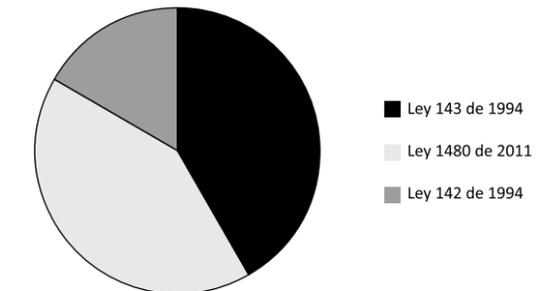


Figura 1.

Se observa que el 45,4 % de los funcionarios y líderes conoce la Ley 143 de 1994, el mismo porcentaje conoce la Ley 1480 de 2011 y el restante conoce la Ley de Servicios Públicos. Afirmaron conocer las leyes los representantes de la Superintendencia de Servicios Públicos, del Consultorio Jurídico de CECAR, de la Asociación Departamental de Usuarios de Servicios Públicos y los representantes de la Liga de Consumidores. En suma, solo cinco conocen las normas, el resto (54,6 %) desconoce todas las normas que protegen las relaciones de consumo.

De los cinco que identificaron la Ley 1480 de 2011, tres son representantes de la Liga de Usuarios de Consumidores, uno de la Asociación Departamental de Usuarios de Servicios Públicos y uno del Consultorio Jurídico de CECAR, y dos de ellos mismos (un representante de Consultorio Jurídico y otro de la Asociación Departamental de Usuarios de Servicios Públicos), identificaron además la Ley 142 de 1994.

Se encontró que dentro de los desconocedores de la norma se encontraban algunos representantes de la Asociación Departamental de Usuarios de Servicios Públicos, la Personería Departamental y la Asociación de Usuarios de Coomeva.

DISCUSIÓN

La Ley 1480 de 2011 expresa que la educación para el consumo y como consumidores es un principio general y un derecho de la ciudadanía; no obstante, no se asignaron responsabilidades claras y expresas a ningún organismo público o privado, lo que tiene repercusiones negativas y directas en el cumplimiento del objetivo principal del Estatuto del Consumidor.

En ocasiones suele confundirse el derecho a la información con el derecho a la educación del consumidor. Si bien estos dos derechos se complementan, difieren en cuanto a su contenido, su alcance y en los sujetos responsables de su cumplimiento. Mientras que el derecho a la educación constituye un proceso encaminado a formar sujetos de derechos capaces de ser ejercer y proponer en el marco de las relaciones de consumo; la información busca garantizar que el consumidor conozca las propiedades del producto que está comprando, o bien que está adquiriendo. Incluso la misma Ley lo reconoce como deber en cabeza del consumidor.

Algunos estudios sobre los derechos del consumidor que se han realizado en Colombia

han apuntado a resolver aspectos relativos a la eficacia de las normas que protegen los derechos de los consumidores desde la mirada del cumplimiento de los estándares internacionales o desde la óptica del Derecho Comparado y no desde el derecho a la educación del consumidor, que como se ha dicho anteriormente debe propender por garantizar la materialización de los contenidos normativos desde la condición del sujeto de derechos.

Esto adquiere relevancia cuando se observa que el 54,6 % de los funcionarios públicos y privados desconocen la normatividad relativa a las relaciones de consumo, lo que afecta gravemente la capacidad de estos para promover, divulgar y educar a la ciudadanía en el ejercicio de los derechos como consumidores. Esto explica las razones por las que no existen programas encaminados a educar a la ciudadanía en la cultura del consumo responsable y el ejercicio de sus derechos.

Se puede inferir además que estos funcionarios y representantes de organizaciones no se reconocen como usuarios o consumidores y de allí su desinterés en formarse para cumplir a cabalidad la misión encomendada por la sociedad. En el caso de los representantes y la ley, existe una relación directa entre el conocimiento de la norma y el autorreconocimiento en una relación de consumo, ya que lo primero conlleva a lo segundo. No es retórico el comentario, pues, cuando un funcionario o representante siente que compara una realidad con el resto de la sociedad,

está habilitado para decantar hasta lo sumo los contenidos normativos.

Adecuando lo dicho por Magendzo (2013), solo el sujeto de derecho está en capacidad de cuestionar el entorno y proponer transformaciones desde el lugar que ocupa en la sociedad. Con esto queremos decir que el proceso de educación para el consumo traspasa los contenidos normativos para adentrarse en la esfera de las subjetividades del funcionario o representante encargado de promover la educación para el consumo.

La inexistencia de programas reales de educación para el consumo, explica además el por qué líderes y funcionarios se convierten en operadores logísticos de la norma y no en verdaderos defensores y protectores de los derechos de los consumidores. Aplicando la analogía de que un ciego no puede guiar a otro ciego, nos encontramos ante un obstáculo, que si bien no es insuperable, requiere de ingentes esfuerzos para lograrlo. Ciertamente, compete al Estado establecer los modos y proveer los medios para garantizar la educación formal y no formal del derecho al consumo, pero desde una mirada del consumo responsable.

Como bien se dijo adelante, la educación se constituye en el medio idóneo para eliminar la discriminación y fomentar las relaciones de igualdad, máxime en relaciones en las que una de las partes, el proveedor en este caso, ostenta el poder económico frente a la necesidad de satisfacción de necesidades básicas, reales o imaginarias de los consumidores.

CONCLUSIÓN

La educación del consumidor es una necesidad que requiere acciones urgentes del Estado colombiano en aras de garantizar que en las relaciones de consumo no se abuse de la posición dominante del productor o proveedor. Para ello, debe establecerse claramente las responsabilidades a fin de otorgarle poder de exigibilidad.

Es importante que los funcionarios y representantes de las ligas de protección de usuarios conozcan todo el andamiaje jurídico que soporta los derechos del consumidor en todas sus categorías y diversidad de rutas jurídicas y administrativas.

Igualmente es imprescindible que surja el factor subjetivo, es decir, la empatía entre pares para que quienes han asumido voluntariamente o por mandato misional la tarea de proteger los derechos de los consumidores, puedan comprender más allá de la norma los matices que trae consigo el ejercicio de los derechos del consumidor; entre ellos, la necesidad imperiosa de educar a la sociedad sobre el consumo responsable y los derechos que ello conlleva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cámara de Representantes (09 de septiembre de 2010). *Congreso Visible.org*. Obtenido de *Gaceta del Congreso* No. 626, Proyecto de Ley 089 de 2010: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.indice?v_num=626&v_anog=2010

Castillejo, J. L., Colóm, A. J., Pérez-Geta, P. M^a A., Neira Rodríguez, T., Sarramona, J., Touriñán, J. M. & Vázquez, G. (2013). Educación para el consumo. *Educación, XX1*, 14(1), 35-58.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1999). Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21^o periodo de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10.

Constitución Política de Colombia [Const.] (Julio 7 de 1991). Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia T-087 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: Febrero 11 de 2010).

Decreto 3466 de 1982. Por medio del cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 02 de 1982.

Freire, P. (1971). *La educación como práctica de la libertad*. 3^a ed. Montevideo, Uruguay: Edit. Tierra Nueva.

Gaceta del Congreso No. 352 (01 de junio de 2011). *Informe de Ponencia para Primer debate al Proyecto de Ley 252 de 2011 Senado, 089 de 2010 Cámara*. Obtenido de Ley 1480 de 2011 Artículo 59. Facultades Administrativas: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=252&p_consec=29261

Henao, M. C. (2008). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. 1^a ed. Buenos Aires: Edit. Eudeba.

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. DO: 48220.

Magendzo, A. (2013). *La educación en derechos humanos: diseño problematizador*. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24460.pdf>

Naciones Unidas, Cumbre Mundial de la Tierra, Programa 21 (Programa de Acción de las Naciones Unidas en Río), 1998.

Naciones Unidas, Foro Consultivo Internacional sobre Educación para Todos. Afirmación de Amman, 1996.

Taylor, S. J. & Bogdan, R. (1987). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Edit. Paidós.

Trímboli, J. (2004). Educación del consumidor. Realidad y perspectivas. *Consumer's International*. Recuperado de: <http://consumidoresint.org>

El papel del consumidor frente a los RAEE y la obsolescencia programada*

The role of the consumer before the waste of electrical and electronic equipment and the programmed obsolescence

RESUMEN

Colombia ha llegado a situarse como el cuarto país de América Latina en producción de desechos electrónicos, dado que de acuerdo con información publicada por el Instituto para el Estudio Avanzado de la Sostenibilidad de la Universidad de las Naciones Unidas (2015), en 2014 fueron generadas en el país 252.000 toneladas de residuos electrónicos, es decir, el equivalente a 5,3 kilos por persona en el año, aproximadamente el 6,5 % de la producción para toda América Latina (3.904.000 t). En este contexto las discusiones en torno a la producción y gestión de este tipo de residuos en el país, no es cuestión menor. Así, tomando en consideración lo anterior, surge la necesidad de hacer frente a fenómenos como la obsolescencia programada que genera cada vez una mayor cantidad de residuos, pero teniendo en cuenta que ello da lugar a una serie de responsabilidades que recaen no solo en productores y proveedores exclusivamente, sino que también es un asunto que involucra a los consumidores, como un agente activo de la cadena de posconsumo, para garantizar una gestión adecuada de estos residuos que no ponga en riesgo el medioambiente y por consiguiente la vida de todos los seres que lo habitamos.

PALABRAS CLAVE

Consumo responsable, Responsabilidad extendida del productor, Consumidor, Obsolescencia programada.

ABSTRACT

Colombia has reached a position as the fourth Latin American country to produce electronic waste, given that, according to information published by the Institute for the Advanced Study of Sustainability United Nations University (2015), in 2014, 252,000 tons of electronic waste were generated in the country, that is the equivalent of 5.3 kilos per person in the year, approximately 6.5 % of the production for all Latin America (3,904,000 t). These data serve as a context to bear in mind that the discussions about the production and management of this type of waste in the country are not a minor issue. Thus, taking into account the above, there is a need to deal with phenomena such as the programmed obsolescence that generates every time a major quantity of residues, but bearing in mind that it gives place to a series of responsibilities that relapse not only into producers and suppliers exclusively, but it's also an issue that involves the consumers of these products, as an active agent of the post-consumer chain, to ensure proper management of this waste that does not put into risk the environment and the life of all the beings that inhabit it.

KEYWORDS

Responsible consumption, Widespread responsibility of the producer, Consumer, Planned obsolescence.

KATLEEN MARÚN UPARELA

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Semillerista del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad. Auxiliar de investigación del Programa Consuma Caribe y abogada de la Casa del Consumidor de Cartagena, proyecto de la Red Nacional de Protección al Consumidor. katleenmu@gmail.com

ANA ISABEL QUIROZ RUIZ

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, semillerista del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad y abogada de la Casa del Consumidor de Cartagena, proyecto de la Red Nacional de Protección al Consumidor. isagr@gmail.com

* Avances de la investigación llevada a cabo en Cartagena, Santa Marta y Sincelejo, durante la ejecución del Programa Consuma Caribe: Programa de fortalecimiento de las capacidades regionales y locales de los consumidores: promoción del marco jurídico de las competencias establecidas en el nuevo estatuto del consumidor (alcaldes, asociaciones de consumidores y consultorios jurídicos en Santa Marta, Cartagena y Sincelejo) periodo 2015-2016, financiado por Colciencias.

Recibido: Enero 11 de 2015 • Aceptado: Abril 20 de 2015

INTRODUCCIÓN

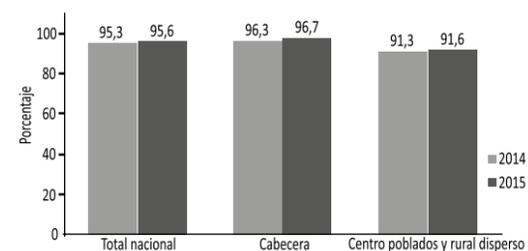
Los avances tecnológicos y las facilidades del mercado surgidas como consecuencia de la globalización, han hecho posible una sobre-dimensión del consumo, no solo como parte importante para la satisfacción de nuestras necesidades básicas sino también como motor mismo de creación de nuevas “necesidades”. Así encontramos que todo en nuestro alrededor hace parte de una cadena, producción, consumo y postconsumo; esto nos ha llevado a plantearnos serios interrogantes en torno al papel de los consumidores en este contexto, pues continuamente el consumidor ha sido visto como “la parte débil de la relación de consumo”, como un agente maleable, manipulable, e incapaz de tomar decisiones por sí mismo, influenciado fácilmente por la publicidad.

Con el tiempo esta visión lastimera del consumidor, si puede llegar a llamarse de tal manera, ha venido cambiando, pues si bien hoy dentro del derecho de consumo se parte del reconocimiento de una cierta asimetría entre este y los productores y proveedores, le son reconocidos muchos derechos pero a la vez le son asignados una serie de deberes, con esto se deja a un lado la idea de que el consumidor es un agente al que simplemente hay que proteger, para pasar al plano en el que toma una posición central en la cadena asumiendo responsabilidades y acciones como consecuencia de su acto de consumo.

Este es uno de los aspectos más importantes en las legislaciones sobre consumo y que

más se encuentra relacionado con el manejo y disposición de algunos residuos, pues tradicionalmente se ha creído que la responsabilidad de estos residuos es únicamente de los “ambiciosos” fabricantes que producen en masa y aceleradamente sin tener en cuenta los efectos de su producción, olvidándonos de la otra cara de la moneda: el agente que demanda y adquiere esos productos y luego los desecha.

De manera que en este contexto resulta interesante analizar el tema de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos como una de las categorías de productos más usadas actualmente por los consumidores y la vez de una de las más afectadas por el fenómeno de la obsolescencia programada. Lo anterior teniendo en cuenta que de acuerdo con el DANE (2015) el 95,6 % de los hogares en Colombia para el año 2015 contaba con al menos un teléfono celular, situación que incluso se mantiene con casi el mismo porcentaje en contextos rurales y urbanos de acuerdo con la siguiente gráfica.



Gráfica 1. Hogares con teléfono celular en Colombia

Fuente: DANE (2015). Encuesta Nacional de Calidad de Vida

Esto nos muestra cómo un teléfono celular, un aparato que podría pensarse suntuoso, se encuentra presente en la mayoría de los ho-

gares colombianos. Bajo esta lógica si ello es así para este tipo de aparatos, algo muy parecido puede esperarse para un computador, una nevera, un televisor y una lavadora, considerados casi que imprescindibles para la satisfacción de muchas necesidades. De esta manera, teniendo de presente que gracias a la obsolescencia programada estos productos tienen un ciclo de vida mucho más corto y que son tan necesarios, podría concluirse que una vez obsoletos el consumidor se encuentra en un callejón sin salida en el cual su única opción es adquirir uno nuevo, pero realmente no es así.

Afortunadamente han surgido a nivel global algunas iniciativas incluso desde los ordenamientos jurídicos para hacer frente a algunos tipos de obsolescencia; tal es el caso de la garantía legal, como un término mínimo durante el cual el productor es responsable por la durabilidad, como característica inherente a la calidad del producto. Así deberá responder en caso de que dentro de este término este no funcione. Para algunos países como los pertenecientes a la Unión Europea esta alternativa puede presentar realmente una protección, pues el término mínimo es de dos años; sin embargo, para países como Colombia el término es por un año, lapso que no representa mucha protección.

Es justamente teniendo en cuenta lo anterior, que frente a la obsolescencia programada se reconoce la necesidad de una mayor protección al consumidor, pero también se llama la atención de los consumidores para no caer en la trampa de algunos tipos de ob-

solescencia que nada tienen que ver con la funcionalidad del producto. De esta manera, frente a los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, como productos más afectados por la obsolescencia se requiere un especial compromiso por parte del consumidor como destinatario final del producto encargado de desecharlo.

Así es importante que los consumidores asuman sus deberes frente a las disposiciones que sobre reciclaje y manejo de estos residuos existan en el país, haciendo parte activa de la cadena de postconsumo no solo desde los programas de postconsumo creados por los fabricantes sino también generando alternativas propias en caso de que estos no lo hagan. Lo anterior porque finalmente es el consumidor quien tiene la disposición física de los desechos, y es de él de quien depende desechos en el lugar correcto siguiendo las medidas más adecuadas para evitar riesgos.

Con lo anterior no buscamos eliminar la responsabilidad que de hecho existe para fabricantes y productores, pero sí dirigir también la atención hacia el consumidor como un agente racional de cuyas decisiones luego de haber consumido un producto dependen múltiples aspectos. Así el objetivo del presente artículo es mostrar cuál es el papel del consumidor frente a los residuos que genera, en un mercado en el que se enfrenta continuamente a la obsolescencia programada como práctica por excelencia usada por los fabricantes en productos eléctricos y electrónicos.

METODOLOGÍA

El presente artículo se deriva de los avances de una de las investigaciones llevadas a cabo en el marco del Programa Consuma Caribe, dentro de la cual se ha planteado una investigación jurídica, con un enfoque cualitativo y de carácter descriptivo, con el objetivo de responder a la siguiente pregunta problema: ¿existen en el ordenamiento jurídico colombiano normas que establezcan para los consumidores deberes concretos en torno al manejo de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, desde la perspectiva del consumo responsable?

Para responder a esta pregunta problema es necesario desarrollar un análisis documental de fuentes secundarias en torno a los instrumentos normativos vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano que hayan establecido deberes especiales y concretos en cabeza de los consumidores en relación con el manejo de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, como actor del cual depende finalmente la exitosa gestión de estos desechos.

Precisando algunos conceptos

Para el desarrollo del presente artículo y con el ánimo de dar una mayor calidad al lector resulta importante precisar lo que entendemos por algunos conceptos en torno a los cuales girarán la mayoría de las reflexiones que seguidamente serán expuestas. En ese sentido conceptos como el de obsolescencia programada, residuos de aparatos eléctricos

y electrónicos, responsabilidad extendida del productor y consumo responsable son desarrollados brevemente como el marco conceptual básico de la presente investigación.

Obsolescencia programada: enemigo del consumidor

Para entrar a definir lo que entendemos por obsolescencia programada es necesario remitirnos a Packard (1960), quien es uno de los primeros autores en introducir este concepto al señalar que esta “es usada como estrategia para influenciar tanto la forma del producto como la actitud mental del consumidor” (traducción de las autoras). De esta manera lo inicialmente señalado por Packard (1960) nos da una idea de que la obsolescencia programada surge como fenómeno gracias a la necesidad de algunos productores de aumentar sus utilidades influenciando las decisiones de compra de los consumidores a través de la constitución misma de los productos.

Esto nos lleva a un concepto más recientemente planteado por Keeble en el que la identifica como “la práctica de limitar la vida de un producto, subsecuentemente manipulando el comportamiento de compra de los consumidores, para beneficiar a los fabricantes. Esencialmente significa que el producto ha sido hecho con los materiales más pobres o más débiles para que dure un determinado periodo de tiempo” (Keeble, 2013, p.6) (traducción de las autoras).

Para los efectos del presente artículo y si-

guiendo los conceptos anteriormente expuestos, entenderemos por obsolescencia programada aquella práctica del productor consistente en la modificación deliberada en la constitución, forma y componentes de un determinado producto, haciendo que este pierda utilidad, funcionalidad o estética frente al consumidor con el objetivo de motivarlo (más prontamente) a la adquisición de uno nuevo como garantía del permanente movimiento de la cadena de consumo y producción.

Dentro del concepto de obsolescencia programada y siguiendo a Keeble (2013) se pueden identificar varios tipos atendiendo a la forma de su materialización. Así tenemos que existe una obsolescencia funcional (*Functional obsolescence*), una obsolescencia tecnológica (*Technological obsolescence*), obsolescencia de estilo (*Style obsolescence*) y obsolescencia retrasada (*Postponement obsolescence*).

Obsolescencia funcional o *Functional obsolescence*

Dentro de este tipo de obsolescencia encaja lo que Maycroft describe como el “diseño de ciertos componentes de manera que su punto de falla puede ser calculado y predicho para que ocurra prematuramente en relación con el producto como un todo” (2009, 16). Así desde el momento en que el producto es fabricado ha sido hecho para fallar en un momento concreto, deliberadamente designado por el fabricante, el cual no necesariamente corresponde con la idea de durabilidad que tiene en mente el consumidor.

En este caso encontramos, por ejemplo, cartuchos de impresoras programados para fallar a las cien páginas impresas. Realmente no hay nada malo con el producto, de hecho muy posiblemente aún contenga tinta para seguir imprimiendo otras cincuenta o setenta páginas más, pero el fabricante ha decidido desde la cadena productiva que ese es el momento en el que el consumidor debe adquirir un nuevo producto.

Esto implica que llegado el “punto de falla” el producto empezará a presentar problemas que le indicarán al consumidor que debe reemplazarlo por uno nuevo cuanto antes, ya que como lo señala adicionalmente Aladeojebi (2013), el fabricante se encarga de producir artículos “que son difíciles de reparar y por su alto precio de reparación desalientan a los consumidores y ellos más bien sustituyen su producto por uno nuevo” (2013, p.1504).

Obsolescencia tecnológica o *Technological obsolescence*

Esta forma de materializar la obsolescencia está muy relacionada con el constante avance tecnológico al que nos enfrentamos, en el que cada vez son más frecuentes las “nuevas funciones” que la tecnología nos permite llevar a cabo con nuestros aparatos electrónicos. Sin embargo debido a la rapidez con la que son lanzados al mercado productos con tecnología de punta, el consumidor tiende a considerar en un tiempo mucho más corto que el producto que posee se encuentra obsoleto.

Lo anterior gracias a que según Keeble (2013) “una vez que la compañía lanza un producto al mercado, ya se encuentra en la etapa final de diseño y producción del producto que tomará su lugar”. Señala incluso que uno de los ejemplos más comunes ocurre con los teléfonos celulares, puesto que una vez es lanzado al mercado un nuevo teléfono, “los contratos de telefonía hacen posible que los consumidores puedan adquirir casi que inmediatamente este nuevo producto, a través de diferentes formas de financiación” (2013, p.14).

Bajo esta lógica Illich (2007) afirma que:

si las cosas nuevas son hechas porque son mejor[es], entonces la mayoría de las cosas que la gente usa no son tan buenas. Los nuevos modelos constantemente renuevan la pobreza. El consumidor siente el retraso de lo que tiene y lo que debería conseguir... El “mejor” reemplaza el “bueno” como concepto normativo fundamental. (2007, p.88)

Frente a este tipo de obsolescencia nos encontramos cuando un determinado producto funciona bien, pero resulta obsoleto para el consumidor porque existe en el mercado uno con “mejores” especificaciones tecnológicas, razón por la cual el consumidor en un corto período de tiempo se ve “motivado” a adquirir este nuevo producto que con seguridad en algunos meses será obsoleto con respecto del próximo en fabricación.

Esto puede perfectamente equipararse a lo

que Leonard y Conrad (2010), señalan como “obsolescencia percibida”, ya que según las autoras este tipo de obsolescencia “nos convence de botar nuestras cosas a pesar de que son perfectamente útiles”, solo porque existe en el mercado un nuevo modelo que luce de una manera un poco distinta y hace una que otra cosa “un poco mejor” que el modelo anterior (2010, p.11).

Obsolescencia de estilo o Style obsolescence

Esta forma de obsolescencia puede que sea la que más influencia de manera directa la mente del consumidor, al manipular la manera como este percibe el producto. Lo anterior teniendo en cuenta que como lo afirma Keeble (2013), la obsolescencia de estilo ocurre cuando un producto se convierte en menos de moda y poco deseado debido a las tendencias que están apuntando en diferente dirección. El producto es casi igual de funcional y puede funcionar en el mismo sentido, solo que ya no es “tan” estético (2013, p.15).

Frente a esta obsolescencia tenemos a un consumidor que se ve influenciado por los cambios estéticos con respecto a un nuevo producto, por lo tanto considera obsoleto su producto actual y decide adquirir uno nuevo. Se observa entonces que esta decisión de consumo estuvo motivada por asuntos muy alejados de la funcionalidad misma del producto, dirigiendo la atención a aspectos relacionados con el estilo y forma que lo hacen

más a tono con las tendencias del mercado y más “agradable” a la vista del consumidor.

Obsolescencia retrasada o Postponement obsolescence

Con esta práctica concreta el productor básicamente prolonga deliberadamente el tiempo durante el cual un determinado producto es obsoleto en términos tecnológicos, dado que según Keeble “una compañía tiene la tecnología para adicionarla a sus productos pero escoge hacerlo solo a sus productos más emblemáticos” (2013, p.16) (traducción de las autoras). Este tipo de obsolescencia nos lleva a encontrar en el mercado productos más costosos y mejor equipados tecnológicamente, y por otro lado otros con menor tecnología a un precio mucho menor.

Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos

De acuerdo con la directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (en adelante RAEE) son “todos los aparatos eléctricos y electrónicos que pasan a ser residuos de acuerdo con la definición que consta en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE*”; este término comprende todos aquellos componentes, subconjuntos y consumibles que forman parte del producto en el momento en que se desecha”.

* Directiva 75/442/CEE artículo 1 literal a) «residuo»: cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse.

En ese sentido siguiendo al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (2009) el término “residuos de aparatos eléctricos y electrónicos” hace referencia a “aparatos dañados, descartados u obsoletos que consumen electricidad. Incluye una amplia gama de aparatos como computadores, equipos electrónicos de consumo, celulares y electrodomésticos que ya no son utilizados o deseados por sus usuarios” (2009, p.8).

Así la Directiva 2002/96/EC de la Unión Europea ha clasificado en sus Anexos IA y IB en los RAEE diez categorías principales, señalando a manera enunciativa qué aparatos concretamente entrarían a hacer parte de cada categoría.

Otra clasificación usada comercialmente para los RAEE de acuerdo con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia (2009) los divide en tres “líneas” identificadas por colores de la siguiente forma:

Línea blanca: Comprende todo tipo de electrodomésticos grandes y pequeños, como por ejemplo neveras, lavadoras, lavavajillas, hornos y cocinas.

Línea marrón: Comprende todos los electrónicos de consumo como televisores, equipos de sonido y de video.

Línea gris: Comprende los equipos informáticos (computadores, teclados, ratones, etc.) y de telecomunicaciones (teléfonos móviles, terminales de mano o portátiles, etc.) (2009, p.10).

Tabla 1. Categorías de clasificación de los RAEE

Categorías	Ejemplos de estos aparatos
Grandes electrodomésticos	Frigoríficos, Congeladores, Lavadoras, Secadoras, Lavavajillas, Cocinas, Estufas eléctricas, Hornos de microondas, Ventiladores eléctricos, Aparatos de aire acondicionado.
Pequeños electrodomésticos	Aspiradoras, Aparatos para coser, Planchas, Tostadoras, Freidoras, Cafeteras, Cuchillos eléctricos, Aparatos para cortar el pelo, para secar el pelo, para cepillarse los dientes, Máquinas de afeitarse, aparatos de masaje, Relojes, aparatos destinados a medir, indicar o registrar el tiempo, Balanzas.
Equipos de informática y telecomunicaciones	Grandes ordenadores, Miniordenadores, Ordenadores personales, Ordenadores portátiles, Impresoras, Copiadoras, Máquinas de escribir eléctricas y electrónicas, Calculadoras, Terminales de fax, Teléfonos, Teléfonos inalámbricos, Teléfonos celulares, Contestadores automáticos.
Aparatos electrónicos de consumo	Radios, Televisores, Videocámaras, Vídeos, Cadenas de alta fidelidad, Amplificadores de sonido Instrumentos musicales.
Aparatos de alumbrado	Luminarias para lámparas fluorescentes, Lámparas fluorescentes, Lámparas de descarga de alta intensidad, las lámparas de haluros metálicos, Lámparas de sodio de baja presión.
Herramientas eléctricas y electrónicas (no industriales fijas de gran envergadura)	Taladradoras, Sierras, Máquinas de coser, Herramientas para torear, molturar, enarenar, pulir, aserrar, cortar, cizallar, taladrar, perforar, punzar, plegar, encurvar o trabajar la madera, el metal, Herramientas para remachar, clavar o atornillar, Herramientas para soldar, Herramientas para rociar, esparcir, propagar o aplicar otros tratamientos con sustancias líquidas o gaseosas, Herramientas para cortar césped.
Juguetes o equipos deportivos y de tiempo libre	Trenes eléctricos o coches de carreras en pista eléctrica, Consolas portátiles, Videojuegos, Ordenadores para realizar ciclismo, submarinismo, correr, hacer remo, Material deportivo con componentes eléctricos o electrónicos.
Aparatos médicos (no implantados e infectados)	Aparatos de radioterapia, Cardiología, Diálisis, Ventiladores pulmonares, Medicina nuclear, Aparatos de laboratorio para diagnóstico <i>in vitro</i> , Analizadores, Congeladores, Pruebas de fertilización.
Instrumentos de vigilancia y control	Detector de humos, Reguladores de calefacción, Termostatos, Aparatos de medición, pesaje o reglaje para el hogar o como material de laboratorio.
Máquinas expendedoras	Máquinas expendedoras de bebidas calientes, botellas o latas, frías o calientes, productos sólidos, de dinero.

Fuente: Elaboración de las autoras con base en la Directiva 2002/96/EC de la Unión Europea sobre RAEE

Lo que más caracteriza y enciende las alarmas alrededor de estos residuos es principalmente su composición, ya que la gran mayoría de ellos se encuentran compuestos por sustancias químicas y cierto tipo de minerales que pueden impactar gravemente los ecosistemas y la vida en ellos, si no son tratados de manera adecuada. En esta línea Castillo y Vaca (2013) señalan que:

la gestión inadecuada de los residuos electrónicos, como la incineración sin control, el depósito de rellenos sanitarios junto con residuos urbanos, hace que estos puedan

llegar al suelo, aire o aguas subterráneas. Por esto es que estos materiales deben ser extraídos de los aparatos eléctricos y electrónicos una vez sean desechados y así mismo deben ser tratados de manera diferente que los demás desechos. (Castillo & Vaca, 2013, p.27)

Lo anterior pone en evidencia la importancia de diseñar medidas y llevar a cabo estrategias para que todos los actores involucrados en la cadena de producción, consumo y post-consumo cumplan un rol activo en el manejo y la gestión de este tipo de residuos.

El productor más allá del ciclo de vida: Responsabilidad Extendida del Productor (REP)

Lindhqvist, uno de los primeros en tratar sobre este tema, ha definido la Responsabilidad Extendida del Productor (en adelante REP) como “un principio político para promover mejoras ambientales para ciclos de vida completos de los sistemas de los productos al extender las responsabilidades de los fabricantes del producto a varias fases del ciclo total de su vida útil, y especialmente a su recuperación, reciclaje y disposición final” (2000, p.154).

Por su parte la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la define como un “enfoque de política pública ambiental en el cual la responsabilidad del productor por un producto es extendida hasta la etapa de postconsumo del ciclo de vida del producto” (OCDE, 2001, p.9) (traducción de las autoras).

De esta manera la REP se constituye como una estrategia para responsabilizar a los fabricantes de la disposición final de los desechos generados por sus productos luego de que ha terminado su ciclo de vida; ello cobra gran importancia en este contexto en el que luego de haber visto la obsolescencia programada sabemos que este ciclo es cada vez más corto, por lo tanto aumenta exponencialmente la cantidad de estos desechos en un periodo de tiempo reducido.

Esta responsabilidad implica para los productores llevar a cabo una serie de medidas para

la efectiva recolección, depósito, reciclaje y gestión integral de los residuos. Es por ello que ha sido incluida en algunas legislaciones como la colombiana, encargándose de regular algunos aspectos inherentes a su materialización.

Consuma responsablemente

Tomamos como referencia el concepto de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México por considerar que incluye varios de los elementos implicados en esta forma de consumo. Así “el consumo sustentable surge cuando somos conscientes de los impactos que nuestras decisiones de consumo tienen sobre el medioambiente. Es, entonces, una cuestión ética basada en la responsabilidad. Aunado a lo anterior, si se concibe el consumo sustentable integralmente, incluyendo los factores sociales, estaremos hablando de consumo responsable” (SEMARNAT, 2012, p.13).

En este mismo sentido, para Hailes (2007) y Akehurst, Alfonso y Gonçalves (2012) citados por Dueñas, Perdomo-Ortiz y Villa (2014), el consumo responsable es “aquel que ve en sus actos de consumo la oportunidad de preservar el medio ambiente y la calidad de vida en sociedad bajo un contexto particular y local. El CSR sabe que al rechazar productos dañinos está contribuyendo a la preservación del medioambiente y a la sostenibilidad”.

Consumir responsablemente es una conducta que se espera de todos los consumidores, pero que en la práctica no es asumida

por muchos de ellos pues implica grandes retos, principalmente en relación con la reformulación de lo que algunos consideramos como necesidades por satisfacer, dado que en muchas ocasiones adquirimos productos que realmente no necesitamos. Otro de los esfuerzos que un consumidor responsable debe hacer es informarse constante y oportunamente acerca de la calidad, durabilidad y el impacto ambiental de los productos que adquiere, consideramos que es un gran esfuerzo en un contexto en el que difícilmente el promedio de los consumidores se ocupa en leer la fecha de vencimiento o caducidad de los productos que va a consumir, con mucha dificultad ahondará seriamente en los impactos ambientales de lo que compra.

Es por lo anterior que consideramos que más que asumir el consumo responsable como un deber, es importante tenerlo de presente como un estilo de vida, como parte importante en todas las relaciones de consumo, para no perder de vista que nuestras acciones y decisiones de consumo impactan directamente en nuestro entorno.

Regulación sobre RAEE en el ordenamiento jurídico colombiano

Habiendo hecho un barrido de fuentes documentales secundarias y normatividad vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, fueron encontrados al respecto de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos una serie de instrumentos normativos que de alguna u otra forma se encargaron de regular en diferente medida aspectos del

manejo y gestión de estos residuos; algunos tocando solo alguna categoría de residuos en particular y generando responsabilidades en diversos grados para los agentes de la cadena de producción, consumo y postconsumo.

Teniendo en cuenta lo anterior, presentamos de manera breve en el siguiente cuadro un mapeo general de la normatividad identificada para desarrollar posteriormente aspectos concretos del instrumento normativo más reciente en la legislación colombiana, la Ley 1672 de 2013, que establece una política pública de gestión integral de RAEE, y analizar cuál ha sido el papel asignado a los consumidores dentro del esquema propuesto por esta Norma.

Concretamente al respecto de la responsabilidad del consumidor frente a los RAEE la Ley 1672 de 2013 estableció en su artículo 6 las siguientes obligaciones:

- Los usuarios de aparatos eléctricos y electrónicos deberán entregar los residuos de estos productos, en los sitios que para tal fin dispongan los productores o terceros que actúen en su nombre;
- Asumir su corresponsabilidad social con una gestión integral de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE), a través de la devolución de estos residuos de manera voluntaria y responsable de acuerdo con las disposiciones que se establezcan para tal efecto;
- Reconocer y respetar el derecho de todos los ciudadanos a un ambiente saludable;

d) Las demás que fije el Gobierno Nacional.

dores como agente final del cual depende la disposición de los residuos.

RAEE: ¿responsabilidad en cabeza de quién?

De acuerdo con lo expuesto anteriormente al respecto de lo establecido en la Ley 1672 de 2013, es claro que en el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad sobre el manejo de los RAEE no recae únicamente en el Estado ni en los productores, pues así como asigna obligaciones para los primeros, genera también algunas para los consumi-

De esta manera una política de gestión integral de RAEE no tendría ningún éxito si se estructuran programas de postconsumo sin que el consumidor haga parte activamente de ellos, pues es este quien genera el desecho y debe ponerlo a disposición del productor como responsable de su gestión integral.

Así las cosas, como lo señalan Marún y Me-

Tabla 2. Normatividad sobre RAEE en Colombia

Instrumento normativo	Aspectos regulados	Aspectos relevantes para la investigación	Fecha de publicación
Decreto Ley 2811 de 1974	Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.	*Regula residuos, basuras, desechos y desperdicios. *Identifica como factor contaminante del medioambiente la acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios. *Establece principios que deben observarse en el tratamiento de residuos, basuras, desechos y desperdicios.	18/12/1974, <i>Diario Oficial</i> No. 34243
Decreto 4171 de 2005	Por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y el manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral.	*Se incorporan los conceptos de manejo y gestión integral de los residuos. *Se tiene en cuenta la necesidad de elaborar un Plan de gestión de devolución de productos posconsumo. *Establece obligaciones en cabeza de los consumidores o usuarios finales de productos o sustancias químicas con propiedad peligrosa.	30/12/2005, <i>Diario Oficial</i> 46137 de diciembre 30 de 2005
Resolución 1511 de 2010	Por la cual se establecen los Sistemas de Recolección Selectiva y Gestión Ambiental de Residuos de Bombillas y se adoptan otras disposiciones.	*Creación de puntos de recolección destinados a ofrecer a los consumidores la posibilidad de devolver los residuos de bombillas. *Obligación en cabeza de los productores de Formular Sistemas de Recolección Selectiva y Gestión Ambiental de Residuos de Bombillas. *Establece obligaciones para productores, proveedores o expendedores y consumidores.	05/08/2010, <i>Diario Oficial</i> 47797 de agosto 10 de 2010
Resolución 1512 de 2010	Por la cual se establecen los Sistemas de Recolección Selectiva y Gestión Ambiental de Residuos de Computadores y/o Periféricos y se adoptan otras disposiciones.	*Creación por parte de los productores de un Sistema de Recolección Selectiva y Gestión Ambiental de residuos de Computadores y/o Periféricos. *Creación de centros de acopio de residuos de Computadores y/o Periféricos. *Establece obligaciones para productores, proveedores o expendedores y consumidores.	05/08/2010, <i>Diario Oficial</i> 47797 de agosto 10 de 2010
Ley 1672 de 2013	Por la cual se establecen los lineamientos para la adopción de una política pública de gestión integral de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), y se dictan otras disposiciones.	*Se incluyen los conceptos de responsabilidad extendida del productor, producción y consumo sostenible, gestión integral, RAEE. *Se establecen obligaciones para el Gobierno Nacional, los productores, los comercializadores, los usuarios y los gestores que realicen el manejo y la gestión integral de RAEE. *Se establece el deber del Estado de elaborar la Política Nacional de RAEE que tenga como uno de sus objetivos minimizar la producción de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE).	19/07/2013

Fuente: Marún y Medina (2016)

dina (2016), “se observa que tanto productores o fabricantes como consumidores juegan papeles importantes en la producción de los RAEE, los primeros en tanto que al reducir la vida útil de los productos obligan al consumidor a desecharlos con una mayor rapidez, y los segundos porque en ocasiones caen en la trampa de obsolescencias como la de estilo ... y como consecuencia de ello, reemplazan el producto por uno nuevo sin este haber perdido su funcionalidad” (2016, p.5).

Es por lo anterior que consideramos que existe una responsabilidad compartida en cuanto a la producción y gestión integral de RAEE, que involucra no solo a los productores y al Estado, sino también a los consumidores, y no como una parte marginal de la cadena, sino como un actor con igual importancia que los demás.

Consumidor activo: alternativas de acción desde la sociedad civil

El pilar de la economía mundial se basa en las compras; gracias a ello se tienen que producir cada día más y más bienes de consumo a un ritmo acelerado con la bandera de la obsolescencia programada y obsolescencia percibida como motores de ese sistema, de ahí que una de las principales fuentes de generación de basura sea el consumo.

Frente a esta situación se ha hecho necesaria la implementación de políticas gubernamentales que busquen darle a los bienes un tratamiento final que implique la participación activa de todos los actores, de tal manera que

solucione el impacto negativo al ambiente la generación masiva de residuos, por lo cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible ha venido impulsando y reglamentando los Programas de postconsumo, como:

el instrumento de gestión que contiene el conjunto de reglas, acciones, procedimientos y medios dispuestos para facilitar la devolución y acopio de productos postconsumo que al desecharse se convierten en residuos o desechos peligrosos, con el fin de que sean enviados a instalaciones en las que se sujetarán a procesos que permitirán su aprovechamiento y/o valorización, tratamiento y/o disposición final controlada. (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, 2016, p.14)

Es de esta manera como los programas de postconsumo se convierten en una de las alternativas más eficaz para la gestión integral de los RAEE y en la cual los consumidores pueden y deben participar muy activamente, constituyéndose esta estrategia como la forma por excelencia en la que los consumidores asumen el rol que les corresponde dentro de la cadena de producción, consumo y postconsumo. En razón de lo anterior, Colombia cuenta con nueve programas de postconsumo, los cuales han sido clasificados en tres grupos a saber: Planes de gestión de postconsumo, Sistema de Recolección selectiva y Programas voluntarios.

Como ejemplo de estos programas tenemos el de recolección de residuos de aparatos de telefonía móvil que “surgió en el año 2007

como un acuerdo entre los operadores y fabricantes de telefonía móvil, la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones (CCIT), la Asociación de la Industria Celular de Colombia (ASOCEL) y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. La campaña se tituló “Recicla tu móvil o celular y comunícate con la Tierra” (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, 2016).

En esta misma línea y en razón del Decreto 1512 de 2010, la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia puso en funcionamiento EcoCómputo, dicho programa se “encarga de recolectar residuos de computadores y/o periféricos como monitores, teclados, impresoras o escáneres, que requieren un manejo diferenciado. Y se destinan a empresas con licencia ambiental para manejo de RAEE para darles un manejo ambientalmente responsable” (EcoCómputo, 2016).

Otra iniciativa, pero impulsada por el Gobierno es Computadores para educar “la cual creó en 2007 el Centro Nacional de Aprovechamiento de Residuos Electrónicos (Cenare) que aprovecha y gestiona adecuadamente los residuos electrónicos generados en el proceso de reacondicionamiento y retoma de equipos de sedes beneficiadas, con el fin de prevenir los efectos negativos que estos generan en el ambiente” (Computadores para educar, 2016).

Como hemos podido constatar en todos estos programas no solo se asignan responsabilidades a los fabricantes y comercializadores sino también a consumidores puesto que

es necesario el papel activo de la sociedad civil para garantizar el éxito de estas medidas. Es por ello que la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor señaló como uno de los deberes de los consumidores “cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos”, y en consonancia con esto la Ley 1672 de 2013 vino a establecer obligaciones en cabeza de los consumidores, las cuales fueron anteriormente expuestas.

De esta manera se observa la importancia del consumidor en el tratamiento final de los bienes de consumo eléctricos y electrónicos no solo por las obligaciones que le ha asignado la ley sino a la recolección misma, puesto que depende de la ciudadanía que los puntos de acopio dispuestos por los productores por mandato legal cumplan la función para la cual la ley los estipuló.

Sin embargo se observa que en la práctica estos programas no han contado con una divulgación masiva lo que ha afectado de manera negativa en la concienciación de los consumidores y la difusión del conocimiento y aplicación de dichas normas; es por ello que se requiere un mayor compromiso del Gobierno, productores, comerciantes y asociaciones de consumidores para dar a conocer la importancia de los planes de postconsumo vigentes, de tal manera que se informe a la comunidad de consumidores para que pueda cumplir con lo estipulado en la normatividad, a pesar que la misma sea solo voluntaria a los consumidores y no tenga consecuencias jurídicas sancionatorias por el

hecho de no acatar dichos mandatos.

CONCLUSIONES

De la presente investigación se constata que efectivamente existe en el ordenamiento jurídico colombiano normatividad que establece un papel importante para el consumidor dentro del manejo de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Pues precisamente con normas como el Estatuto del Consumidor y la Ley 1672 de 2013 se asignan deberes concretos a los consumidores, especialmente con esta última en el tema de RAEE.

En ese sentido cobra especial importancia el Principio de consumo responsable, pues se convierte en el pilar para que los consumidores puedan cumplir con sus obligaciones frente a los residuos y disminuir la producción de los mismos, sobre todo en contextos en los que la obsolescencia programada toma mayor fuerza.

Teniendo en cuenta lo anterior es posible afirmar que existe una corresponsabilidad entre productores y consumidores en la gestión integral de estos residuos, y en consecuencia salta a la vista la necesidad de que cada uno de los actores involucrados en la cadena asuma muy activamente su rol, para lo cual en el caso de los consumidores resulta igualmente necesario que sean diseñadas campañas o algunas estrategias comunicativas que permitan a la comunidad conocer de la existencia de los planes y programas de postconsumo más cercanos, pues muchas

veces los consumidores no participan de estos por desconocer su existencia y localización en las ciudades.

REFERENCIAS

Akehurst, G., Alfonso, C. & Martins Gonçalves, H. (2012). Re-examining green purchase behaviour and the green consumer profile: New evidences. *Management Decision*, 50(5), 972-988.

Aladeojebi, T. (2013). Planned Obsolescence. *International Journal of Scientific & Engineering Research*, 4(6), June-2013 1504 ISSN 2229-5518.

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, (2016). Autoridad Nacional de Licencias ambientales. On line 10 de diciembre de 2016. Recuperado: <http://www.anla.gov.co/Posconsumo>

Castillo, L. y Vaca, C. (2013). Gestión ambiental de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos en la Universidad ICESI. Universidad ICESI Facultad de Ingeniería, Departamento de Ingeniería Industrial. Medio Ambiente. Recuperado: <https://goo.gl/kvDc5f>

Computadores para educar (2016). *Computadores para educar*. On line 11 de diciembre de 2016. Recuperado: <https://goo.gl/irJoQ7>

Congreso de Colombia (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48220.

Congreso de Colombia (19 de julio de 2013). Por la cual se establecen los lineamientos para la adopción de una política pública de gestión integral de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), y se dictan otras disposiciones. [Ley 1672 de 2013]. DO: 48856.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE (2015). Encuesta Nacional de Calidad de Vida.

Dueñas, S., Perdomo-Ortiz, J. & Villa, L. (2014). El concepto de consumo socialmente responsable y su medición. Una revisión de la literatura. *Revista Estudios Gerenciales*, 30, 287-300. On-line el 16 de abril de 2014. Recuperado: [file:///C:/Users/Equipo09/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeConsumoSocialmenteResponsableYSuMedici-5036475%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Equipo09/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeConsumoSocialmenteResponsableYSuMedici-5036475%20(2).pdf)

EcoCómputo (2016). EcoCómputo. On line 11 de diciembre de 2016. Recuperado de: <http://ecocomputo.com/#que-recolectamos>

Hailles, J. (2007). *The New Green Consumer Guide*. UK: Simon y Schuster Ltd.

Illich, I. (2007). *Tools for Conviviality*. Recuperado de: http://clevercycles.com/tools_for_conviviality/

Keeble, D. (2013). The Culture of Planned Obsolescence in Technology Companies. Bachelor's Thesis; *Business Information Technology*. Oulu University of Applied Sciences. Recuperado 20 de marzo 2016, de:

http://publications.theseus.fi/bitstream/handle/10024/55526/Keeble_Daniel.pdf?sequence=1

Leonard, A. & Conrad, A. (2010). *The story of stuff: How our obsession with stuff is trashing the planet, our communities, and our health-and a vision for change*. New York.

Lindhqvist, T. (2000). *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principles to Promote Environmental Improvements of Product Systems*. IEEE Lund University.

Marún, K. & Medina, R. (Septiembre de 2016). *Obsolescencia programada y desechos electrónicos: una responsabilidad de doble vía*. III Simposio Nacional y V Simposio Ambiental Regional: "Consumo y producción sostenible, hacia una cultura responsable de transformación". Cartagena, Colombia.

Maycroft, N. (2009). Consumption, planned obsolescence and waste, University of Lincoln, Lincoln, p.16. *Working Paper*. (Unpublished).

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2009). *Lineamientos técnicos para el manejo de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos*. Recuperado: <https://goo.gl/3Nj562>

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (5 de agosto de 2010). Por la cual se establecen los Sistemas de Recolección Selectiva y Gestión Ambiental de Re-

siduos de Bombillas y se adoptan otras disposiciones. [Resolución 1511 de 2010]. DO: 47797.

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (5 de agosto de 2010). Por la cual se establecen los Sistemas de Recolección Selectiva y Gestión Ambiental de Residuos de Computadores y/o Periféricos y se adoptan otras disposiciones. [Resolución 1512 de 2010]. DO: 47797.

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2016). *Programas voluntarios de Recolección Postconsumo*. On line 10 de diciembre de 2016. Recuperado: <https://goo.gl/1loVsw>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2001). *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*. Recuperado: <https://goo.gl/xltAUY>

Packard, V. (1960). *The Waste Makers*. New York, NY: David McKay.

Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea (2002). *Directiva 2002/96/CE, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE)*. Recuperado: <https://goo.gl/AqALmf>

Presidencia de la República de Colombia (18 de diciembre de 1974). Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. [Decreto Ley 2811 de 1974]. DO: 34243.

Presidencia de la República de Colombia (30 de diciembre de 2005). Por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y el manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral. [Decreto 4171 de 2005]. DO: 46137.

Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, SEMARNAT, México (2012). *Consumo sustentable: un enfoque integral*. Recuperado: <https://goo.gl/p3XcSA>

Universidad de las Naciones Unidas (2015). *E-Waste en América Latina 2015, Análisis estadístico y recomendaciones de política pública*. Recuperado: <https://goo.gl/eXwMAz>

La publicidad engañosa, una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, de acuerdo al marco jurídico colombiano

Misleading advertising, a modality of fraud in consumer relations, according to the colombian legal framework

RESUMEN

El modelo que orienta la nueva legislación sobre los consumidores en Colombia parte de la vulneración de los derechos que se tienen para con estos, en especial lo referente a la publicidad engañosa que cada día va incrementando debido a la necesidad que se tiene de adquirir un producto, bien o servicio, ofrecido por un determinado grupo de personas llamadas proveedores o productores. El presente trabajo destaca de manera sucinta cómo la publicidad engañosa pasa a ser considerada estafa en las relaciones de consumo, utilizando para ello los criterios normativos colombianos.

No obstante los resultados obtenidos con relación a las diferentes lecturas realizadas a lo largo de esta investigación, podemos concluir que la publicidad engañosa sí puede conllevar al delito de estafa, en algunos aspectos que en el desarrollo de este trabajo se detallan. Frente a estos resultados, se hace necesario preguntarnos ¿Qué políticas de prevención ha utilizado el Estado con respecto a la publicidad engañosa?

PALABRAS CLAVE

Publicidad engañosa, Estafa, Relación de consumo.

ABSTRACT

The model that guides the new consumer legislation in Colombia of the violation of the rights that are held for these, especially with regard to misleading advertising that every day is increasing due to the need we have of acquired product, good or service offered by a particular group of people called suppliers or producers. This paper highlights succinctly as misleading advertising to be considered fraud in consumer relations, using Colombian regulatory criteria.

However the results obtained in relation to the different readings perform throughout this research reflects us that if misleading advertising can lead to swindle, but in some aspects in the development of this work will come to detail. Given these results, it is necessary to ask what prevention policies has used the State concerning misleading advertising?

KEYWORDS

Misleading advertising, Fraud, Consumer relationship.

OSCAR IVÁN ACOSTA LOBO

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe (CECAR). Miembro del Semillero de Derecho Privado Derechos de Consumo de CECAR. oscar.acosta@cecar.edu.co

LICETH ANDREA SALAZAR ÁLVAREZ

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe (CECAR). Miembro del Semillero de Derecho Privado Derechos de Consumo de CECAR. liceth.salazar@cecar.edu.co

BERÓNICA NARVÁEZ MERCADO

Directora del Semillero de Derecho Privado Derechos de Consumo de la Corporación Universitaria del Caribe (CECAR). beronica.narvaez@cecar.edu.co

Recibido: Enero 23 de 2015 • Aceptado: Abril 20 de 2015

INTRODUCCIÓN

Las economías de mercado imperantes en nuestro país se han caracterizado por generar *sociedades de consumo*, conformadas por productores, proveedores y el destinatario final que es el consumidor, que en esta relación actúa como sujeto pasivo que requiere adquirir bienes o servicios para satisfacer una serie de necesidades. En este sentido, los productores o proveedores pueden ejercer sobre el consumidor un cierto grado de manipulación en sus decisiones al publicitar de manera inadecuada los productos que ofrecen al mercado con el fin de incrementar su propia demanda, pues de esta forma hacen que las personas aumenten su deseo de obtener determinado bien o servicio por ellos ofrecidos, sin importar la forma en la que se presente o se dé a conocer el producto, lo que implica una desnaturalización de la publicidad que debería estar orientada a informar objetivamente a quien la adquiere y no a persuadir en su decisión. Para evitar este tipo de acontecimientos, en el año 2011, fue creado el Estatuto del Consumidor o la Ley 1480 de 2011, la cual entró en vigencia el 12 de abril de 2012, con el fin de regular los temas referentes a la protección que deben tener los consumidores, dándole cabal cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política de 1991 en su artículo 78 que dispone los preceptos generales para la protección al consumidor, los cuales son de carácter proteccionista y preferenciales ante cualquier norma general.

Este Estatuto también hace referencia en el

artículo 5 numeral 13, a la publicidad engañosa, definiéndola como aquella cuyo mensaje no corresponde a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión, con el fin de evitar que los consumidores se puedan ver afectados con este tipo de publicaciones. En tal sentido los productores o proveedores están en la obligación de ofrecer una información veraz y suficiente sobre el producto que expone a la venta, a garantizar que el consumidor reciba el producto que se le está ofreciendo en óptimas calidades y que este sea idóneo, dado que todos los elementos contribuyen a una buena relación de consumo y al respeto de los consumidores y la ley.

Por su parte, es bueno saber cuándo estamos frente a una estafa. Para ello, el marco jurídico colombiano nos remite a la Ley 599 de 2000 o Código Penal colombiano, que en el artículo 246 establece esta figura jurídica como un delito y que literalmente dice: “el que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños” (Artículo 246).

Ahora bien, teniendo claras las dos figuras jurídicas y la definición de cada una de ellas, hemos decidido guiar el sentido de nuestra investigación, en el marco de la publicidad engañosa, un modalidad de estafa en las relaciones de consumo, en el marco jurídico colombiano, teniendo como base la normatividad de la Ley 1480 de 2011 y la Ley 599

de 2000, con el propósito de determinar si la publicidad engañosa, es una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, según el marco jurídico colombiano. Para ello debemos identificar cuándo estamos frente a una estafa y cuándo estamos frente a una publicidad engañosa, basándonos en los diferentes análisis jurisprudenciales.

Esperamos que esta investigación sea relevante, pertinente y útil para todos aquellos consumidores que se han visto afectados por esta serie de situaciones y con el fin de prevenir futuras y posibles afectaciones, puesto que si no se resuelve el problema jurídico que hemos planteado, se seguiría en un vacío normativo, el cual permite que reine la incertidumbre jurídica, lo cual afectará en gran medida a los consumidores, la Constitución y la ley de este país.

También es importante resaltar que con este tipo de investigaciones contribuimos a dejar a un lado el desconocimiento de la Norma y aprendemos a interpretarla desde diferentes ámbitos, dado que el Derecho nos permite hacer una buena hermenéutica sobre los artículos contenidos en cada una de las normas que conforman el ordenamiento jurídico colombiano.

METODOLOGÍA

Esta investigación se caracteriza por ser un estudio cualitativo con un nivel hermenéutico, pues se buscó determinar, interpretar

y comprender si la publicidad engañosa, es una modalidad de estafa en las relaciones de consumo, de acuerdo al marco jurídico colombiano. La fuente objeto de análisis fue la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor en Colombia, el cual consagra la publicidad engañosa y la Ley 599 de 2000 que hace referencia al delito de estafa.

Para desarrollar los objetivos específicos de la investigación, se llevaron a cabo las siguientes etapas:

ETAPA 1: Se hizo un rastreo bibliográfico del tema mediante la consulta de varias bases de datos jurídicas (Dialnet, Vlex, Scielo, Science Direct, etc.), en la que se usó como criterio de selección de información, los descriptores restrictivos: “*estafa, publicidad engañosa, relaciones de consumo*”. Seleccionado el material bibliográfico, se procedió a su lectura, y con base en ellas se extrajo la información relevante sobre las semejanzas y diferencias entre la publicidad engañosa y la estafa, las cuales fueron objeto de análisis e interpretación posterior, a través del método de análisis comparativo y diferencial.

ETAPA 2: Se elaboró una matriz donde se relacionaron, en columnas separadas, los requisitos exigidos por el Código Penal para determinar el delito de estafa. Luego, un análisis con lo establecido en el artículo 5 numeral 13 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), para poder determinar el grado de inferencia de las dos figuras jurídicas.

I. RELACIONES DE CONSUMO

La Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor se ha encargado de regular los asuntos derivados de las relaciones de consumo que se generan a diario en la cadena de producción, es decir, entre productores, proveedores y el consumidor, pero no establece una definición como tal para las relaciones de consumo, por lo que para poder entender a qué se refiere nos remitimos a definiciones utilizadas en otros países como Uruguay, que regula las relaciones de consumo en la Ley 17.250 de 2000, art. 4 como: “el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere y utiliza como destinatario final. La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo”. Por su parte Paraguay establece en la Ley 1.334 de 1998, art. 5, que la “Relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”.

En tal sentido podemos utilizar estas definiciones que dan otros países y amoldarlas de acuerdo a lo que nuestra normatividad quiere dar a entender. En este aspecto diríamos que la relación de consumo no es más que el vínculo existente entre el productor, proveedor y el consumidor, siendo el primero quien ofrece un producto, bien o servicio y

el segundo quien lo adquiere. En este orden de ideas solo habrá relación de consumo cuando el consumidor haya adquirido el bien ofrecido por el proveedor o producto y haya pagado un precio.

Teniendo claro este nuevo concepto, es más fácil determinar cuándo existe relación de consumo y cuándo no, pues esto se convierte en un factor determinante a la hora de determinar quién es considerado consumidor.

II. LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

En Colombia, la publicidad engañosa viene siendo regulada por la Ley 1480 de 2011 en su artículo 5 numeral 13 como “aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o es insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. Pero, ¿cómo se configura esta sanción administrativa? La Superintendencia de Industria y Comercio nos enfatiza que se está frente a esta figura cuando se presenten las siguientes condiciones:

1. **Se omite información** necesaria para la adecuada comprensión de la propaganda comercial.
2. **Cuando la información indispensable** para el adecuado manejo, mantenimiento, forma de empleo, uso del bien y/o servicio así como precauciones sobre posibles riesgos, **no esté en idioma castellano**.
3. **Se establecen mecanismos para trasladar al consumidor los costos del incentivo** de manera que este no pueda adver-

tirlo fácilmente, como cuando se disminuye la calidad o cantidad del producto o servicio o se incrementa su precio, entre otros.

4. **La información sobre restricciones, limitaciones, excepciones y condiciones** adicionales para la adquisición del producto o servicio, no se incluye en la propaganda comercial y no tiene similar notoriedad al ofrecimiento del producto o servicio que se anuncia.
5. **Se ofrecen productos o incentivos con deficiencias** o imperfectos, usados, manufacturados, remodelados o reconstruidos, próximos a vencerse y de colecciones o modelos anteriores sin indicar tales circunstancias de manera clara y precisa en la propaganda comercial.
6. **Se ofrecen de manera gratuita** productos, servicios o incentivos cuando la entrega de los mismos está supeditada al cumplimiento de alguna condición por parte del consumidor que no se indica en la propaganda comercial.

Con base en estos criterios de configuración y teniendo en cuenta su definición es importante resaltar que no solo las publicaciones que se hacen por Internet, por televisión o cualquier medio masivo de comunicación configuran publicidad engañosa, sino que también existen criterios de divulgación diferentes a los ya mencionados que la pueden generar.

Un ejemplo claro para este tipo de situaciones serían los medicamentos que traen

del extranjero que en su empaque o en sus contraindicaciones no vienen traducidas en idioma castellano o español, para que el consumidor pueda utilizar adecuadamente el medicamento sin que les cause algún tipo de riesgo a su salud física o emocional. En este caso es claro que existe un criterio de configuración de la publicidad engañosa, para lo cual es necesario que el producto que ingrese desde el extranjero venga traducido al idioma castellano o español para que pueda ser comercializado en nuestro país, sin causar afectaciones a los consumidores.

Cabe resaltar que no es necesario adquirir el producto para que se configure la publicidad engañosa, solo con la simple difusión o puesta en conocimiento al público hace que se configure, por lo tanto todas las personas que de una u otra manera vean o se sientan afectados con este tipo de publicaciones que no están de acuerdo con lo que el producto comercializado promete, pueden ponerlo en conocimiento a la Superintendencia de Industria y Comercio para evitar posibles afectaciones.

III. PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Teniendo claro estos dos aspectos —la publicidad engañosa y la relación de consumo— es importante decir que la simple publicidad engañosa que se haga por cualquier medio no hace suponer que se está en una relación de consumo, porque no ha adquirido ni pagado el producto, bien o servicio ofrecido,

por lo tanto tampoco puede ser considerado consumidor, aunque dicha publicación tenga información imparcial, incompleta o mentirosa y pueda llegar a afectar al consumidor.

Por su parte, una vez el consumidor haya adquirido el producto, bien o servicio ofrecido de forma engañosa, es deber del productor o proveedor responder ante las posibles afectaciones que se llegaren a presentar a causa de la omisión de información o de las posibles afectaciones a la salud o la vida del consumidor, en este sentido tenemos que tener claro que es deber del consumidor activar las rutas de protección que ha creado la Superintendencia para hacer efectivo su derecho como consumidor, pues en este caso resultan en juego diferentes afectaciones que deben ser resarcidas si se hacen a tiempo. Pero, ¿cómo se hace efectivo? Pues bien, una vez activada la ruta que consiste en la reclamación directa ante el productor o proveedor, este debe reparar el daño causado por su omisión de información o por engañar o inducir en error al comprador. Si esto no sucede, el consumidor tiene la facultad de interponer una acción de protección al consumidor ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que no es más que una demanda para que la entidad o empresa responda por los daños causados, así como también puede hacerlo ante un juez de la República, cuando resulte lesionado en gran medida su patrimonio o sea necesario una indemnización por los perjuicios causados. En tal sentido, es deber de la Superintendencia vigilar que este tipo de situaciones no se sigan presentando ha-

ciendo un respectivo control a las empresas que comercializan, distribuyen o crean bienes, productos o servicios.

IV. LA ESTAFA Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA VISTAS DESDE OTRO ENFOQUE

A través de los tiempos mucho se ha hablado de la estafa como un delito que atenta contra el patrimonio económico de las personas. En este sentido podemos decir que esta figura no es más que una conducta engañosa que permite inducir a error a una o varias personas con el fin de sacar un provecho económico ya sea para quien realiza la acción o para otra persona.

Ahora bien, para poder entender esta figura desde otra órbita diferente a la penal es necesario analizar cada uno de los elementos penales que la conforman relacionándolos o trayéndolos a la esfera de la publicidad engañosa como sanción administrativa. En ese sentido tenemos:

SUJETOS: Tanto el activo como el pasivo son indeterminados, siendo este último, es decir, el pasivo, el que tiene un patrimonio económico del cual el activo quiere sacar un provecho. Si miramos estos sujetos en las relaciones de consumo, esta no varía, pues siguen siendo los mismos sujetos indeterminados que para tema a tratar, sería el sujeto activo el que publica o da a conocer el producto, bien o servicio, y el sujeto pasivo el que adquiere el producto, es decir, el consumidor.

MODO: La principal herramienta de la estafa es Inducción a error o mantener a otro en error mediante artificios o engaños. En este aspecto la publicidad engañosa tiene el mismo modo de operar y es manteniendo o induciendo a engaño o error al consumidor, pues en ese sentido se podría decir que sí existe una relación concursal entre estas dos figuras jurídicas.

BIEN JURÍDICO TUTELADO: El bien jurídico que se protege es el patrimonio económico de las personas, pero si damos un vistazo al ámbito administrativo ejercido por la Ley 1480 de 2011, lo que se busca es proteger el patrimonio de los consumidores que pueden o tienen una relación de consumo.

BENEFICIO: Este delito tiene como finalidad obtener un beneficio económico, aunque con la sola intención de tenerlo sin poder conseguirlo también puede ser configurado, puesto que admite tentativa. Para tales efectos sería lógico pensar que la publicidad engañosa tiene el mismo *modus operandi*, pues también busca un provecho económico, aun con la sola publicación estaríamos frente a una tentativa como se miraría si este estuviera tipificado como delito.

Examinados cada uno de estos elementos y su relación con la publicidad engañosa podemos determinar que la publicidad engañosa puede trascender a la esfera de la estafa, siempre y cuando el consumidor actúe con la determinada prudencia para no caer en error o si lo está, poder salir de él. De lo con-

trario esta no puede trascender a la esfera penal. Para entender mejor este cometido planteamos el siguiente ejemplo:

Pedro Morales, un productor de medicamentos adelgazantes saca al mercado un nuevo producto que garantiza la pérdida de peso en solo dos días, con tan solo una cápsula al día. Para dar a conocer su producto reparte volantes en su barrio y saca anuncios publicitarios. Al cabo de dos días, María, una mujer que sufre de obesidad mórbida y que ha sufrido toda su vida por tener sobrepeso, se acerca a Pedro y compra el producto con el fin de poder tener el peso que siempre ha soñado. Pasado un tiempo María aún no nota los cambios en su cuerpo y decide adquirir de nuevo el producto, pero el resultado es el mismo.

En tal sentido nos preguntamos: ¿estaremos en este caso frente a una estafa producto de una publicidad engañosa? Evidentemente podemos hablar de que sí existe por parte del productor una publicidad engañosa, porque el producto promocionado no cumple con las calidades anunciadas al momento de ser adquirido. Pero, ¿será que se puede considerar también estafa?

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 23 de junio de 1958, manifestó que “en la celebración de contratos de naturaleza civil se puede incurrir en el delito de estafa. En este sentido se viene prohibido el criterio según el cual en esa clase de negocios jurídicos la mentira o el silencio de

los contratantes pasa al campo penal cuando recaen sobre elementos fundamentales del convenio” y que:

El medio engañoso debe tener idoneidad para inducir en error a la víctima. La estafa es un delito de inteligencia, que requiere el despliegue de actos hábilmente preparados y bien concebidos para revestir capacidad de inducir en error a la víctima.

Bajo tal perspectiva, entonces, tenemos que en este caso sí existió falta en los elementos del contrato los cuales son indispensables en la relación de consumo que para nuestro entender puede considerarse también como un contrato o convenio. En tal sentido, si el producto adquirido no cumple con las cualidades y no es idóneo para lo que se adquirió se podría decir que estamos en presencia de una estafa, al tener claro que María obró de una forma ingenua, torpe y negligente al no saber o conocer si el producto que le están ofreciendo sí cumplía con las condiciones anunciadas y que además era idóneo para la pérdida de peso. En consecuencia podemos decir que cuando el consumidor haya entrado en una relación de consumo al adquirir el producto a través de una publicidad engañosa y que dicha relación haya causado daño a su patrimonio, se estaría frente a la figura jurídica del delito de estafa.

Ahora bien, cabe aclarar que no siempre que se está en una relación de consumo producto de una publicidad engañosa. Estamos frente a una estafa y es porque el consumidor pue-

de en algunos casos corroborar la información que le ofrecen del producto o proveedor para no caer en el error o salir de él en determinado momento. Un ejemplo de esto sería cuando se quiere adquirir un bien, objeto de registro; verificando la información podemos determinar si lo que nos ofrecen concuerda con la realidad y de este modo evitar ser estafados.

Una vez desarrollado lo que es el delito de la estafa y la publicidad engañosa, podemos de una manera más clara entender en qué momento nos encontramos afectados por este, ya que si bien es cierto que guarda mucha similitud entre la definición de la estafa y la definición de lo que es la publicidad engañosa, materialmente no son iguales. Lo que sí podríamos afirmar es que una puede ser un vehículo o lo que conlleva a la otra, es decir, que la publicidad engañosa es el vehículo o el medio para llegar a la estafa, ya que es mediante esta que se logra inducir o llamar la atención de los consumidores para que tengan una relación de consumo, pero utilizando algunos artificios o engaños que los induzcan al error, con el fin de convencerlos de que los que se está ofreciendo es lo que finalmente quiere y desea adquirir, y resulta siendo todo lo contrario.

En consecuencia, cuando el consumidor no haya adquirido el producto, bien o servicio, la única herramienta que tiene es presentar una denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por publicidad engañosa que esté realizando algún productor o

proveedor, con el fin de evitar posibles afectaciones a los consumidores. Pero cuando haya adquirido el producto, bien o servicio y este no cumpla con las condiciones estipuladas por el productor o proveedor y eso genere una afectación a su patrimonio, entonces estaríamos frente al delito de estafa, dando lugar a que el consumidor pueda impetrar una demanda penal.

CONCLUSIÓN

Con el análisis realizado a las normas antes mencionadas y luego de una ardua labor investigativa, de lectura, podemos concluir que la publicidad engañosa es el medio o el camino que puede conllevar a configurar el delito de estafa. Si bien sus definiciones son parecidas, su criterio de aplicabilidad son diferentes, pues mientras una es una sanción administrativa, la otra es considerada como un delito, que para su configuración requiere de elementos necesarios e indispensables para considerar su ocurrencia.

Por su parte se puede decir que en una relación de consumo que venga viciada de publicidad engañosa lo más probable es que se presente una estafa, pero solo cuando el consumidor haya actuado de cierta forma que le sea imposible corroborar la información de lo que le están ofreciendo, de lo contrario solo se estaría en presencia de una publicidad engañosa que es sancionada por la SIC, con criterios establecidos en sus resoluciones.

Cabe resaltar que la simple publicación no

genera relación de consumo porque cuando no se ha adquirido el bien, producto o servicio ofrecido, solo se está en una relación de consumo.

Jurídicamente se ha avanzado en este tema, por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio está haciendo una ardua labor al prevenir la publicidad engañosa, así mismo los consumidores cada día son más responsables al momento de adquirir sus productos.

Como políticas de prevención para los consumidores, recomendamos que cada vez que se pretenda adquirir un bien, producto o servicio, verifiquemos que sí cumpla con las condiciones, calidades o cualidades publicitadas; de esta manera estaríamos actuando de forma responsable, evitando posibles afectaciones a nuestro patrimonio, y si por su parte ya han sido objeto de publicidad engañosa poner en conocimiento de la SIC, para evitar que se sigan presentado.

REFERENCIAS

Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal. Casación N° 28693 del 10 de junio de 2008. Magistrada ponente: María del Rosario González de Lemos.

Ilido, A. A. (17 de abril de 2013). Blog de Derecho Penal Especial Uno. Universidad Cooperativa de Colombia; Neiva, Huila: Disponible en: http://tituloviipenalespecialuno.blogspot.com.co/2013/04/articulo-246-estafa_17.html

Ley 820 (10 de julio de 2003). Por medio de la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones. DO: 45.244, Congreso de Colombia, Colombia.

Ley 1480 (12 de octubre de 2011). Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 48.220, Congreso de Colombia, Colombia.

Ley 599 (24 julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. DO: 44.097, Congreso de Colombia, Colombia.

Ley 17.250 (11 de agosto de 2000). Ley de Relaciones de consumo. Defensa del consumidor. DO: 44.097, Congreso de Uruguay, Uruguay.

Ley 1334 (11 de agosto de 2000). De defensa del consumidor y del usuario. DO: 44.097, Congreso de Paraguay, Paraguay.

Efectos del postconflicto: Una mirada crítica desde los derechos humanos

*Effects of postconflict:
A critical look from human rights*

RESUMEN

El artículo de avance presenta el estado del arte que se construye en torno a las luchas por los derechos humanos de los colectivos que en transiciones de conflictos internos asumen procesos de transformación política y legal para posibilitar la paz. El *constructo* argumental tiene como epicentro el escenario de postconflicto que vive Colombia.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, Víctimas, Victimarios, Posconflicto, Paz.

ABSTRACT

The advance article presents the state of the art that is built around the struggles for the human rights of the groups that in transitions of internal conflicts assume processes of political and legal transformation to make peace possible. The argument construct has as its epicenter the postconflict scenario that Colombia is going through.

KEYWORDS

Human Rights, victims, Post-conflict, Peace.

JOSÉ ARIEL PARRA VEGA

Licenciado en Filosofía y Teólogo de la Universidad de San Buenaventura. Magíster en Docencia e Investigación Universitaria de la Universidad Sergio Arboleda. En este momento se desempeña como Coordinador de Investigaciones de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Seccional Santa Marta. Se ha desempeñado como docente y pertenece al Grupo de Investigación GIJAM categorizado en A por Colciencias. josearielparra@gmail.com

CARLOS JULIO AGUDELO GÓMEZ

Licenciado en Filosofía y Ciencias Religiosas de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Gestión Educativa, de la Universidad de Pamplona. Especialista en Docencia e Investigación Universitaria. Magíster en Docencia e Investigación Universitaria de la Universidad Sergio Arboleda. Actualmente es profesor de tiempo completo, adjunto a la Gestión Académica de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta. carlos.agudelo@usa.edu.co

RAÚL ALEJANDRO VIVIESCAS CABRERA

Antropólogo de la Universidad del Magdalena. Estudiante de Especialización en Docencia e Investigación universitaria en la Universidad Sergio Arboleda, Sede Santa Marta. Actualmente se desempeña como Asistente de investigación en la Universidad Sergio Arboleda, Seccional Santa Marta. raulviviescas@gmail.com

Recibido: Febrero 5 de 2015 • Aceptado: Abril 17 de 2015

INTRODUCCIÓN

Históricamente en Colombia se ha evidenciado el uso de la violencia por diversas causas en las que se pueden mencionar las diferencias partidistas, los conflictos armados, en las últimas décadas el narcotráfico y la delincuencia organizada. En este contexto se han visto involucradas las fuerzas militares, los grupos guerrilleros, los carteles de las drogas, más recientemente las llamadas Bacrim (Bandas Criminales). Todos estos actores se han involucrado de manera directa o indirecta con la población civil, la cual finalmente ha sido la víctima de situaciones que muchos de ellos no comprenden pero que han sido los que han puestos los muertos.

La Constitución del 91, tocó los temas anteriormente descritos, y dentro de lo legislado encontramos que: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, o familiar, lengua, religión, opinión, política o filosofía” (Gómez, 2014, p.10).

La protección a los ciudadanos ha tenido múltiples falencias y esto ha provocado masacres con algunas de ellas en la impunidad porque el ordenamiento jurídico se ha quedado corto para proceder con efectividad y eficiencia. La población civil termina por aceptar que los delitos se seguirán cometiendo y que los resultados, solo en algunos casos, llegan a la condena de los victimarios.

Uno de los casos más recurrentes que se ha venido presentando en Colombia por la situación de violencia que ha tenido que soportar por más de 50 años es la violencia en su máxima expresión.

Muchos ciudadanos de toda condición social han sufrido las torturas, la desaparición forzosa, la aniquilación de la familia, el desplazamiento, la violaciones en todas sus modalidades configurándose así los llamados delitos de lesa humanidad. El Estado mira con el mismo horror, pero sus acciones no son significativas (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013). Precisamente en el artículo 12 de la Constitución se dice que “Nadie será sometido a desaparición forzada, ni tortura, ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Gómez, 2014, p.10). Este artículo ha sido violado en su totalidad ya que la desaparición, las torturas y los tratos inhumanos son noticias cotidianas, y el ciudadano del común se ha acostumbrado a esta absurda realidad que ya no es un hecho que lo trastorne.

En los últimos 20 años se han venido haciendo esfuerzos para lograr que la realidad violenta que vive Colombia llegue a su fin (Proceso de paz del Caguán 1998-2002; negociaciones y acuerdos con grupos paramilitares y Ley de Justicia y Paz, 2005). En el presente Gobierno, las conversaciones y la construcción de una justicia transicional permite ver la posibilidad de que los atropellos y la violencia generalizada lleguen a su fin, o por lo menos se entre a una tregua para poder construir una nueva sociedad.

Según estudios realizados por la CIDH (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de la OEA) en su informe: “Verdad, Justicia y Reparación”, contextualiza la situación de Colombia y el gran impacto que sigue teniendo el conflicto armado interno. Dicen y constatan que la guerra ha manejado todas las degradaciones que crean las múltiples formas de violencia, y su mayor preocupación es que se ha concentrado en sectores de mayor vulnerabilidad: afrodescendientes, raizales, palenqueros, niños, niñas, adolescentes, indígenas, mujeres, periodistas y comunicadores sociales y personas privadas de la libertad.

Esta investigación apunta a convertirse en un instrumento que facilite a las partes, pero especialmente a las víctimas y a los victimarios, para que conozcan sus derechos y los puedan exigir en el caso de que no se estén cumpliendo o se les estén vulnerando. Es claro que para que los diálogos de paz no queden en letra muerta y para que la paz sea sostenible en el tiempo se requiere que los involucrados en el conflicto tengan la percepción de que tanto los victimarios como el Gobierno estén cumpliendo los acuerdos y se pueda evidenciar el cambio de actitud de la población en general.

En este orden de ideas se hace pertinente esbozar la principal pregunta de investigación que guía este trabajo y que se formula de la siguiente manera: ¿Puede la vigilancia y las leyes de justicia, paz, reparación y no repetición, garantizar la sostenibilidad de los acuerdos alcanzados y que se pondrán en

práctica en el postconflicto? Y como principales derivadas tenemos; ¿Cuáles han sido las experiencias en procesos de paz frente al respeto y cumplimiento de los derechos humanos en diferentes contextos? ¿Cuál es la percepción de las víctimas, los victimarios y la sociedad civil frente al cumplimiento de los acuerdos pactados en el proceso de paz para el postconflicto?

Los supuestos básicos sobre los cuales gira este artículo son:

1. Los problemas de violencia que ha vivido Colombia y los múltiples intentos que los Gobiernos han iniciado y que se han convertido en procesos fallidos, conducen a la sociedad colombiana a entrar en un ambiente de escepticismo puesto que no se quiere repetir un fracaso más. Por otro lado, las conversaciones que se han dado en los últimos seis años han despertado una luz de esperanza, y las estadísticas muestran que ha cambiado la percepción de la mayoría de los colombianos frente al presente proceso de paz que se está culminando, mostrando un apoyo generalizado (Angulo Amaya, Ortiz Riomalo, Pantoya Barrios, 2013). Esto permite pensar que el eventual acuerdo que pacten las partes en disputa esté fundamentado sobre bases sólidas y que tiene un nivel alto de confiabilidad para que el proceso de postconflicto, a partir del respeto a los derechos humanos adquiridos, puedan ser cumplidos por las partes y de esta manera construir de forma progresiva una nueva cultura ciudadana de paz y armonía sostenible en Colombia.

2. La normatividad y la justicia transicional que el Gobierno ha implementado para el postconflicto muestra algunas dificultades de interpretación, lo cual puede conducir a que después de la firma de los acuerdos de paz las partes le hagan una lectura sesgada a la ley interpretándola a su favor y se presenten dificultades legales frente a las conductas desarrolladas por el Gobierno o por los desmovilizados. En este escenario el postconflicto entraría en una laguna jurídica y en un laberinto donde las partes alegarían las razones que los asisten y se pondría en peligro fundamentalmente la paz y los derechos humanos que las partes se comprometieron a respetar bajo cualquier circunstancia.

1. Las luchas por los derechos como luchas por la paz

Las libertades y los derechos han tenido en la historia un énfasis especial en las discusiones con respecto a la presencia de estos en la vida del Estado. Los ciudadanos se han visto abocados a reclamar y los gobernantes a definir y aclarar cuáles son los verdaderos alcances de las libertades y los derechos que les asisten a los ciudadanos en cada momento histórico. En su libro *Los Derechos Fundamentales* Mauricio Fioravanti (2009), nos dice sobre el tema:

El Estado medieval tiene grandes diferencias con respecto al Estado moderno, (...) no se debe cometer el error de buscar Derecho en la Edad Media utilizando las categorías del Derecho moderno; si se hace de esta manera fácilmente se concluye con la

ausencia de Derecho en el Medioevo, precisamente porque así no se busca de ningún modo el derecho propio y específico de la Edad Media sino el mismo Derecho moderno, es decir, algo que se ha afirmado más tardíamente. (2009, p.27)

Cada momento histórico ha mostrado los mecanismos que se utilizaron para garantizar los derechos y las libertades, pero estos mecanismos ya no son válidos en nuestro contexto histórico. Repetimos, sería un error sumergirnos en un contexto histórico ajeno al nuestro, puesto que se caería en una interpretación carente de actualidad y de veracidad. En la Edad Media raramente se hacían valer los derechos y las libertades, y esto no significa que en la Edad Moderna se hubiera continuado con esa costumbre; en esta edad los individuos dependían de su origen y de su lugar al cual pertenecieran, de tal manera que los derechos y las libertades eran patrimonio del feudo y los individuos terminaban gozando de estos derechos y libertades solo si estaban adscritos a una ciudad o a una aldea, etc. En contraste con esto Fioravanti argumenta:

(...) todo esto es incompatible con la concepción moderna de la libertad como libre expresión de la voluntad, como libertad positiva. A esta dimensión de libertad, irrenunciable en el derecho moderno, se opone de modo irreconciliable el mundo medieval, que, en el mismo momento en que confía los derechos y las libertades a la fuerza del orden natural de las cosas históricamente fundado, impide a los

hombres disfrutar de la esencial libertad de querer un orden diferente, es la falta de esta libertad, que en su raíz es la progenitora de las libertades políticas, las positivas lo que nos hace sentir –a nosotros los modernos– la edad media como algo lejano. (2009, p.31)

Encontramos que existen profundas diferencias en los dos contextos históricos de los que se habla, es posible que en la Edad Media los mecanismos para hacer valer los derechos y las libertades sean vistas en su momento como válidas puesto que el orden natural así lo entendía; en la Edad Moderna con un tinte más positivista, el individuo puede disfrutar de los derechos y las libertades puesto que son asumidos por el individuo y defendidos por el Estado. Continuando el camino que nos muestra la historia de la aparición de los Derechos y las libertades, se encuentra que la discusión ha sido permanente por la interpretación que se le han dado a los derechos en el momento en que el Estado debe ponerlos en la práctica en una sociedad concreta y a unos ciudadanos concretos.

En el siglo XVIII y en el XIX los Estados Europeos y el Estado americano lograron decantar la fuerza y validez que las libertades y los Derechos tenían para los individuos, es así que:

El Derecho Constitucional europeo contemporáneo reconoce a los individuos un patrimonio de derechos, originario, independiente y protegido frente a la ley. En este punto se separa de la concepción

revolucionaria francesa y se aproxima a la tradición constitucional norteamericana. (Zagrebelsky, 2011, p.54)

Para la concepción americana los derechos son anteriores tanto a la Constitución, como al Gobierno (al Estado). Según la famosa argumentación circular del federalista de ascendencia lockeana, las Cartas Constitucionales eran el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente en los gobernantes. El poder de estos se basaba en esa delegación, y naturalmente, debía permanecer dentro de los límites marcados por ella, más allá de los cuales se produciría la absoluta nulidad jurídica de sus actos (Zagrebelsky, 2011, p.55)

Es evidente que los teóricos han tenido diversas y divergentes posiciones sobre las libertades y los derechos humanos. Lo que es claro es la existencia de estos por derecho natural, para unos y por derecho positivo para otros. Esto quiere decir que los gobernantes velarán por el respeto de los derechos humanos dependiendo la dirección teórica que consideren la mejor y aquí es donde se pueden cometer arbitrariedades relativas a la tendencia academicista y política en la cual hayan sido formados.

Con referencia al plano internacional debemos destacar de manera importante el conflicto y camino hacia la paz que realizó Irlanda del Norte, donde según informes y escritos que han hecho seguimiento a las conversaciones que llevan el Gobierno y las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de

Colombia). El grupo guerrillero ha puesto en la mesa de negociación el modelo de Irlanda conocido como Acuerdo de Viernes Santo que se dio el día 10 de abril de 1998. Citaremos así de manera precisa el informe de Jorge Alberto Mantilla:

El conflicto de Irlanda del Norte tiene su origen en una serie de incompatibilidades históricas relacionadas con la colonización británica de la isla durante más de cuatro siglos y a las estructuras de poder político, social y económico que de esta derivaron. Lo fundamental que generó el conflicto era una disputa etno-religiosa entre católicos nacionalistas y protestantes unionistas, estas variables están sustentadas en una estructura de poder territorial y político que reprodujo una violación estructural de tipo económico y cultural contra los Irlandeses católicos. (2014)

Entonces según lo expuesto por Mantilla (2014) el proceso duró más de una década, desde 1987 hasta 1998. Este hecho hace que lo vivido en Irlanda del Norte constituya el caso más importante internacional y modelo a seguir para la resolución de conflictos armados. Varios factores y personajes importantes formaron un bloque para que se diera la paz en Irlanda. Estos fueron: un favorable ambiente, el cansancio de los protagonistas o bloque armado, necesidad del gremio económico de lograr la paz y el apoyo del nuevo presidente de Estados Unidos (Bill Clinton), pero lo que primó y favoreció al acuerdo de paz fue el movimiento que creó la sociedad

civil que se convirtió en un mandato cívico por la paz.

De acuerdo con Mantilla (2014) el Acuerdo de Viernes Santo, en uno de sus apartes principales menciona de manera especial el reconocimiento del sufrimiento y dolor de las víctimas del conflicto armado. Por esta razón crearon ambientes de reconciliación realizando convocatorias públicas que dieron origen a las estrategias fundamentales para la reparación de las víctimas, dejando claro que el Estado se comprometía a: a) reconocimiento por ayuda material; b) reconocimiento por proyectos conmemorativos y c) se creó la figura del defensor cuya labor debía ser la de consejero y orientador a las víctimas.

En 1990 crean el CRC (Consejo de Relaciones Comunitarias); su función era: La elaboración de proyectos con personas que estuvieran interesadas en afrontar el conflicto de manera productiva. La labor realizada por el CRC fue vital e importante para que se diera la reconciliación a nivel local, dejando así las bases claves para que el acuerdo de 1998 diera resultados positivos. Otro organismo de gran importancia para la resolución de este conflicto modelo fue el programa Peace, apoyado y financiado por la Comisión Europea, encargado en su primera etapa de “promover la reconciliación a través del impulso y desarrollo económico y el empleo, los centros urbanos y de las zonas rurales, el desarrollo de la comparación en las fronteras y la ampliación de la inclusión social” (Hamber & Gráinne, 2005, p.5).

Si mencionamos en este proceso el desarme, que como en todo proceso de paz debe ser el eje principal, en el acuerdo de Irlanda del Norte, este tema puso un traspie ya que el IRA (Ejército Republicano Irlandés - IRIS Republican Army), protagonista y actor principal del conflicto, se negó a realizar una entrega tradicional de las armas ya que para ellos se convertía en una figura de rendición o ser vencidos.

Con respecto a la situación que vivió Nicaragua, con sus efectos políticos y consecuencias sociales del conflicto armado abordamos el análisis realizado por Berenice Cortés Rincón (2014) quien, de manera especial, relata el principio del conflicto, desarrollo, postconflicto, paso a paso y análisis de la situación actual que vive Nicaragua después de 25 años del “fin del conflicto”, firmas de paz y acuerdos. Y se señala fin del conflicto entre comillas ya que esta autora nos narra que en la actualidad se vive una experiencia peor que la misma guerra, llevando al país y a su capital Managua principalmente, a los índices más altos de hambre, dolor y extrema pobreza.

Se evidencia así que la conclusión de la guerra, firmas de tratados o pactos no implican realmente la terminación del conflicto. En Nicaragua el 46,2 % de los hogares viven en situación de pobreza y el 14,9 % en extrema pobreza; es el segundo país más pobre de América.

Centroamérica es considerada hoy la región más violenta del mundo. Honduras tiene el

récord mundial en homicidios, Guatemala el de feminicidios y en El Salvador hay más muertos por asesinatos que los que morían en años de la guerra. Los índices de violencia sexual y los de violencia de género son escalofriantes (Cortés, 2014, p.81).

Aparte, Hernández Pérez (2012) relata la violencia de El Salvador en los años 80 durante su proceso de postconflicto, siendo de carácter político que generó la guerra civil que el Estado enfrentó contra la Guerrilla del FMLN (Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional), apoyado por la intervención de Estados Unidos, en cabeza del presidente Reagan que mostró el interés de combatir la subversión comunitaria que era apoyada por Cuba, Nicaragua y la Unión Soviética.

Hernández (2012) nos muestra la violencia desarrollada en medio de un país hundido por la pobreza y la desigualdad que deja grandes marcas e índices por los crímenes cometidos por las mismas fuerzas armadas del Estado contra la población civil, la negación del Gobierno a dichos crímenes, existiendo evidencia plena. Se recopila en este artículo la estadística que para los años 1980 y 1981 ocurrieron 21.000 asesinatos de civiles en manos de las fuerzas públicas del Gobierno.

En conclusión, se establecieron avances más en paz que en democracia, en desmilitarización que en vigencia de los derechos humanos y justicia y en reformas constitucionales más que en cuestiones económicas y sociales (Hernández Pérez, 2012, p.3).

En cuanto a la revisión académica referente al conflicto que tuvo lugar en Argentina y Chile referenciamos a Elin Skaar (2003), quien aborda la temática respondiendo a una pregunta clave: ¿Cómo ocuparse de los agentes de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos después de la transición del autoritarismo a la democracia?

Pareciera ser ante esta pregunta del autor que después de la etapa de transición, los Gobiernos mediante un silencio y falta de actuación pretendían que aquellos delitos y violaciones cometidos durante la etapa del conflicto se fueran olvidando y, pareciera, que en algunos países esto funcionó porque de quince países que vivieron transiciones a la democracia, únicamente Argentina tuvo un juicio a altos jefes de su cúpula militar imponiéndoles importantes penas carcelarias. Después de una década se sigue buscando contra quién o quiénes puede el Estado enjuiciar a aquellos militares por el secuestro de un centenar de niños.

Elin Skaar (2003) también comenta que quiere llenar un vacío con su investigación acerca de que no se deja en claro el papel de la Rama Judicial en las decisiones tomadas durante los acuerdos de paz y posteriores actuaciones en el llamado postconflicto. Señala que estos acuerdos siempre van acompañados por reformas constitucionales parciales para darle a algunos el poder e independencia judicial frente al Poder Ejecutivo.

Estados como Argentina y Chile acá analizados, y aquellos que entran a régimen de tran-

sición y posterior postconflicto, están comprometidos y bajo vigilancia por organismos internacionales para que de una u otra forma hagan valer los derechos humanos vulnerados y creen una estrategia óptima para restablecer el daño causado y poder construir políticas públicas que lleven al Estado a la no repetición de estas violaciones.

Alrededor de 15 países han atravesado transiciones de regímenes autoritarios a democráticos y a finales de los años 70 tuvieron brutales dictaduras militares en las que se cometieron las peores violaciones a los derechos humanos contra la misma población civil. Después de 7 años de la etapa de transición a la democracia, en Argentina el Poder Ejecutivo apoyaba una política de “perdón y olvido” y controlaba a los jueces para que no llegaran al final de las investigaciones contra militares y miembros de las fuerzas armadas. Entre tanto, movimientos locales por la defensa de los derechos humanos como las madres de la Plaza de Mayo ejercían presión al Gobierno poniéndolo en observación a nivel internacional.

Con referente a lo que acá se señala de la situación chilena donde la dictadura duró 17 años, su terminación no ocurrió como la de Argentina, que fue por un colapso. En Chile se dio por medio de conversaciones, negociaciones y acuerdos entre las clases sociales que llevaron a que el dictador Pinochet perdiera las elecciones que él mismo promovió. La dictadura dejó para Chile, legados imborrables. Una Constitución impuesta en 1980 que garantizaba el poder de las fuerzas

armadas y militares con primacía absoluta y aplastante, caracterizada por la ausencia de juicios. Por esta razón, quedaron en la impunidad todos los delitos y violaciones a los derechos humanos. Ambos países (Argentina y Chile) a diferencia de los países de Centroamérica (Nicaragua y El Salvador) han tenido una lucha constante por restablecer derechos y recuperar social y económicamente a sus naciones.

Ahora, al tornar la mirada para ver lo que sucede con los derechos humanos en Colombia, se puede interpretar que son puestos en práctica atendiendo a una visión incluyente de varias teorías que hay sobre el tema; una referencia clara de la posición subjetivista de los derechos la encontramos en la Constitución Nacional de Colombia en el artículo 5 que a la letra dice: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (sujeto) y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

Con respecto a esto, Zagrebelsky (2011) en su libro *El derecho dúctil* expone que en Europa y especialmente en la Francia del siglo XVIII y en adelante, los derechos humanos eran una concesión de la ley a la persona. Esto quiere decir que se privilegiaba la ley y los derechos humanos, que finalmente dependían del legislador o del gobernante. Al contrario, en la Constitución americana los derechos están por encima de la ley en cuanto que el individuo es el que ha delegado al gobernante para que vele por los derechos que se encuentran de la ley; aquí priman los derechos sobre la ley por lo tanto:

Los derechos, por cuanto patrimonio subjetivo independiente, que constituía a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional fundando el *Government* y, en él, el Poder Legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos. (p.55)

2. Análisis del caso colombiano: el postconflicto como superación histórica de la violencia

Es evidente que los derechos humanos se convirtieron para el Estado colombiano en un renglón importante de su ordenamiento jurídico por el compromiso que adquirió al firmar algunos acuerdos internacionales que ponían en tela de juicio el manejo que los Gobiernos les estaban dando a los conciudadanos. Una referencia que ilustra esta realidad la encontramos en el historiador Melo González, el cual plantea que:

La Constitución de 1991 incorporó, además, al inventario de derechos humanos varios derechos económicos y sociales (empleo, vivienda, salud, cultura, etc.) e incluso convirtió en derechos de los ciudadanos algunos de los objetivos básicos del orden constitucional, como la paz. De este modo, la Constitución no solamente señaló los derechos exigibles del Estado, sino que definió como derechos muchos temas

que normalmente hacen parte de la controversia política. Al hacerlo, tendió a despolitizar la búsqueda de metas sociales y a crear un ambiente en el que el desarrollo económico y social no se logra a través de la política y la participación democrática, sino mediante demandas en los tribunales. (Melo González, 2002)

En el contexto actual vuelven a tomar fuerza los derechos humanos en cuanto que es un requisito para que los acuerdos que se firmen para la búsqueda de la terminación del conflicto armado puedan tener credibilidad por parte de las víctimas, de los victimarios y de la sociedad civil la cual ve con escepticismo la firma de la paz.

Para que el Gobierno y el grupo insurgente garanticen los derechos humanos, será fundamental construir una cultura del respeto y de la reconciliación; dentro de esta construcción los canales de información sobre la vigilancia y el cumplimiento por las partes de los derechos humanos debe ser implementada con veedores de alta credibilidad. Esto ayudará a que si se presenta alguna dificultad, haya alertas tempranas para poder superar cualquier dificultad; el conocimiento de los derechos humanos se deberá convertir en una tarea educativa fundamentada en un plan nacional que debe ser promovido especialmente por el Gobierno.

Como ya se ha puesto en evidencia, se acerca un momento histórico clave para Colombia y como ya varios autores citados han expuesto, así como el conflicto puede llegar a su fin,

también puede ser el comienzo de una nueva etapa de violencia. Coherente con esta preocupación, distintos autores han abordado esta problemática y han realizado distintas propuestas entre las cuales destacamos el trabajo de María Victoria Llorente, Sergio Guarín y Ángela Rivas (2014), quienes reconocen el momento crucial por el cual pasa el país y además señalan –citando a Jaramillo (14 de mayo 2013)– que el postconflicto que está por llegar será la oportunidad en la que realmente se decidirá el futuro de todo este proceso.

Así mismo señalan varios elementos que se deben tener en consideración dentro de esta etapa: El primero de ellos –tal vez el más importante– es reconocer que el conflicto colombiano va más allá de las problemáticas más visibles (narcotráfico, guerrillas...), que si bien es un punto importante, no deja entrever la raíz histórica de este fenómeno que refiere a un problema de tipo estructural.

Seguidamente, y apoyados en el *constructo* argumental de Robinson (2013) y Robinson & Acemoglu (2012), sugieren la necesidad de una transformación a las estructuras de poder predisuestas desde la época colonial que configuró la institucionalidad del país a largo plazo, institucionalidad de depredación que diagnostican como “caldo de cultivo perfecto para la corrupción, la violencia y la ilegalidad”. Proponen una transformación en la institucionalidad colombiana que, coherente con la problemática histórica, revierta las problemáticas de gestión y manejo territorial creando una institucionalidad inclusiva.

Sin lugar a dudas, lo más destacable de la reflexión anterior es la de preguntarnos por el cambio que se acerca, para que nuestra noción de paz no quede atada a un discurso común, sino que reconozca el contexto geohistórico del conflicto colombiano que plantee un debate abierto y constructivo. En su análisis nos recuerda que el postconflicto es una etapa de cambios, y como tal trae incertidumbres; tenemos que darnos la oportunidad de arriesgarnos –proponiendo, creando, investigando...– para poder erigir un mejor futuro (Kotter, 2012).

En la misma línea encontramos el trabajo de Borja Paladini (2014) quien investiga si Colombia dispone de un sistema complejo e interdependiente de instituciones, recursos, valores, estrategias y habilidades para impulsar una paz sostenible –para la cual hace una interesante analogía con las fuerzas armadas–. Esta investigación la resuelve enseñando diferentes ideas que aportan a este debate: La primera de ellas nos habla desde el concepto planteado por Ryan Jordan (2012) el cual nos habla de una “infraestructura de paz” que se debe entender como un entramado de sistemas, recursos, instituciones, valores y habilidades sostenidas por un Gobierno, la sociedad civil con las diferentes comunidades, quienes a través del diálogo y la consulta previenen conflictos, y a su vez, posibilitan un arbitraje pacífico.

En síntesis, Borja Paladini (2014), con esta orientación introduce a la importancia de la responsabilidad que tienen todos los estamentos del Estado (instituciones, hombres,

mujeres...) en la construcción de la paz, que “como un proceso endógeno de transformación y de innovación” solo será sostenible y resiliente si brota de las personas, las víctimas, los hombres, las mujeres, los victimarios, la población joven, las instituciones del país, y –como ya se mencionó– a todas las personas.

En coherencia con su tesis principal, este autor plantea unas ideas acerca de las características que debería tener una infraestructura para la paz en Colombia, proyectando combinar lo acordado –eventualmente– con las diferentes iniciativas y experiencias institucionales y comunitarias, de las cuales se destacan las siguientes:

- Desde lo nacional: Un sistema de gobernanza de la paz, que permita coordinar y asistir una red institucional que sirva de apoyo a la implementación de los futuros acuerdos, así como la creación de instituciones de apoyo para este fin.
- Desde lo regional: Con la apertura de espacios que propicien acercamientos entre lo nacional y lo local, abriendo un campo de acción idóneo para contextualizar en lo local las diferentes políticas y programas nacionales que incluyan un eventual acuerdo.
- Desde lo local: A través de los fortalecimientos de los canales de participación ciudadana; por ejemplo, comités locales de paz que permitan un diálogo plural que nutra y enriquezca la implementación de los acuerdos de paz.

De forma última, en esta revisión se desta-

ca el análisis realizado por Benavides (2014), quien aborda una temática controversial. La justicia en el periodo de transición que se avecina es un tema obligado para esta investigación, debido a que esta justicia será la que dotará al Gobierno del mecanismo para hacer frente al proceso de paz, a través de lo que se ha denominado marco jurídico para la paz.

En relación con lo anterior, Benavides (2014) realiza un importante aporte aclarando el concepto de justicia transicional –entendida desde el Gobierno– además de introducir en la problemática de justicia e impunidad que toca acápites importantes –en esta investigación– como los derechos humanos, entre otros.

El primero de estos conceptos –Justicia transicional– proviene de una diferenciación entre el eventual acuerdo de paz y la fase de construcción de la paz, lo que se denomina etapa de transición. El autor destaca que en la primera fase de este proceso se sientan las bases y se plantean los caminos posibles para la construcción de la paz, en aras de cumplir un objetivo principal, el fortalecimiento del Estado de Derecho que se traduce en el fortalecimiento de un orden o unas reglas de juego.

De ahí que la importancia de la *no impunidad*, añadiendo que esta se mide por el grado de satisfacción de los derechos de las víctimas. Aunque también aclara que uno de los derechos importantes de las víctimas es que se investigue y se sancione a los respon-

sables de grandes violaciones de derechos humanos. Entonces –de acuerdo al segundo punto “justicia e impunidad”– es vital que se respalde la investigación y el juzgamiento de los autores de las graves violaciones de los derechos humanos, logrando que la postura de las víctimas sea más que retórica.

CONCLUSIONES

Para cerrar el artículo es importante mencionar las nuevas expectativas de diferentes comunidades históricamente afectadas por el conflicto armado en Colombia frente al postconflicto (caso particular de varios de los habitantes de Chibolo y sabanas de San Ángel y, en especial el grupo étnico Ette Ennaka, en el Magdalena).

Vemos cómo se evidencia una transición de estos pueblos que han pasado del autorreconocimiento a un sentido de pertenencia social reivindicando su igualdad de derechos, y en algunos casos –como el del pueblo Ette Ennaka– sus diferencias como enfoque de acción frente a su realidad. En otras palabras, el postconflicto lo asumen como un reto local, dentro del cual se plantean estrategias de perdón, recuperación del tejido social y reconciliación con sus victimarios, proceso que reconocen como independiente al proceso realizado por parte del nivel nacional.

Por otra parte, estas comunidades que han participado abiertamente en el proceso de reparación colectiva en un diálogo de cohesión social con el Estado, son evidencia de cómo los sectores históricamente excluidos

tienen la necesidad de reconocimiento de sus derechos reivindicando su igualdad y diferenciación.

Aclarando lo anterior, el concepto de reparación colectiva aparece definido como el beneficio que se confiere a un sujeto colectivo, con la finalidad de reparar el daño causado como consecuencia de la violación de los Derechos Humanos que las leyes internacionales vigilan (Rombouts, 2004). Los sujetos de reparación colectiva es un término introducido por Rosefeld (2010) quien los define como los beneficiarios de la reparación colectiva y señala que pueden ser grupos reconocidos legalmente y/o un conjunto de individuos.

El mismo autor identifica también el daño colectivo, como el que es causado por la violación de las leyes internacionales, sugiriendo que la reparación colectiva debe diferenciarse del deber de los Estados por garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos, definidos también por la CNRR como:

Un derecho fundamental del cual son titulares los grupos, pueblos, u organizaciones sociales y políticas que hayan sido afectadas por el daño ocasionado por la violación de los derechos colectivos, la violación grave y manifiesta de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o el impacto colectivo de la violación de derechos individuales. La reparación colectiva comprende medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en los componentes político, material y simbólico...”. (2010)

Sin embargo el proceso de acercamiento de la reparación colectiva mostró una serie de limitaciones, a pesar de que las comunidades se muestran prestas y atentas a participar de estas actividades con el objetivo de romper el aislamiento que han sufrido por cuenta de la geografía, la violencia y el Estado.

Todas estas características permiten reconocer la necesidad de un cambio estructural que permita que estas iniciativas sociales y políticas no sean excluidas, dando cuenta de la necesidad de una transformación de la gobernabilidad, que permita el reconocimiento de las necesidades de estos grupos históricamente marginados, propiciando espacios de solidaridad e inclusión y no solo reconociendo al otro, en función de políticas económicas, eficiencias productivas o parámetros de estatutos internacionales, corrigiendo un error estructural histórico.

REFERENCIAS

Angulo Amaya, M. C., Ortiz Riomalo, A. M. y Pantoja Barrios, S. (2013). Análisis de las percepciones de los colombianos sobre el proceso de paz y el postconflicto desde una perspectiva de género. En *Revista Colombia Internacional*, Universidad de los Andes. Disponible en: <http://colombiainternacional.uniandes.edu.co/view.php/9165/index.php?id=9165>

Benavides Vanegas, F. S. (2014). Cómo encarar la justicia en el periodo de transición. En *Por la Paz. Colombia en el postconflicto violento*, 20. Abril 2014. Institut Català Internacional per la Pau (ICIP).

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (2013). *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13.

Cortés Rincón, B. (2014). *El proceso de paz de Nicaragua, efectos políticos y consecuencias sociales del conflicto armado* (Tesis de maestría). Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá D.C., Colombia.

Fioravanti, M. (2009). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*.

Gómez Sierra, F. (2014). *Constitución Política de Colombia. Básica*. Bogotá, Colombia: Ed Leyer.

Hernández Pérez, T. (2012). *El papel de la democracia en sociedades postconflicto, situación del conflicto armado interno: El caso del Salvador y Colombia*.

Informe General Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*.

Jaramillo, S. (14 de mayo de 2013). Transición en Colombia ante el proceso de paz y la justicia. *El Tiempo*.

Kotter, J. (2012). *Leading Change*. Boston: Harvard Business School Press.

Ley 975. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de gru-

pos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. *Diario Oficial* No. 45.980 de 25 de julio de 2005.

Mantilla, J. A. (2014). El Acuerdo de Viernes Santo o la paz como nuevo diseño institucional compartido: Lecciones del proceso de paz en Irlanda del Norte. En: *Políticas Públicas*, (5), julio 2014. Universidad Nacional de Colombia.

Paladini Adell, B. (2014). Infraestructura de paz: hacia un sistema de apoyo a la construcción de paz en Colombia. En: *Por la Paz. Colombia en el postconflicto violento*, 20, abril 2014. Institut Català Internacional per la Pau (ICIP).

Robinson, J. & Acemoglu, D. (2012). *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Bogotá: Planeta.

Robinson, J. (2013). Colombia: Another 100 Years of Solitude? In *Current History*, 43-48.

Rombouts, H. (2004). *Victims Organizations and the Political or Reparation: A Case of Study on Rwanda*. United States of America: Ant-werp-Oxford.

Ryan, J. (2012). Infrastructures for Peace as a Path to Resilient Societies. An Institutional Perspective. En: *Journal of Peacebuilding & Development*, 7(3), 15.

Skaar, E. (2003). *Independencia judicial y política de derechos humanos en Argentina y Chile*. Bogotá, Colombia: Ed. ILSA.

Victoria Llorente, M., Guarín, S. & Rivas, Á. (2014). La construcción de la paz en Colombia y el reto del cambio. En: *Por la Paz. Co-*

lombia en el postconflicto violento, 20, abril 2014. Institut Català Internacional per la Pau (ICIP).

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*.

La responsabilidad objetiva en la protección del derecho del consumidor: ¿Es una cuestión de Estado?*

The objective responsibility in the protection of the right of the consumer: Is it a matter of the State?

RESUMEN

Anteriormente se entendía que las relaciones que surgían en las transacciones del mercado, eran competencia exclusiva del Derecho Privado; sin embargo la intervención estatal permitió regular por medio de leyes el ejercicio y desarrollo de la actividad económica, al igual que brindar las garantías para una óptima protección de los derechos a los consumidores. La promulgación de la Ley 1480 de 2011, se enmarca en esta nueva concepción jurídica, la cual frente a la responsabilidad objetiva, indica que sus efectos irradian a todas las partes intervinientes en la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios. El presente artículo de reflexión, busca analizar el desarrollo normativo y jurisprudencial de la responsabilidad objetiva en materia de protección al consumidor, así mismo, caracterizar el avance jurídico que ha tenido el tema a través del estudio de casos en el orden nacional e internacional y así evidenciar las fortalezas y falencias en materia de responsabilidad objetiva frente al derecho de consumo.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad objetiva, Estado, Derechos del consumidor, Daño, Garantías.

ABSTRACT

Previously it was understood that the relationships that arose in the transactions of the market, were exclusive competence of the private law; however, state intervention made it possible to regulate by law the exercise and development of economic activity, as well as providing guarantees for the optimal protection of consumer rights, the enactment of Law 1480 of 2011, is part of this A new legal concept, which, in the face of objective liability, indicates that the effects of it radiate to all parties involved in the chain of production and marketing of goods and services. This article aims to analyze the normative and jurisprudential development of the objective responsibility in the matter of consumer protection, as well as to characterize the legal advance that has had the subject through the study of cases in the national and international order and thus evidence the strengths and shortcomings in the matter of objective responsibility towards the right of consumption.

KEYWORDS

Objective responsibility, State, Consumer rights, Damage, Guarantees.

JORGE MIGUEL GUEVARA FRAGOZO

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. jorgemiguelgf@hotmail.com

* Esta investigación se desarrolló en el marco del Programa Consuma Caribe y contó con la dirección temática del doctor Edimer Latorre Iglesias.

Recibido: Febrero 20 de 2015 • Aceptado: Mayo 25 de 2015

INTRODUCCIÓN

Cuando nos referimos al término de responsabilidad, se hace alusión al deber que se tiene de resarcir un daño causado. Esto incluye la relación conceptual entre el daño, el causante del daño y la víctima; al igual que la configuración de los elementos que generan la responsabilidad de reparar, tales como el hecho antijurídico; la presencia del daño en la conducta realizada, la cual indica el nexo causal entre el acto y el resultado; la responsabilidad que puede ser subjetiva u objetiva y se atribuye a un agente dañador (Shina, 2014, p.105).

Con fundamento en el principio jurídico que establece que nadie puede dañar a otro y en caso de ocasionar un perjuicio este debe ser resarcido, la responsabilidad puede clasificarse en subjetiva y objetiva. Estas se diferencian en el elemento de culpa/dolo, asegurando que mientras la responsabilidad subjetiva requiere de la configuración de la culpa/dolo para indemnizar a la víctima por los perjuicios ocasionados, la responsabilidad objetiva se materializa con la ausencia de la culpa/dolo, es decir, basta con la existencia del riesgo que se transforma en daño y ocasiona un detrimento para que surja la obligación de resarcir.

Mosset (1993, pp.28-29) indica, que si bien existen diferencias entre las clases de responsabilidades, su fin último es reparar el daño ocasionado, dado que el deber de indemnizar a la víctima es prioritario en el sis-

tema jurídico, antes que determinar la culpa o no de aquel que generó el perjuicio.

Los orígenes de la responsabilidad objetiva se encuentran marcados por el desarrollo jurisprudencial de Roger J. Traynor (Ministro de la Corte Suprema de California durante 30 años), el cual afirmaba que este tipo de responsabilidad era un asunto que concierne al Estado, por cuanto todas las políticas públicas destinadas a reglamentar las relaciones de carácter privado, debían ser justas y generar un bienestar social.

Es así que en el año 1963 inicia el camino jurídico para determinar la responsabilidad objetiva en materia del consumidor, al fallar en la sentencia “Greenman vs. Yuba Products Inc.”, que todos los defectos presentados en los bienes y servicios ofertados son responsabilidad del fabricante, exonerando a los consumidores de probar que el daño es culpa o negligencia del productor.

Para el caso colombiano, el desarrollo de la responsabilidad objetiva frente a los derechos del consumidor, tiene su fundamento legal en la Constitución de 1991, específicamente en su artículo 78, que vislumbra que el Estado como ente regulador es el encargado de velar y garantizar que los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores y distribuidores a los consumidores cumplan con los requerimientos mínimos de calidad e idoneidad, al igual que obligar a los fabricantes a responder en caso de daños.

De igual forma, el Estado a través de sus ins-

tituciones políticas como las Altas Cortes, y aplicando los principios de la Carta Magna, ha desarrollado un andamiaje jurisprudencial en materia de responsabilidad objetiva, cuya finalidad es la de contribuir por vía legal, doctrinal y analogía de la jurisprudencia extranjera a la protección de los derechos del consumidor.

Con la expedición de la Ley 1480 de 2011, el legislador pretendió ejercer control sobre las relaciones de consumo, para brindar las garantías necesarias al libre ejercicio y protección de los derechos del consumidor. Es así como esta normatividad analiza el tema de la responsabilidad objetiva, la cual recae sobre los productores y proveedores que según la ley se encuentran obligados a responder por la calidad, idoneidad y seguridad de los productos ofrecidos en el mercado.

Teniendo en cuenta esto, la presente investigación pretende analizar el concepto de responsabilidad objetiva en el marco de la protección de los derechos del consumidor, así como establecer la regulación del Estado a través de la jurisprudencia nacional con analogía de casos extranjeros.

La metodología empleada se dará a través de una búsqueda documental y bibliográfica para construir una teoría a partir de la base científica encontrada. Se hará énfasis en el análisis de los componentes teóricos predominantes que constituyen la figura de la responsabilidad objetiva en el derecho de consumo, y se realizará una revisión en retros-

pectiva para reconstruir cómo se construyó el concepto y cómo ha sido su aplicación.

Por último se realizará una fase exploratoria y descriptiva de Derecho Comparado sobre el empleo de la figura de responsabilidad objetiva en la protección de los derechos del consumidor en países latinoamericanos, partiendo del análisis de trabajos académicos, modelos y jurisprudencia, con el fin de confrontarlos con la figura creada en nuestro país.

1. Antecedentes de la irrupción de la sociedad del riesgo

La reglamentación legal del tema de responsabilidad dentro de la sociedad, es de gran importancia, dado el desarrollo industrial y consumista en el que nos encontramos inmersos, originando así lo que se conoce como sociedad de riesgo, concepto que explica Gutiérrez, indicando que esta colectividad se encuentra determinada por nuevos riesgos causados por el incremento tecnológico de las empresas y las cadenas de producción, distribución y consumo (Gutiérrez Santiago, 2006, p.22).

En el mismo sentido Díez-Picazo (1979) establece que la transformación paulatina de la sociedad técnica a través de los años, implica una serie de efectos en la dependencia y uso de la tecnología por parte de los consumidores, lo cual conlleva a que paralelamente a esto, nazcan nuevos riesgos, en razón del proceso de modernización de la sociedad industrial, lo que potencia significativamente

un sistema de daños en contra de la cadena básica del mercado, esto es, de los consumidores (p.732).

De manera pues, que es necesario que las normas desarrolladas en pro de la defensa y protección de los derechos del consumidor sean acordes para dar las respuestas a las necesidades de seguridad y responsabilidad frente a daños ocasionados por los productores de bienes y servicios (Gutiérrez Santiago, 2006, pp.35-36).

En este orden de ideas es pertinente indicar que el derecho anglosajón fue uno de los sistemas jurídicos que desarrolló la responsabilidad frente a los productos defectuosos comercializados en el mercado y representó un reto para los operadores de justicia en determinar los sujetos sobre los cuales recaería la responsabilidad, de acuerdo a la teoría contractual llamada *privity of contrac* y la *strict liability* o la denominada responsabilidad objetiva.

Inicialmente, los jueces ingleses analizaban la responsabilidad desde el ámbito contractual en las relaciones de consumo, por lo que en la mayoría de casos se beneficiaba el productor (Woolcott, 2007, p.127). De tal manera que los productores y distribuidores encontraban en el sistema normativo una ventana de actuación que iba en detrimento de los derechos del consumidor, lo que conllevaba a que los consumidores no reclamaran algún tipo de indemnización por los daños ocasionados al adquirir un producto defectuoso en el mercado (Munar, 2013, p.177).

Esta práctica generó gran controversia social, dado que el análisis de la teoría de la responsabilidad contractual en las sentencias representaba una protección a los productores y una falta de garantías a los consumidores, es decir, a toda la sociedad se dejaba desprotegida, pues se endilgaba que de acuerdo al principio *caveat emptor*, la responsabilidad de la calidad, idoneidad y seguridad de los productos era exclusiva del comprador (Coleman, 2010, p.407).

De la Maza explica la tesis del *caveat emptor* de acuerdo al sistema del *Common Law*, aduciendo que en la etapa de negociación contractual las partes deben protegerse a sí mismas y no se encontraban en la obligación de comunicar a su contraparte, alguna información relevante para determinar el consentimiento de forma correcta en un negocio jurídico (2009, p.34).

En este sentido el Derecho norteamericano incursionó de forma disruptiva en el desarrollo de la *strict liability* o responsabilidad objetiva en el derecho del consumo, donde el productor se considera responsable frente a los consumidores siempre y cuando se le impute un daño generado por la compra de un producto defectuoso (Coderch, Piñero & Rubí, 2003, p.6).

Esta teoría se ha resaltado al momento de emitir los fallos, entre los cuales se menciona el caso entre MacPherson vs. Buick Motors en 1916, sentencia que marcó un punto trascendental en la aplicación judicial de la teoría de *strict liability*, donde se condena

al fabricante de automóviles por el desperfecto de una rueda, que generó un perjuicio a la víctima sin existir un vínculo contractual entre ambos, pero se configura la tesis de peligro inherente al producto que representa un riesgo al consumidor. Esta tesis se desarrollaba en los casos en los que la responsabilidad y los medios de prueba recaían en el fabricante por la producción de productos defectuosos que representaban un riesgo a la seguridad del comprador, por cuanto el fabricante controla la cadena de producción (Villalba Cuéllar, 2014, p.19).

Sin embargo, el caso más significativo fue el de Escola vs. Coca Cola Bottling en 1944, sentencia producida por el juez Roger Traynor, que manifiesta la responsabilidad absoluta que tiene el productor al colocar un producto en circulación en el mercado, con el conocimiento de que este puede causar un daño a los consumidores por presentar defectos de fábrica.

Aquí Traynor manifiesta que la responsabilidad recae sobre el fabricante, dado que los consumidores no tienen los conocimientos necesarios para indicar que el producto adquirido está en óptimas condiciones y cumple con las calidades que no atenten contra su seguridad, por lo cual es injusto imponerle una carga probatoria que demuestre el daño, si desconocen el proceso de producción y comercialización de los productos (Escola vs. Coca-Cola Bottling Co., 1944).

Bajo esta premisa las sentencias emitidas en el Derecho norteamericano, permitieron

la construcción de algunos preceptos que señalan la responsabilidad sin culpa por los productos defectuosos circulantes en el mercado. Para 1960 el litigio entre Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc., permitió la creación de la garantía de comerciabilidad aplicada a terceros que no hayan adquirido el producto, admitiendo así su pertinencia a todos los productos.

Ya en el año de 1965 se promulga la *Restatement of torts*, sección 402 A, jurisprudencia que contempla y desarrolla el concepto de daños por productos defectuosos, tesis que evolucionaron de forma más específica en 1997, año en el que se expide la *Restatement of torts: product liability*; jurisprudencia que abarca de forma determinada el concepto de defecto y sus clasificaciones, así como el deber de información y las reglas de causalidad (Woolcott, 2007, pp.129-132).

Acerca del concepto de información, Iñigo De la Maza manifiesta la relevancia que tiene este deber en la etapa precontractual, especialmente en la formación de los contratos civiles, indicando que este se estructura por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Frente al análisis del supuesto de hecho en el deber de información se tiene en cuenta la acción de una de las partes en no proporcionar información acerca del negocio jurídico a la otra, la cual se presenta bajo ciertas eventualidades tales como: la ignorancia, el conocimiento y la reticencia (2009, p.62).

Sobre estas eventualidades se define lo siguiente:

- a) La ignorancia se caracteriza por el desconocimiento de información vital del negocio jurídico por alguna de las partes, lo cual conlleva a que se celebre un contrato, donde seguramente si la parte afectada tuviera la información real y completa no hubiera pactado o negociado ese mismo contrato.
- b) El conocimiento se caracteriza porque esta parte si tiene conocimiento sobre la información que su contraparte desconoce, lo cual es determinante al momento de celebrar el negocio jurídico.
- c) La reticencia se caracteriza por el hecho de que una de las partes, conociendo cierta información acerca del negocio jurídico, no la da a conocer a la otra, que acuerda bajo parámetros contractuales distintos a los que realmente deberían ser (De la Maza Gazmuri, 2009).

Analizando la estructura del deber de información, vemos que la violación al mismo genera una consecuencia jurídica perjudicial para aquella parte que lo contraviene, dado que se encuentra en la obligación de indemnizar los daños causados a su contraparte. Sin embargo, esta indemnización va ligada al hecho de que las consecuencias estén relacionadas de forma directa con la reticencia de aquella parte que conocía información relevante en el negocio jurídico pero no quiso suministrarla (2009, pp.63-65).

El sistema de responsabilidad en el marco del derecho de consumo, ha sido implementado dentro de las directrices de la Comunidad Europea, tal como es el caso de la Directiva

374, la cual se considera como un mecanismo idóneo implementado en la política comunitaria de protección al consumidor, para endilgar responsabilidad civil por productos defectuosos (Díaz-Ambrona Bajardí, Hernández Díaz-Ambrona, Pous De la Flor & Tejedor Muñoz, 2012, p.439).

Así esta directriz se compone de una serie de artículos que establecen los preceptos que rigen el ámbito de la responsabilidad por productos en la Comunidad Europea. De igual forma se tiene en cuenta que la directriz indica la normatividad aplicable a este asunto, la cual es la referente al Derecho interno de cada Estado miembro, siempre y cuando se configuren ciertos requisitos tales como que el daño se haya producido dentro de su territorio, la víctima tenga su residencia en el Estado donde se constituyó el daño, se dé la ubicación principal de la parte que causó el daño o se haya comprado el producto de forma directa por la víctima (Ureña Carozo, 2015, p.6).

A su vez el artículo 4 manifiesta que los consumidores están obligados a probar el perjuicio ocasionado por el producto defectuoso y la relación existente entre ambos, o mejor conocido como nexo causal, es decir, que lo que se debe probar es la inseguridad que causa el producto comprado para la integridad física de los consumidores (Comunidad Europea, 1985).

España siendo uno de los países adscritos a la Comunidad Europea, incluyó en su sistema normativo el tema de la responsabilidad

objetiva en materia del consumo, especialmente por productos defectuosos, a través del Real Decreto Legislativo 22 de 1994 de la Directiva 374 de la Comunidad Europea.

Sin embargo esta norma fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre, en el cual se constituye el TRLGCU (texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), la cual adopta las directrices comunitarias sobre los preceptos contractuales que deben regular las relaciones comerciales pactadas a distancia o fuera de los establecimientos de comercio; así como la reglamentación que se da frente a la garantía por la enajenación de productos comercializados para el consumo; al igual que la incorporación de la responsabilidad civil derivada por el daño causado por un producto defectuoso.

A su vez la Ley 3 de 2014 del 27 de marzo, reforma el TRLGCU teniendo en cuenta la Directiva 2011/83/EU, la cual tiene como objetivo consolidar los preceptos normativos internos referentes a los contratos celebrados con los consumidores, que permitan crear un orden legal común en Europa para fortalecer la seguridad jurídica y el mercado interno. De manera pues que esta reforma analiza los contratos pactados a distancia y las demás formas de contratación; precisa los conceptos de consumidor, empresario, contrato a distancia, establecimiento mercantil, entre otros, con la finalidad de armonizar las diferencias que existen sobre los conceptos en los Estados miembros.

Díez-Picazo explica que este tipo de responsabilidad (objetiva) no incluye la culpa o negligencia de los actores a quienes la norma y el consumidor le atribuyen la responsabilidad, puesto que lo que se busca es probar los defectos surgidos en los productos comercializados en el mercado de acuerdo a la seguridad y calidad que deben tener, y no los elementos subjetivos (Díez-Picazo, 1999, p.144).

En Latinoamérica el ordenamiento jurídico brasileño incluye la responsabilidad objetiva frente a los derechos del consumidor, en los casos de productos defectuosos y prestación de un servicio defectuoso (Vásquez Pérez, 2015, p.31).

2. Responsabilidad objetiva en el Derecho del Consumo en Colombia

La evolución de la responsabilidad objetiva en Colombia ha sido paulatina, así el Decreto 3466 de 1982 contemplaba ciertas acciones de orden administrativo que permitían el pago de perjuicios ocasionados por la falta de calidad e idoneidad de los bienes y servicios comercializados en el mercado.

De igual forma, este criterio fue ampliado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, al realizar un análisis con base en el artículo 78 de la Carta Magna, del deber que le correspondía al consumidor de probar un defecto en un producto para establecerse la responsabilidad de los fabricantes, enunciando:

... el defecto cuya prueba compete al perjudicado, no es el error de diseño o intrínseco del producto, cuyo conocimiento difícilmente puede dominar o poseer el consumidor; lo es la inseguridad que se manifiesta con ocasión del uso al cual está destinado. Probado el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe éste a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal. (2000)

Con base en lo anterior la Corte enfatizó en el deber de seguridad que asumen los productores y distribuidores en la comercialización de un producto en el mercado. Aquí se evidenció la relación desigual que existe entre los consumidores y el productor o distribuidor, indicando que la responsabilidad por productos defectuosos, es objetiva, por cuanto su fundamento está basado en el riesgo, hecho que obliga el deber de ofrecer productos en óptimas calidades y garantías a la seguridad e integridad física, imposibilitando la exoneración del productor por actuar con diligencia y cuidado.

Con la expedición de la Ley 1480 de 2011, se busco complementar el sistema de responsabilidad en materia del consumidor, en tanto la finalidad normativa es la protección integral del mismo, imponiendo así una obligación de seguridad a los productores y distribuidores para con los usuarios en la co-

mercialización de bienes y servicios con base en el precepto constitucional emanado del artículo 78 (Villalba, 2012, p.42).

Es así como el artículo 3 del Nuevo Estatuto del Consumidor indica la voluntad del legislador que reconoce la seguridad como un derecho que tiene el consumidor a no sufrir un daño a su integridad por el uso de un producto, así como lo establece el Principio de Seguridad en el artículo 1 de la mencionada ley.

Teniendo en cuenta esto, la seguridad se considera un deber que busca estar a la altura de los requerimientos que propenden por una satisfacción mínima de las necesidades básicas de las personas, por parte de aquellos productores que ingresan al mercado un bien o servicio para comercializarlo (Calais-Auloy & Steinmetz, 2006, p.301).

Analizando el concepto de seguridad, se encuentra que su inclusión en la normatividad del consumidor ha sido novedad, resaltando que esta se considera como la

Condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanita-

rias, se presumirá inseguro. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

De manera pues que la inobservancia y no cumplimiento de los requerimientos mínimos de seguridad que debe tener un producto, que ocasionen un perjuicio a los consumidores o sus bienes en razón de su defecto, genera una responsabilidad por daños por parte del productor, la cual obliga al consumidor como directamente perjudicado, a probar el defecto del bien sin la obligación de señalar las posibles causas que generaron este hecho, invirtiendo así la carga de la prueba al productor o distribuidor del bien y servicio (Giraldo López, 2014, p.60).

3. Responsabilidad por producto defectuoso

Antes de adentrarse al contexto de la estructura normativa de la responsabilidad por producto defectuoso en Colombia, es necesario entender que esta va ligada íntimamente al concepto de obligación de seguridad, que debe darse en las relaciones de consumo.

Así encontramos que el concepto de obligación de seguridad fue concebida desde el año 1911 por la jurisprudencia francesa, la cual admitió la existencia de ciertas conductas que propendían la protección de los contratantes frente a los daños que pudieran ocasionarse a la integridad física y un menoscabo al patrimonio. Esta concepción se dio gracias a la interpretación de la *Cour de Cassation* acerca de los deberes y responsabilidades que debían darse en el contrato

de transporte, concluyendo que el transportador no se encontraba obligado solamente a trasladar a personas de un lugar a otro, sino que además debía conducirlos de forma sana, no arriesgando su integridad física, lo que generó que el deber de seguridad permitiera incluir en la responsabilidad contractual aquellos daños que por tradición habían sido de la esfera de la responsabilidad extracontractual, exonerando al perjudicado de probar el daño ocasionado, trasladando la carga probatoria al transportador, el cual solo podría ser eximido de culpa por una causa ajena a él (Rodríguez Olmos, 2013, pp.327-329).

Para el caso de Colombia, el concepto de obligación de seguridad fue acogido en el año de 1983 por la Corte Suprema de Justicia, la cual analizó el contrato de transporte, determinando que el transportador se encuentra obligado frente al personal que transporta a trasladarlos al lugar acordado de forma sana y respetando su integridad física (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1938).

De igual forma la Corte Suprema ha definido esta obligación de seguridad argumentando

... aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver sanos y salvos –ya sea a la persona del otro contratante o sus bienes– al concluir el cometido que es materia de la prestación a cargo de dicha parte estipulada, pudiendo tal obligación ser asumida en forma expresa, venir impuesta por la ley en circunstancias especiales o,

en fin, surgir virtualmente del contenido propio del pacto a través de su entendimiento integral a la luz del postulado de la buena fe. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1993)

Con base en lo anterior, se indica que para las legislaciones francesa y colombiana el deber de seguridad se dio gracias a los problemas de orden contractual, que permitieron extender el alcance y cobertura de la prestación del servicio por parte del deudor y la responsabilidad que este asume frente a los consumidores (Espinoza Apráez, 2015, pp.378-379).

El Nuevo Estatuto del Consumidor o la Ley 1480 de 2011 replantea el concepto de la obligación de seguridad y lo relaciona con el daño, explicando que esta procede de la responsabilidad que tiene el fabricante o distribuidor frente a los consumidores por la producción y comercialización de bienes y servicios defectuosos que atenten contra la integridad y seguridad de los consumidores y sus bienes. De tal manera que el daño del producto debe ser probado por el consumidor afectado, así como la relación jurídica entre las causas del perjuicio y el resultado dado (Congreso de la República de Colombia, 2011).

El artículo 20 de la mencionada ley expresa el concepto de daño entendiendo que este se constituye cuando se da:

1. La muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso;

2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Villalba manifiesta que se configura la responsabilidad por productos defectuosos cuando existe un error en la producción, en el diseño o la información de un producto, que genera un daño a la integridad física de los consumidores o a su patrimonio. De manera que se requiere la existencia real de un perjuicio ocasionado por un producto en contra del consumidor para que se determine la responsabilidad del mismo (2014, p.22).

Con base en esto es importante manifestar que no se debe confundir el defecto de un producto que pueda generar un perjuicio, frente a la eventualidad de que este no funcione de la manera correcta, ya que en el último caso, la normatividad del consumidor prevé otro contexto de aplicación, como lo es el tema de la garantía de productos de acuerdo a su calidad e idoneidad (Larrosa, 2011, p.215).

De igual forma se cae en la confusión cuando se involucran los conceptos de productos defectuosos y productos nocivos. En estos casos se tiene en cuenta que el primero surge por el daño causado por las acciones u omisiones de un fabricante o distribuidor, mientras que el segundo representa un perjuicio real al consumidor y su seguridad por su esencia, como por ejemplo los cigarrillos que por su consumo a largo plazo pueden

ocasionar enfermedades respiratorias graves como el cáncer de pulmón que puede llevar a la muerte de una persona.

Sin embargo es importante tener en cuenta que un producto nocivo puede convertirse en un producto defectuoso, siempre y cuando se omita el deber de información para el uso, que está a cargo de los productores y distribuidores sobre su peligrosidad, pues violenta el principio de seguridad que ampara al consumidor (Parra Lucán, 1990, pp.501-502).

Para la Ley 1480 de 2011, el producto es defectuoso cuando:

Artículo 5 numeral 17. Producto defectuoso es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

Frente al concepto anterior cabe manifestar que Villalba (2014) realiza una crítica al tratamiento de defecto como error que le da la Ley 1480, dado que reviste de subjetividad la responsabilidad a cargo del proveedor o distribuidor, admitiendo la culpa del operador, hecho que es inconcebible dado que los defectos surgidos en los productos comercializados en el mercado, deben gozar de una seguridad para los usuarios, generada por un control e inspección en la cadena de producción, características propias de un sistema de responsabilidad objetiva (Villalba Cuéllar, 2014, pp.23-24).

4. Defectos en el Estatuto del Consumidor

Oviedo Albán explica que de acuerdo a la normatividad civil colombiana, el vendedor se obliga para con el comprador a realizar la tradición y entrega de la cosa, así como la responsabilidad que tiene de subsanar la evicción y los vicios redhibitorios. Para el caso de los vicios redhibitorios se indica que para su configuración desde la perspectiva material es necesario cumplir con dos condiciones las cuales son: a) darse un defecto en el producto y b) en razón de este defecto verse implicado el funcionamiento normal del bien (2015, pp.53-56).

Desde la percepción doctrinal se establece que el bien es defectuoso cuando el defecto implica un mal funcionamiento del mismo, lo que no permite el uso normal por parte del comprador configurándose así un vicio redhibitorio (Oviedo Albán, 2015, p.56).

Baudry-Lacantinerie y Saignat explican que no se debe confundir la diferencia entre los vicios redhibitorios y el error, dado que se configura un vicio en el consentimiento cuando cae en las cualidades del bien, por el contrario existe un defecto cuando el bien presenta un mal funcionamiento, lo cual no permite que el comprador use el producto de acuerdo a la finalidad para lo que adquirió (1908, p.422).

De acuerdo a la noción funcional se indica que el vicio redhibitorio implica una serie de condiciones que afectan el normal funcionamiento del bien y al vendedor de la cosa que

celebró un contrato de venta con un determinado comprador. De manera pues que se establece la existencia del defecto en el bien, cuando esta lo hace inidóneo para el uso que motivó al comprador a adquirir el producto (Ghestin, 1983).

Los vicios redhibitorios cumplen ciertas características, enunciadas por el artículo 1915 del Código Civil, las cuales son:

1. Haber existido al tiempo de la venta.
2. Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o solo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio.
3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio (Congreso de Colombia, 1887).

Analizando estas características se infiere que el vicio debe ser oculto o ignorado al comprador, hecho que se da en los casos en que el vendedor no entrega la información veraz y real del negocio jurídico al comprador o cuando este ignora en razón de su oficio el mismo, por lo tanto no se puede considerar como vicio redhibitorio aquel que el vendedor dé a conocer o que el comprador visibilice en la inspección del bien.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos, la Ley 1480 de 2011 en su

artículo 5 numeral 17 explica el concepto de producto defectuoso afirmando:

...es aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

El defecto en los productos puede darse según la normatividad por:

- Error de diseño.
- Error de fabricación.
- Error de construcción.
- Error de embalaje.
- Error de información.

Se entiende por defecto de diseño aquel que versa sobre la creación del bien, su configuración y su belleza. Coderch *et al.*, expresa que se tienen en cuenta dos reglas para indicar si un producto presenta defectos de diseño, como lo son el denominado test de la expectativa razonable por parte del consumidor, tesis propia de la doctrina y normativa de la Unión Europea y España, en la cual se analiza el defecto del producto desde la perspectiva del pensamiento del consumidor, es decir, que este no cumple con el ideal que motivó al usuario a adquirir el bien induciéndole a un error causándole un perjuicio.

Por otra parte se encuentra la regla del riesgo-utilidad, tesis desarrollada por los operadores judiciales estadounidenses, que manifiesta que el diseño de un producto puede ser defectuoso cuando los riesgos de perjui-

cios podrían ser previsibles empleando un diseño alternativo, que brindara una seguridad al consumidor (Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del Derecho (Law enforcement), 2003, p.15).

Continuando con el estudio de las clases de defectos, se encuentran aquellos denominados defectos de fabricación, concepto que explica Gutiérrez (2011) argumentando que estos son errores que se presentan en la creación de productos por parte de un humano o la máquina encargada de los procesos de producción, lo cual da como resultado una serie de desperfectos en la misma (p.678).

En este mismo orden de ideas se encuentra que los defectos de construcción aplican para las acciones u omisiones realizadas a bienes inmuebles en un proceso de construcción, los cuales se encuentran viciados por la inclusión de un desperfecto, que trae como consecuencia un daño al consumidor, que genera responsabilidad a los productores y proveedores.

De igual forma frente a los defectos surgidos por el embalaje, es pertinente mencionar que este hecho tiene como consecuencia la poca preservación de la vida útil del bien, lo que conlleva a que se modifiquen los elementos esenciales del producto, hasta el punto que estos puedan convertirse en inseguros para el consumidor.

Y por último, pero no menos importante, los defectos presentados por la falta de informa-

ción. Esta tesis considera que el producto comercializado en el mercado no posee desperfecto alguno, pero por el desconocimiento de la información por parte del consumidor sobre el uso y las contraindicaciones de un determinado bien o servicio, se produce un daño a la integridad física del usuario y sus bienes. El impace o defecto se subsana mediante el deber de aviso que tiene el productor sobre la calidad, idoneidad y efectos que tienen los bienes y servicios, tal como son los casos de las bebidas alcohólicas donde la etiqueta incluye la reseña que es un producto nocivo para la salud (Woolcott, 2007, p.121).

Teniendo clara la clasificación construida en torno a los conceptos de producto defectuoso, se analizan a continuación los elementos que configuran la responsabilidad por productos defectuosos. En primer lugar encontramos que se considera la responsabilidad por productos defectuosos como una responsabilidad de mercado de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores

y usuarios. El productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado. En este caso, el mercado está constituido por los consumidores y usuarios. La responsabilidad de mercado –secundada por la Constitución y la ley–, no contractual, acredita la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo el concepto de consumidor o usuario. (Corte Constitucional de Colombia, 2000)

De acuerdo a esto se concluye que si bien la responsabilidad por productos defectuosos es un acápite de la responsabilidad civil, esta se enmarca como una responsabilidad significativa, dado que no requiere del nexo derivado de la existencia de un contrato para el surgimiento de la obligación.

Asimismo se establece que la responsabilidad por producto defectuoso es una responsabilidad objetiva, dado que al crear un producto los fabricantes generan unos riesgos al comercializarlos en el mercado, por cuanto ellos son los que reciben los beneficios económicos de la actividad de producción de bienes y servicios y poseen la información correspondiente a la cadena de producción, dejando en desventaja a los consumidores (Mosset & Wajtraub, 2008, p.244).

Igualmente el Estatuto del Consumidor prevé la responsabilidad solidaria de los productores y distribuidores frente a productos defectuosos comercializados en el mercado. Tamayo lo explica enunciando:

...una responsabilidad solidaria de todas las personas que participen en la cadena de producción y distribución del producto da ñino, frente al tercero, consumidor o no, que finalmente sufra el daño como consecuencia del defecto o falta de calidad del producto. En esta forma, el fantasma de la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual tiende a reducirse o a eliminarse en este tipo de daños. (Tamayo, 2007, p.117)

5. Eximentes de responsabilidad de los productores y proveedores

El régimen de responsabilidad por productos defectuosos establecido en el derecho de consumo colombiano, estipula taxativamente en la ley unas causales de exoneración del productor, las cuales analizan un factor común tal como lo es un suceso extraño aislado del actuar diligente en la creación y fabricación de los productos por parte del fabricante.

En el contexto de protección a los derechos del consumo, se genera una responsabilidad objetiva por parte del productor hacia el consumidor por los daños ocasionados por un bien o servicio defectuoso, donde se aplica el principio de que quien configura un perjuicio a otro debe indemnizarlo, en razón de que esta persona no estaba en la obligación moral y legal de soportar un menoscabo de sus derechos (Giraldo López, 2014, p.58).

El Estatuto del Consumidor prevé unas causales explícitas que exoneran de la responsa-

bilidad a los fabricantes y distribuidores, tal como lo manifiesta el artículo 22:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;
3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;
5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;
6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. (Congreso de la República de Colombia, 2011)

La configuración de estas causales enunciadas en la Ley 1480 de 2011, permite deducir que la responsabilidad que surge por el desperfecto de los productos es objetiva, dado que no pueden ser atribuidas a los productores y proveedores por contemplar causas extrañas a su voluntad, a excepción que no pueden exonerarse de la responsabilidad alegando un obrar diligente en el proceso de producción.

Acorde a esto vemos que en el contexto de la responsabilidad objetiva por los desperfectos en los productos, no se tiene en cuenta que los fabricantes y distribuidores hayan

actuado con culpa, pues solo basta con que se compruebe el nexo causal existente entre la causa y la existencia del daño, así como el defecto del producto para que se atribuya la responsabilidad (Espinoza Apréez, 2015).

6. Derecho Comparado: Legislación española

Anteriormente los casos de responsabilidad por daños generados por el uso de bienes y servicios defectuosos por parte de los consumidores, se analizaban desde la óptica de los principios y reglas del Código Civil Español concernientes a la responsabilidad contractual y extracontractual, con el objeto de resarcir los perjuicios causados (Vázquez Bulla, 2014, p.718).

El avance constante del mercado y los procesos de industrialización, trajeron como consecuencia que los conceptos extraídos de la normatividad civil quedaron cortos para abarcar un sistema de responsabilidad integral en favor de los consumidores, considerados la parte más vulnerable en las relaciones económicas.

De manera pues que la promulgación de la Ley 26 de 1984, denominada “Ley General para la defensa de consumidores y usuarios”, sistematizó ciertos postulados sobre el derecho del consumo, que manifiestan que todo daño o perjuicio causado por la adquisición de bienes y servicios que logre ser probado por el consumidor, debe ser resarcido de acuerdo al principio de responsabilidad del fabricante teniendo en cuenta la configuración de la culpa.

Sin embargo el régimen de responsabilidad que desarrollaba la Ley 26 de 1984, no garantizaba una protección integral a los consumidores, dado que al atribuir la responsabilidad a los productores debía estimarse el elemento de culpabilidad, por lo que el legislador aunó sus esfuerzos para expedir la Ley 22 de 1994, la cual buscaba endilgar la responsabilidad objetiva de los productores, teniendo en cuenta los daños causados por el uso de bienes y servicios defectuosos.

Es de anotar que la expedición de la Ley 22 de 1994 incluyó preceptos normativos instaurados en la Directiva 85/374 de la Comunidad Europea, sobre los temas de responsabilidad objetiva del fabricante, en los casos de productos defectuosos comercializados en el mercado y adquiridos por el consumidor. Así la directriz explica el concepto de fabricante, explicando que este es la persona que manufactura un bien o servicio, y por este hecho adquiere una responsabilidad frente al consumidor al igual que el productor de materias primas, el que establezca el nombre, distintivo o signo en el producto e importador de los mismos por los daños ocasionados por productos defectuosos (Vázquez Bulla, 2014, p.722).

Con base en lo anterior, se indica que la Comunidad Europea insertó los principios doctrinales y jurisprudenciales frente a la responsabilidad por productos defectuosos de la legislación norteamericana, donde han desarrollado una serie de defectos atribuibles al productor tales como:

- Defecto de fabricación: El cual se caracteriza por el hecho de que los bienes y servicios no establecen la seguridad ofertadas por los demás productos de igual denominación.
- Defecto de diseño: El cual se caracteriza por tener un desperfecto o fallo industrial desde el momento en que se concibe la creación del producto.
- Defecto de información: El cual se caracteriza por no ofrecer al consumidor la información precisa acerca del uso, manipulación y consumo de un determinado bien y servicio (Vázquez Bulla, 2014, p.723).

A su vez el Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre por la cual se da el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, analiza los preceptos generales determinados por las directrices comunitarias acerca de las disposiciones aplicables a los contratos que surgen entre los consumidores y empresarios, así como las regulaciones a las relaciones comerciales que se dan en la distancia o en lugares distintos a los establecimientos del comercio. De igual forma esta normatividad pretende armonizar los preceptos legales de orden nacional en materia de protección a los derechos del consumidor con la legislación comunitaria.

Asimismo la Ley 3 de 2014, incluyó en la legislación española los preceptos establecidos en la Directiva 83 de 2011, la cual regula el desarrollo y aplicación de los contratos que

se realizan en el mercado con los consumidores y usuarios, reforzando la información atinente a las obligaciones precontractuales que se requieren para formalizar un contrato. De manera pues, que los productores y empresarios están en la responsabilidad de enunciar a los consumidores de forma clara, las condiciones para los contratos de depósitos y demás garantías financieras, así como de la existencia de una garantía legal para los bienes adquiridos, los servicios postventa y las garantías comerciales que se concedan en razón de las relaciones de consumo creadas.

Para los casos especiales como los contratos de suministro de contenido digital, se obliga al empresario a informar de diversas maneras el uso del servicio, así como el deber de informar sobre cualquier limitación técnica que tenga el producto, tal como la protección mediante el trámite de derechos digitales, la interoperabilidad de los aparatos y programas de contenido digital. De igual forma, en los contratos a distancia las exigencias de información, incluyen limitaciones técnicas a algunos medios comunicativos, lo cual obliga al empresario a direccionar al consumidor a fuentes de información confiables y veraces (Vázquez Bulla, 2014, p.724).

A su vez la Ley 3 de 2014 reglamenta los parámetros formales del contrato a distancia y de aquellos que se solemnizan en un lugar distinto de los establecimientos de comercio, lo cual obliga a los sitios comerciales en la web, a informar de forma clara y comprensible, antes de que el consumidor inicie su pro-

ceso de compra, si tienen alguna limitación en el suministro de productos y las opciones de pago que aceptan para realizar la compra.

6.1. Derecho Comparado: Legislación argentina

Realizando un análisis comparativo frente al desarrollo de la responsabilidad objetiva en otros ordenamientos jurídicos, encontramos que en Argentina la Ley 24240 de 1993, en su artículo 40 regula lo concerniente a la responsabilidad objetiva frente a productos defectuosos afirmando:

Artículo 40. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. (El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 1993)

Teniendo en cuenta esto, se indican varios criterios que determina la ley de defensa del consumidor para establecer la responsabilidad objetiva y proceder a la reparación de los daños causados, tales como: 1) la legitimación por activa y pasiva; 2) el factor atributivo de responsabilidad; 3) eximentes de

responsabilidad; 4) cargas probatorias y 5) responsabilidad solidaria.

Frente a la legitimación por activa y pasiva, la ley es clara en manifestar que la acción de daños puede ser empleada por todos los consumidores para exigir la responsabilidad, así como el pago de perjuicios ocasionados por los productores y distribuidores de bienes y servicios. Asimismo para el caso de la atribución de la responsabilidad se indica que esta es de carácter objetivo, es decir, que el elemento objetivo comprende no solo los defectos que pueden traer los productos que adquieren los consumidores sino que además incluyen los defectos que pueden darse en la prestación de un servicio.

A su vez la normativa presupone el caso fortuito como causal de ausencia de responsabilidad a favor del fabricante y distribuidor, siempre y cuando no exista un vínculo entre la causa que originó el daño y el resultado.

Respecto al desarrollo de las cargas probatorias, se indica que en el caso de la responsabilidad objetiva en los productos defectuosos, la legislación argentina prevee que la dinámica de la prueba está a cargo de los productores y distribuidores, dado que ellos controlan la cadena de producción de sus productos, por ende poseen la información acerca de la creación de bienes y servicios que en muchas ocasiones desconoce el consumidor.

El concepto de responsabilidad solidaria en la Norma, la cual permite la indemnización

al consumidor, por un daño ocasionado en razón de algún desperfecto de un bien o servicio comercializado en el mercado. Es decir, que este precepto obliga a responder ante la víctima a todos los sujetos involucrados en la cadena de producción en aras de resarcir un perjuicio, lo que posibilita al consumidor a que ante un daño pueda exigir una indemnización reclamando ante cualquiera de los patrimonios que pertenezcan a los fabricantes y distribuidores de los productos defectuosos.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 26994 de 2014 se regulan aspectos importantes como los contratos especiales que se desarrollan en las relaciones de consumo. Así vemos que para el caso de los contratos celebrados en entornos distintos a los establecimientos de comercio, la norma enuncia en su artículo 1104 que se incluyen en esta modalidad, aquellos hechos en los que se realiza una oferta de un producto, sea un bien o servicio, en la residencia o en el sitio de trabajo del consumidor.

De igual forma para los contratos celebrados a distancia, el artículo 1105 explica que estos surgen una vez dada la concertación entre los proveedores y consumidores frente al empleo de medios de comunicación a distancia, y son aquellos los que se utilizan sin contar con la asistencia corporal de las partes que formalizan el contrato.

A su vez, para el empleo de los medios electrónicos y el deber de información que se debe dar a los consumidores, los artículos

1106 y 1107 explican que siempre y cuando la ley de orden especial requiera, los contratos deban ser por escrito, si en el contrato que suscribe el consumidor se incluye un soporte electrónico. Asimismo, si las partes emplean en sus relaciones de consumo medios electrónicos para su comunicación o celebración de contratos a distancia, el proveedor está en la obligación de informar al usuario, adicional a los preceptos contractuales establecidos y la acción de revocatoria de la oferta a la que tiene derecho, sobre los datos obligatorios para el uso adecuado de los medios electrónicos elegidos, para poder dimensionar los riesgos que se derivan de su uso y quien responde si se configuran los mismos.

6.2. Desarrollo jurisprudencial Colombia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

- Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena
- Radicado N° Ref: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01
- Accionante: Margy María Manasse Vargas
- Accionado: Productos Naturales de Cajicá S.A., "La Alquería".

Antecedentes

La demandante manifiesta que el día 31 de agosto de 1999, envió a su hijo a comprar a la tienda del lugar donde residía, un litro de leche larga vida. Este producto indicaba en su empaque, que la leche que contenía era

ultrapasteurizada semidescremada, leche natural de la empresa "La Alquería".

Una vez con el producto en sus manos, abrió la bolsa, con la finalidad de consumir el contenido, y al realizarse esta acción, sintió que su órganos bucofaríngeos y su estómago se quemaban, al igual que un cosquilleo por su cuerpo y de inmediato una visión borrosa. De manera que debió ser trasladada al Hospital San Ignacio, centro médico que le practicó un procedimiento de intoxicación exógena al igual que unos exámenes de toxicología para determinar las causas de la enfermedad.

Después del incidente, la demandante persiste con los síntomas de visión borrosa, lo cual la lleva a realizarse exámenes de rutina, indicando que había disminuido su visión en un 70 %, así como el padecimiento de una enfermedad denominada desmielización, la cual según los criterios médicos se generó por la presencia de "agentes infecciosos y por las neurotoxinas, sustancias producidas por agentes bacterianos" (Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

Consideraciones de la Sala

La Sala manifiesta que debido al avance tecnológico e industrial que se ha dado en la economía, la oferta de los bienes ha dado lugar a que se configuren grandes tendencias en la sociedad de consumo masivo, lo cual genera una obligación al sistema jurídico y económico a responder por los retos y las

garantías frente a esta realidad social cambiante.

De ahí que esta situación novedosa cree una brecha entre los productores y proveedores de bienes y servicios y los consumidores, por lo cual los fenómenos jurídicos desprendidos de la relación de consumo, no deben ser entendidos solo con las normas especiales, sino partiendo de los principios constitucionales de un sistema económico de libre competencia que permita la comercialización de productos y que a su vez proteja integralmente a esta parte débil en las operaciones de consumo.

Así desde este contexto el desequilibrio que se da en las relaciones de consumo es notorio, dado que aquellos que tienen como actividad económica la producción de bienes y servicios, son los que controlan la cadena de producción, debido al beneficio económico que esto le genera al igual que las ventajas negociales que se desarrollan en el mercado, mientras que los consumidores se dedican a la adquisición de bienes y servicios en aras de satisfacer una necesidad básica, lo que los coloca en un estado de vulnerabilidad.

Frente al caso en concreto, se resalta que la Corte Suprema de Justicia negó las pretensiones de la parte demandante, por cuanto esta no logró probar el nexo causal entre el hecho o la causa y el daño, en razón del consumo de la leche. Asimismo consideró que este producto no era defectuoso, dado que no se probó que contenía sustancias tóxicas que originaran un perjuicio a las personas que lo consumían.

6.3. Desarrollo jurisprudencial argentina

“Cataldo Federico Francesco contra Peugeot Citroen Argentina S.A. y otros sobre Ordinario”

Este caso de responsabilidad por producto defectuoso, se destaca por la compra por parte del demandante de un auto cero kilómetros en agosto del año 2003. Sin embargo en los días finales correspondientes al mes de febrero de 2004, el auto presentó inconvenientes técnicos que representaron su detención en plena marcha.

De acuerdo a esto, el demandante acude en dos ocasiones al taller de la concesionaria para la solución de su problema. Una vez realizados los respectivos chequeos, el desperfecto en el auto persiste, lo cual lo lleva a comunicarse con la oficina de atención al cliente de Peugeot en Francia, para que se le brindara un servicio técnico telefónico, lo cual representó un tercer ingreso al taller para las reparaciones; pese a esto el daño continuó, por lo que demandó a los responsables en la cadena de producción y comercialización por la violación a su derecho como consumidor, exigiendo el cambio del vehículo o la devolución del dinero, más la privación del uso y el daño moral.

Frente a esto la sentencia proferida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, indica que este hecho está dentro del contexto de responsabilidad objetiva por el desperfecto de un producto que generó un perjuicio al consumidor.

El Tribunal argumenta que aquellos que venden productos con ciertos manejos técnicos, donde usualmente los consumidores conocen la información transmitida para la venta y adquisición del producto, obliga a los productores y distribuidores a no defraudar todas las expectativas que el usuario tiene del bien. Así, de acuerdo al artículo 40 de la Ley del Consumidor, el régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos se origina, cuando no se ejecutan de forma integral las obligaciones de comercializar bienes con unos estándares mínimos de calidad e idoneidad a favor de los consumidores.

CONCLUSIONES

Hay un caso reciente que es importante señalar. Los implantes mamarios PIP, producto creado por la empresa Poly Implan Prothése que posteriormente fue certificado por la empresa Alemana TÜV Rheinland, lo cual permitió la comercialización de las prótesis en diversos países del mundo.

Sin embargo, para el año 2010 se desató el escándalo donde se conoció que la empresa francesa no estaba utilizando el gel de silicona Nusil, producto autorizado para el relleno de los implantes mamarios sino un gel de silicona no autorizado el cual tendría grandes repercusiones en la salud de los pacientes, en caso de rotura. Asimismo la empresa alemana TÜV Rheinland, como entidad certificadora de la calidad de los productos, solo limitó su función a analizar los documentos remitidos por el fabricante del producto pero no a revisar el producto en sí mismo, lo que permitió la distribución de miles de implan-

tes defectuosos a nivel mundial, que colocaban en un riesgo inminente a los pacientes que utilizaran tal producto médico.

Dentro de los estudios realizados por las autoridades sanitarias en Francia se detectó que en el proceso de fabricación de los implantes PIP, se utilizó de forma no autorizada materia prima de baja calidad, especialmente silicona industrial para el relleno, mientras que en los documentos se soportaba que el material utilizado era un gel de silicona médica. De ahí que la preocupación frente al producto defectuoso radique en la seguridad que el mismo pueda ofrecer a los consumidores, el término de duración y el desarrollo de neoplasias (Maijers & Niessen, 2012).

En Colombia el caso de responsabilidad por los implantes defectuosos fue llevado hasta el Tribunal de Comercio de Toulón por un grupo de abogados que representan los intereses de las mujeres afectadas. Así, para los años 2014 y 2017 el Tribunal internacional, sancionó a la empresa alemana TÜV Rheinland a indemnizar a las víctimas por su actuar negligente frente a la distribución y comercialización de los implantes mamarios en diversos países a nivel mundial sin que estos cumplieran con los parámetros de calidad requeridos.

En este sentido, se puede afirmar que el régimen de responsabilidad objetiva propende el resarcimiento de perjuicios a la víctima por un daño causado. En el caso del derecho en consumo en Colombia, este tipo de responsabilidad se configura por los productos defectuosos que se comercializan en el mer-

cado y generan un riesgo a la integridad física de los consumidores.

La evolución de este régimen de responsabilidad desde la perspectiva del consumo, se da desde el Derecho anglosajón, especialmente por los avances jurisprudenciales que determinó Roger Traynor, Juez que indicó que los productores y proveedores eran responsables ante los consumidores por el riesgo que representa a la seguridad un producto defectuoso, por ende la responsabilidad es de carácter objetiva, por cuanto los fabricantes son los que controlan la cadena de producción y tienen los conocimientos especializados para analizar el defecto de un bien o servicio y que es estrictamente su responsabilidad en su circulación en el mercado.

En el contexto colombiano con la expedición de la Ley 1480 de 2011 o el Estatuto del Consumidor, se previó que responden solidariamente los productores y proveedores frente a los defectos de un producto que violenten el principio de seguridad y atenten contra la integridad física de un consumidor. De manera pues que los efectos de esta, irradian a todas las partes intervinientes en la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios. A su vez indica que el daño al consumidor surge del riesgo del bien o el servicio, por ende el productor, proveedor, distribuidor, vendedor o aquel que haya registrado su marca en el producto deberá responder solidariamente por el desperfecto del bien o la mala prestación del servicio que ocasionó un perjuicio patrimonial o afectó la seguridad del usuario.

Se resalta igualmente que es requisito indispensable que para que proceda la indemnización por los perjuicios causados, el consumidor deba probar el nexo causal entre los hechos y el daño ocurrido como paso con el tema de los implantes PIP.

REFERENCIAS

Baudry-Lacantinerie, G. & Saignat, L. (1908). *Traité théorique et pratique de Droit Civil. De la Vente et de l' échange* (Troisième édition ed.). Paris: Librairie de la Societé du Recueil.

Calais-Auloy, J. & Steinmetz, F. (2006). *Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz.

Coderch, P., Piñero, J. & Rubí, A. (2003). *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del Derecho (Lawenforcement)*. Universitat Pompeu Fabra.

Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y daños*. Madrid: Marcial Pons.

Comunidad Europea (25 de julio de 1985). *Directiva 374*. Obtenido de Euro-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31985L0374>

Congreso de Colombia (1887). *Ley 57 de 1887*. Obtenido de Código Civil: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia (12 de octubre de 2011). *Ley 1480 de 2011*. Obtenido de Secretaría del Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html#20

secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html#20

Corte Constitucional de Colombia, C-1141 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982 (30 de agosto de 2000).

Corte Constitucional de Colombia, C-973 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 13 de noviembre de 2002).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (M.P. Ricardo Hinestrosa Daza, 25 de noviembre de 1938).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. 3532 (M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 1 de febrero de 1993).

De la Maza Gazmuri, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Obtenido de Repositorio Universidad Autónoma de Madrid: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/23023_maza_i%20igo_de_la.pdf?sequence=1

Díaz-Ambrona Bajardí, M., Hernández Díaz-Ambrona, M., Pous De la Flor, M. & Tejedor Muñoz, L. (2012). *Derecho Civil en la Unión Europea* (Quinta ed.). Madrid: Colex.

Díez Picazo, L. (1979). *La responsabilidad civil hoy*. ADC.

Díez Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (22 de septiembre de 1993). *Ley 24240*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/textact.htm>

Escola vs. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436 (Supreme Court of California, 5 de julio de 1944).

Espinoza Apráez, B. (2015). La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional. *Derecho Privado*, (28), 367-399.

Ghestin, J. (1983). *Conformite et garanties dans la vente (produits mobiliers)*. Paris: LGDJ.

Giraldo López, A. (2014). Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el nuevo Estatuto del Consumidor. *Con-Texto. Revista de Derecho Económico*, 55-67.

Gutiérrez Santiago, P. (2006). *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas* 10. Granada: Comares.

Gutiérrez, P. (2011). El concepto legal de "defecto" en el régimen español y europeo de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. En *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del Derecho (Tomo I)* (pp.657-706). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Larrosa, M. (2011). *Derecho de consumo, protección legal al consumidor*. Madrid: El Derecho Editores.

Maijers, M. & Niessen, F. (2012). Prevalence of rupture in poly implant Protheses silicone breast implants, recalled from the European market in 2010. *Plast Reconstr Surg*, 129(6).

Mosset Iturraspe, J. (1993). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Hammurabi.

Mosset, J. & Wajtraub, J. (2008). *Ley de defensa del consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Munar, P. O. (2013). La responsabilidad por productos, los grandes hitos de su evolución. En J. M. (Dir.), *Derecho del consumo. Problemáticas actuales* (pp.173-212). Bogotá: Editorial Ibáñez.

Oviedo Albán, J. (2015). *La Garantía por vicios ocultos en la compraventa*. Bogotá: Temis S.A.

Parra Lucán, M. A. (1990). *Daños por productos y protección al consumidor*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Rodríguez Olmos, J. (2013). "Deberes de protección, 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana". *Revista de Derecho Privado*, (20), 301-346.

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Radicado N° Ref: Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (30 de abril de 2009).

Shina, F. (2014). *Daños al consumidor*. Bogotá: Astrea SAS & Universidad de la Sabana.

Tamayo, J. (2007). La responsabilidad civil por productos defectuosos y su aseguramiento. En I. A. Estado, *Responsabilidad Civil y del Estado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Ureña Carozo, B. (2015). Consideraciones sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco europeo: Treinta años de la directiva 85/374/CEE. *Panóptica*, 10(2), 1-25.

Vásquez Pérez, E. (2015). ¿La responsabilidad por productos defectuosos es realmente objetiva según la Ley 1480 de 2011? *Actualidad Jurídica*, 7, 26-36.

Vásquez Bulla, C. (2014). La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial. *Revista de Derecho UNED*, (14), 717-750.

Villalba Cuéllar, J. C. (2014). La responsabilidad por producto defectuoso en el Derecho colombiano. *Civilizar*, 14(27), 17-40.

Villalba, J. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Woolcott, O. (2007). La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del Derecho norteamericano. *Prolegómenos, derechos y valores*, 10(19), 125-148.

Woolcott, O. (2007). *La responsabilidad del productor*. Bogotá: Ibáñez.

La desaparición forzada en Colombia: Agendas pendientes de un problema no resuelto

The forced disappearance in Colombia: Pending agendas of an unresolved problem

RESUMEN

A partir de un proceso metodológico de revisión hermenéutica desde el paradigma crítico del Derecho, se plantea en este artículo de reflexión una aproximación al fenómeno de la desaparición forzada en Colombia, revisando el estado actual de la problemática con una mirada desde lo global y sus manifestaciones en lo local. Así mismo, se caracteriza la legislación construida en torno a la problemática y se precisan las agendas pendientes en un proceso de postconflicto.

PALABRAS CLAVE

Desaparición forzada, Derecho internacional, Jurisprudencia sobre desaparición forzada, Alter legalidad, Memoria de las víctimas.

ABSTRACT

Based on a methodological process of hermeneutic revision from the critical paradigm of the law, this article discusses an approach to the phenomenon of forced disappearance in Colombia, reviewing the current state of the problem with a view from the global and its repercussion in the local, also, it is characterized the legislation built around the problematic and the pending agendas in a process of postconflict are specified.

KEYWORDS

Forced disappearance, Law international, Jurisprudence on forced disappearance, Alter legality, Memory of victims.

WILMAN MAESTRE SÁNCHEZ

Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar. Especialización en Derecho Penal de la Universidad Nacional. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda Seccional Santa Marta. Actualmente trabaja como Fiscal especializado en la ciudad de Valledupar. wlmaestre@hotmail.com

Recibido: Marzo 11 de 2015 • Aceptado: Mayo 25 de 2015

INTRODUCCIÓN: LA DESAPARICIÓN FORZOSA, EL DUELO CONGELADO EN EL TIEMPO

... que alguien me diga si han visto a mi hijo, es estudiante de pre-medicina; se llama Agustín y es un buen muchacho. A veces es terco cuando opina, lo han detenido, no sé qué fuerza, pantalón claro, camisa a rayas, pasó anteayer... a dónde van los desaparecidos. Busca en el agua y en los matorrales y por qué es que se desaparecen, por qué no todos somos iguales y cuándo vuelve el desaparecido, cada vez que lo trae el pensamiento, cómo se le habla al desaparecido, con la emoción apretando por dentro...

(Canción Los desaparecidos
Rubén Blades)

El poeta y diplomático Varujan Vosganian (2010) en su monumental obra *El libro de los susurros*, reconstruye la tragedia del proceso de eliminacionismo (Goldhagen, 2010) del pueblo armenio. Los convoyes de carros, la larga marcha al desierto de Deir-ez-Zor, es explicada desde la historia de vida de este intelectual armenio. Lo doloroso de lo narrado es que durante mucho tiempo, esta destrucción física y cultural pasó inadvertida por los meta-relatos de la historia oficial, de la historia que escriben los vencedores. Nadie fue capaz de denunciar lo atroz de este sistemático proceso de desaparición de una nación entera.

América Latina no escapa a estos baches históricos, a estos orificios de la historia. En Chi-

le los trabajadores del Salitre iniciaron una marcha por sus reivindicaciones laborales, la gran huelga finalizó con la masacre de la escuela de Santa María de Iquique el día 21 de diciembre de 1907. El asesinato de más de 2.000 mil personas y la desaparición de su rastro físico así como de su memoria histórica van en concordancia con lo ocurrido al pueblo armenio.

En Colombia la masacre de las bananeras ocurrida el 5 y 6 de diciembre de 1928, evidencia este proceso de desaparición de las víctimas y de borrar su rastro histórico. Tal y como algunos niegan el holocausto nazi, en Colombia las cifras de las víctimas de las bananeras, se debaten entre el relato que los niega y el relato que los reclama. Solo las palabras provenientes del realismo mágico de García Márquez pueden encontrarle un sitio a los asesinados y posteriormente desaparecidos de esta masacre: "... era un tren cargado de muertos que viajaba hacia el infinito".

Tal vez uno de los aspectos más documentados es el proceso de eliminación sistemática y cruel de los judíos, es el sistema represivo de noche y niebla iniciado por el régimen nazi y posteriormente estructurado bajo la denominación de la solución final en el holocausto, donde la sincronía para desarrollar el sistema de trenes de la muerte, campos de concentración y hornos crematorios, nunca falló.

Toda desaparición forzada comienza con la privación de libertad de la víctima, el delito en cuestión se propicia con el arresto, deten-

ción o traslado contra la voluntad del agredido. Las Naciones Unidas precisan las dimensiones conceptuales que implica este acto atentatorio contra todos los derechos de un ser humano:

Es la privación de la libertad de una o varias personas mediante cualquier forma (aprehensión, detención o secuestro), seguida de su ocultamiento, o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de dar cualquier información sobre la suerte o el paradero de esa persona, privándola así de los recursos y las garantías legales. (Naciones Unidas, 2012, p.15)

Las desapariciones forzadas se constituyen en una flagrante violación a los derechos humanos cuando esos actos son realizados por el Estado a través de sus funcionarios o personas o grupos que actúen con la autorización, apoyo, o en nombre del Estado. Es un crimen de lesa humanidad cuando, entre otras características, los hechos se cometen de manera sistemática (gran número de víctimas) o consecutiva (práctica frecuente), con el objetivo de sembrar terror.

En la actualidad los organismos internacionales especializados en el tema hablan del fenómeno de la Desaparición Forzada de Personas, en el marco mundial, sin distinción de ideologías políticas. Quiere decir que procede tanto en democracias como en dictaduras. Los cambios que se han dado en la concepción evolutiva del fenómeno han permitido que se tenga una noción más clara y certera acerca de los elementos y caracte-

rísticas que deben tenerse en cuenta al momento de definirla.

Durante la época de las dictaduras y debido a la magnitud de la violencia de Estado que se alcanzó en América Latina, se dio a conocer un elevado número de víctimas y las dimensiones que el fenómeno de la desaparición forzada había alcanzado en el último cuarto de siglo; así mismo, se creó un ambiente doctrinal y jurisprudencial favorable a la tipificación internacional de este delito como "*crimen de lesa humanidad*". Como tal, la desaparición forzada no es prescriptible, ni amnistiable, ni permite el asilo y se obliga al Estado a procesar o extraditar a los victimarios (Lira Kornfeld, 2006).

Sin importar la guerra de las bases jurídicas, la utilización de la violencia como instrumento político ha sido una constante en la historia de la humanidad. De hecho, como plantea Apter (1997, p.207) "*pocos cambios básicos en el contenido y alcance, lógica y prácticas de la libertad y la igualdad ocurren de modo pacífico, dentro de los marcos de la política institucional*". Pero la violencia no solo está ligada a los cambios, sino también a la resistencia a los mismos, entre otras variables.

Esto significa que la violencia ha estado y está al servicio de actores y objetivos bien distintos. Sobre esta situación se observan las múltiples categorías en las que pueden clasificarse los diferentes modos de violencia política: genocidios, violencia étnica, guerra civil, terrorismo, asesinatos en masa, o la nueva categoría que se propone: eliminacionismo (Goldhagen, 2010).

Pero aquí se produce una especie de paradoja debido a que el uso de la violencia para solventar los conflictos políticos está muy extendida en todo el mundo y ni la finalización de la Segunda Guerra, ni la caída del muro de Berlín, así como la declaratoria universal de guerra al terrorismo han probado una finalización o reducción de los niveles de violencia; todo lo contrario, tenemos un mayor número de conflictos políticos violentos en todo el mundo, y al mismo tiempo existe un amplio y frecuente rechazo a este tipo de acciones en declaraciones formales y públicas.

A pesar de que Colombia se encuentra en una coyuntura especial, que anhela la paz soñada, es pertinente revisar una de las dificultades más acuciantes de los problemas no resueltos en el acontecer sociopolítico del país: las desapariciones forzadas que han estado presentes en las confrontaciones no regulares de los diversos actores armados en la conflictiva historia colombiana.

Un conflicto que tiene sus raíces históricas y que ha dejado la triste marca del más. Más de ocho millones de víctimas, más de 260 mil muertos, más de siete millones de desplazados internos y más de 11 mil víctimas por minas antipersonales. Pero lo que nos atañe, implica enfrentar la tragedia de la desaparición forzada, un crimen que no prescribe, pero que tampoco permite elaborar el duelo; es un crimen imperecedero en el tiempo, es un duelo congelado.

Existe un debate por la cifra exacta de los desaparecidos, la Fiscalía colombiana afirma

que son 15 mil, el Comité Internacional de la Cruz Roja precisa que son más de 100 mil y la Unidad de Víctimas contabiliza más de 40 mil, aunque Medicina Legal estipule que son 78.973. En esta investigación se asumen las estadísticas procesadas por el Centro Nacional de Memoria Histórica (en adelante CNMH): los desaparecidos por la violencia en Colombia suman un total de 60.632 personas. De las dimensiones trágicas de este problema y del marco nacional de este debate es donde surge la pregunta problema que orienta este artículo de reflexión: ¿Cuáles son los avances jurídicos y su eficacia en torno al problema de la desaparición forzada en Colombia?

La metodología se desarrolla en dos planos. El epistemológico que asume el paradigma de la hermenéutica jurídica, ya que gran parte del trabajo se inscribe en la comprensión de la esencia normativa, de ahí que se procesarán normas, leyes, y decretos en los contextos globales y nacionales. Para ello se validó la información a través de rejillas bibliográficas, rejillas de análisis normativo y rúbricas evaluativas que posibilitarán entender avances y retrocesos normativos.

El segundo plano, el conceptual, se inscribe en la tradición de los análisis críticos del Derecho, que revisa la opacidad de la Norma (Carcova, 2009) o el fetichismo jurídico (Lemaitre, 2007), que propende por comprender cómo la Norma tiene dificultades para materializarse en Estados anómicos, pero así mismo, cómo el hecho de edificar normas puede crear movilizaciones sociales en torno

al simbolismo jurídico, fenómeno analizado ampliamente por Mauricio García Villegas (2003) y al que Latorre denomina litigio estructural (Latorre, 2015).

El tema de la desaparición forzada es asumido desde múltiples miradas, dándose en su análisis y abordaje una visión interdisciplinaria. Desde la psicología se ha tratado de analizar la forma cómo los familiares de las víctimas asumen el proceso y las diversas estrategias resilientes, insistiendo en la forma de explorar el carácter de la resiliencia como herramienta de trascendencia del dolor (Giraldo Marín *et al.*, 2008). Disiente en este sentido el trabajo longitudinal de Gabriel Gatti (2011), quien analiza los casos de desaparecidos en Uruguay y Argentina, especialmente la forma cómo los familiares que sobreviven al desaparecido niegan su ausencia o vivifican la misma a través de los silencios o las parodias propias del lenguaje cotidiano.

Los análisis normativos propugnan por una revisión de la evolución normativa y de sus ajustes entre los enfoques globales y los enfoques locales. En este sentido se pueden mencionar los análisis de Aguilar Cavallo (2009) sobre la normativa mexicana; de ahí la importancia del análisis de las jerarquías, la naturaleza y fuentes de la jurisprudencia sobre la desaparición forzada en México. En ese mismo orden de ideas, el trabajo de Alflen da Silva (2010), quien analiza cómo un fallo judicial pone de relieve la ausencia en el Derecho Penal brasilero de la tipificación del delito de desaparición forzada.

El caso mexicano y sus abruptas desaparicio-

nes son trabajadas en el detallado y crítico informe de Reveles (2015), quien precisa la realidad de una violencia que azota las estructuras legales del Estado mexicano:

En nuestra maltrecha democracia, la desaparición forzada de los 43 estudiantes de la Normal Rural "Isidro Burgos" en Iguala, Guerrero, en la noche del 26 al 27 de septiembre de 2014, visibilizó una violación cotidiana de derechos humanos. 43 dice mucho más que la mención de 130 mil ejecutados con violencia en México; es más contundente 43 que citar a millón y medio de desplazados; sacude más la conciencia 43 que la alusión a los no menos de 30 mil desaparecidos durante una absurda e inútil guerra al narcotráfico. Los 43 de Ayotzinapa fueron sacudida de conciencias para una energía social contenida durante años y que todavía busca los cauces que transformen esa indignación en acciones organizadas para un cambio radical y pacífico en México. Hay que sumar a esta barbarie a los otros 80 mil centroamericanos tragados por ese triángulo de las Bermudas de la violencia extrema en que se ha convertido la República Mexicana. (Reveles, 2015, p.9)

En orillas diferentes pero con realidades parecidas, el caso colombiano ha sido explorado de una forma innovadora por los trabajos cualitativos y cuantitativos que han logrado visibilizar los informes del Centro Nacional de Memoria Histórica. De manera holística e integrando el trabajo de campo con interrelaciones de variables estadísticas de variadas

agencias del Estado y ONG, se ha realizado una serie de investigaciones que precisan la magnitud del conflicto armado y que han sido publicados por diversos canales comunicativos.

Este esfuerzo se puede resumir en los siguientes trabajos: ¡Basta Ya! (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013) esfuerzo que cuantifica el daño al tejido social de la violencia, los cuatro volúmenes sobre desaparecidos. El primero de ellos (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014) explora las normas y dimensiones elaboradas para detener el fenómeno, el de la huella psicológica de las desapariciones en las familias (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014), el tomo dedicado a los recuerdos y rastros de los desaparecidos (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013) y finalmente el dedicado a realizar un balance de la acción del Estado (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014). Para destacar, el último informe titulado “Hay que encontrarlos” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2014) que cuantifica el tamaño de la tragedia de la desaparición forzada.

A pesar de estos esfuerzos la tarea por cuantificar y explorar la magnitud de la trágica práctica del desaparecimiento forzoso sigue siendo necesaria e impostergable si queremos transitar el camino del postconflicto. En las siguientes líneas se propende por materializar los objetivos del trabajo que estuvieron orientados, en un primer ítem, a comprender las dimensiones del problema de la desaparición forzada en Colombia.

Ello implica una revisión sociohistórica de la dinámica conflictiva del acontecer y estructuración de la Nación-Estado en Colombia, y en un segundo subtema, analizar los avances jurídicos para enfrentar un problema no resuelto y que amenaza con volver, lo que obliga una revisión general de los logros en los contextos globales y su impacto en lo local. Se finaliza el trabajo al precisar las agendas pendientes sobre la desaparición forzada en Colombia.

1. Desaparecidos en Colombia: génesis y proyección de un problema no resuelto

La lucha de Fabiola Lalinde por encontrar los restos de su hijo desaparecido finalizó 4.428 días después de que el fatídico 3 de octubre de 1984 a las 5 de la mañana miembros del Batallón Ayacucho adscrito a la Brigada VIII del Ejército colombiano, en la vereda Verdun del municipio de Jardín (Antioquia), sujetaran en una pesebrera y golpearan hasta la muerte durante tres horas, para posteriormente desaparecer a Luis Fernando Lalinde (su hijo), estudiante de último semestre de Sociología y miembro del Partido Comunista. Con el dolor que solo puede sentir una madre, Fabiola inició una cruzada histórica por reivindicar la memoria y encontrar a su hijo desaparecido, que según las estadísticas se convirtió en el desaparecido número 329 del país.

La estrategia de Fabiola, nombrada por ella misma como el “Sirirí”, de reclamar y reclamar, una y otra vez, dio sus resultados. La Comisión Interamericana de Derechos Hu-

manos condenó al Estado colombiano por la ejecución extrajudicial de este activista de derechos humanos, así mismo la Unesco declaró el archivo construido en libretas por la abnegada madre, dentro del patrimonio documental de América Latina y el Caribe.

Pero la lucha de la señora Lalinde solo ejemplifica la excepción entre los miles de casos que aún existen en Colombia, el esfuerzo de desenterrar La Escombrera, lugar de ejecuciones extrajudiciales en Medellín durante la cruenta guerra entre facciones paramilitares, guerrilla y Estado; simboliza los esfuerzos institucionales por hacerle frente a una de las manifestaciones de la guerra sin cuartel que por más de 50 años se libra en Colombia. Esta guerra contra la sociedad (Pecaut, 2001) tiene sus orígenes en los problemas históricos no resueltos en la construcción del Estado colombiano.

La pervivencia en el proceso de construcción de la Nación colombiana, de zonas grises, de lugares alter-legales donde el Estado no llega, hace que se pueda afirmar que Colombia es un Estado dual en los términos de Acemoglu y Robinson:

Colombia no es un caso de Estado fracasado a punto de hundirse. Sin embargo, es un Estado sin centralización suficiente y con una autoridad lejos de ser completa sobre todo su territorio. Aunque el Estado pueda proporcionar seguridad y servicios públicos en grandes áreas urbanas como Bogotá y Barranquilla, existen partes significativas del país en las que proporciona

pocos servicios públicos y prácticamente ninguna ley y orden. En su lugar, existen grupos y personas alternativos... que controlan la política y los recursos. En algunas partes del país, las instituciones económicas funcionan bastante bien, y hay niveles elevados de capital humano y habilidad emprendedora; no obstante, en otras partes, las instituciones son muy extractivas, y ni siquiera proporcionan un mínimo nivel de autoridad estatal. ... La violencia y la falta de instituciones estatales centralizadas de este tipo inician una relación simbiótica con políticos que dirigen las partes funcionales de la sociedad. (pp.446-447)

Esta dualidad hace que nuestro país, durante más de 50 años, tenga oscilaciones constantes como un Estado en vías de fracasar o en estado de alerta, tal y como lo señaló el índice de Estados fracasados en el año 2005. Paradójicamente, en la actualidad, once años después, Colombia aparece como un Estado alertado con posibilidades de asumir el camino de un Estado fracasado.

Históricamente, el conflicto colombiano se describe como una confrontación interna, de origen ideológico, desarrollo irregular y duración prolongada, donde la población civil se ha convertido en la principal víctima, existen múltiples actores armados en heterarquias disruptivas y luchas de poder. Dicho conflicto lleva desangrando a Colombia desde mediados del siglo XX; se identifica por la generación de más de 6 millones de desplazados internos, con dramáticas consecuencias desde el punto de vista humanitario y

desde la óptica de la protección de todos sus derechos.

Dichas violaciones han sido cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y de seguridad, así como por escuadrones de la muerte. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha calificado tales violaciones como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (Comisión Internacional de Juristas, 2005, p.3). De la misma manera, es importante mencionar que la desaparición forzada era un método de disciplina y control social de comunidades enteras a quienes se les aplicaba esta modalidad para generar terror y así acabar con cualquier intención de denuncia u oposición a la estrategia paramilitar; por ende, serían reconocidos como la única autoridad imperante en determinadas zonas del territorio nacional.



Gráfico 1. Evolución del conflicto armado en Colombia

Fuente: NTX (2016)

El conflicto en Colombia ha llegado a tener un dramatismo fatal para las víctimas de la guerra fratricida que nos ha afectado. Esto se demuestra con las cifras comparativas en el nivel de personas en condición de desplazamiento a la fecha actual, donde Colombia ocupa el lamentable segundo lugar en desplazados internos:

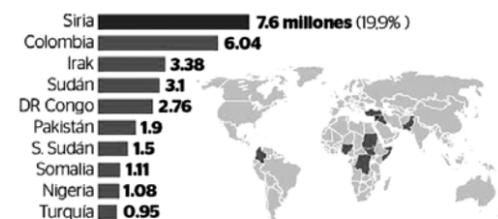


Gráfico 2. Casos dramáticos de desplazados

Fuente: Consejo Noruego de Refugiados (2016)

Pero fue con la expansión y consolidación del paramilitarismo organizado a gran escala en el territorio nacional que se dio un incremento de las desapariciones cometidas por esos grupos, que actuaban en muchos casos de manera coordinada con la Fuerza Pública, los cuales se beneficiaban de la omisión y tolerancia por parte del Estado y unas facciones de la población civil. El número de víctimas y modalidades de la guerra es abrumador, si se analizan los siguientes datos:



Gráfico 3. Víctimas del conflicto

Fuente: Statista (2016)

A continuación, unas estadísticas que confirman la sevicia de una guerra sin cuartel, datos tomados del informe ¡Basta Ya! del Grupo de Memoria Histórica de Colombia (2014):

1. Paramilitares: 8.902 asesinatos selectivos, 1166 masacres con 7.160 muertos, 371 casos de tortura y sevicia, más de 1.000 niños reclutados y despojo de 800 mil hectáreas de tierra.
2. Guerrilla: 24.482 secuestros, 3.900 asesinatos selectivos, 700 víctimas civiles en acciones bélicas, 854 ataques a poblaciones, 77 atentados terroristas, 343 masacres, más de 4.323 ataques a bienes de civiles, despojo de 800 mil hectáreas y casi 400 mil niños reclutados.
3. Fuerza Pública. 2.399 asesinatos selectivos, 158 masacres con 870 muertos, 182 ataques a bienes civiles.

De acuerdo con la investigación del CNMH (2014), el 99 % de procesos abiertos en la Fiscalía por este delito (21.658 entre el 2005 y 2012) están apenas en etapa de indagación. Tan solo hay 28 casos en juicio y 182 procesos terminaron tratados como 'querellables', es decir, como si fueran delitos menores. La mitad de las condenas se consiguieron por aceptación de cargos o negociaciones con los culpables. Lo que deja al descubierto es que el Estado no ha desarrollado mecanismos para fortalecer la investigación de estos casos, que inicialmente se trataban como secuestros, y que solo a partir del 2000 se consideraron como un delito independiente.

Por su parte, Amnistía Internacional en su informe 2014-2015, sostuvo que:

La población civil, especialmente los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y campesinas, los defensores y defensoras de los derechos humanos, siguen siendo la más afectada por el conflicto armado. Según las cifras más recientes proporcionadas por la ONG Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), casi 220.000 personas fueron objeto de desplazamiento forzado en 2013. Según la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), 10 indígenas fueron víctimas de homicidio por razones relacionadas con el conflicto, y al menos 2.819 fueron víctimas de desplazamiento forzado durante los primeros nueve meses del año. En 2013 se tuvo noticia de 30 homicidios y 3.185 víctimas de desplazamiento forzado. Un informe publicado en 2013 por el Centro Nacional de Memoria Histórica, de carácter estatal, destacaba la magnitud de los abusos contra los derechos humanos. El informe concluía que, entre 1985 y 2012, murieron de forma violenta casi 220.000 personas, el 80 % civiles. Al menos 25.000 personas fueron víctimas de desapariciones forzadas, cometidas mayoritariamente por paramilitares y fuerzas de seguridad. Alrededor de 27.000 personas fueron secuestradas entre 1970 y 2010, sobre todo por grupos guerrilleros, y más de 5 millones fueron objeto de desplazamientos forzados entre 1985 y 2012. Hasta noviembre, el Gobierno había registrado más de 7 millones de víctimas. (Amnistía Internacional, 2014-2015, p.131)

Una de las variables a estudiar es cómo el Es-

tado colombiano es el mayor perpetrador en el tema de las desapariciones forzadas con las siguientes cifras, que se expondrán por temáticas coyunturales. Estas delimitaciones temporales sirven de referente sobre los discursos, con los cuales se trato de legitimar el accionar de los escuadrones de la muerte al servicio del Estado colombiano:

1. **Contra insurgencia.** El caso clave en la coyuntura de 1970 a 1982 es el denominado Colectivo 82, donde narcotraficantes bajo el pretexto de la amenaza comunista contratan policías para desarrollar actividades de desaparición forzada.
2. **Triunvirato de la muerte.** Entre los años 1983 y 1993, las asociaciones ilícitas entre empresarios-militares-escuadrones de la muerte, generan una alta tasa de desapariciones, a pesar de ser eliminado el Estatuto de Seguridad y de disminuir la tortura como práctica y la detención ilegal.
3. **Al filo del caos (1985-1990).** La toma del Palacio de Justicia propició la desaparición de 11 personas, que hoy por hoy se ha podido constatar que salieron vivas después de la retoma por parte de los militares; en 1987 la masacre de 19 comerciantes en Puerto Boyacá instauro el régimen del terror de los escuadrones de la muerte; en 1988 la desaparición forzada de la activista Olga Esther Bernal, en Buenaventura, y el caso de desaparición forzada en Casamachín en medio de una operación militar en La Uribe, Meta.
4. **Estigmatización con el discurso de la contra insurgencia (1994-2002).** Este proceso se caracteriza por la consolidación del

paramilitarismo en Colombia como una opción legitimada en la narrativa de la autodefensa. Sus crueles resultados basados en la pedagogía del miedo terminan propiciando 25 personas desaparecidas en Barrancabermeja, 26 indígenas Embera Katíos en Murindó, Antioquia, así mismo, la desaparición de 4 hermanas de la familia Galárraga en La Dorada, Putumayo.

5. **La era de la seguridad democrática y los falsos positivos (2003-2012).** El discurso de la seguridad democrática y la doctrina del terrorismo global se aúnan en una combinación peligrosa, donde la persecución a la oposición, el control geográfico de ciertos espacios territoriales y la búsqueda de zonas con recursos claves para la guerra generan una política de terrorismo de Estado que finaliza con los Falsos Positivos (Falsos Positivos en Soacha).

En Argentina, entre 1976 y 1983, desaparecieron 10.000 personas. En Chile, entre 1973 y 1990, desaparecieron 3.500. En Uruguay, entre 1973 y 1985, desaparecieron 300 personas. Según reportes oficiales en las dictaduras de Argentina, Chile y Paraguay, se dieron 10.464 desaparecidos, menos de la mitad que las reconocidas hoy en Colombia. Dolorosamente los colombianos vivenciamos entre 1996 y 2005, que cada dos horas desapareciera una persona.

Según el registro nacional de desaparecidos a 2011, se dieron 16.907 casos. El registro único de víctimas específica que entre 1985

y 2012 se dieron 25007 víctimas de desaparición forzada. De las cuales fueron perpetradas por un autor desconocido: 21.423, es decir, el 86 % según el RUV. Los delitos de desaparición Confesados en Justicia y Paz a 2012 registran un total de 8.360 casos. A continuación una síntesis del último informe sobre desaparecidos producido por el Centro Nacional de Memoria Histórica (2016) que hace un análisis de 45 años sobre el fenómeno y llega a las siguientes conclusiones:

Entre 1970 y 2015, desaparecieron 60.630 personas. Lo que más se menciona: Palacio de Justicia 1985, Masacre de Trujillo 1986-1994, Desaparición Colectiva de comerciantes en 1989, Mapiripam en 1987, Desaparición colectiva de Barrancabermeja en 1998, Operación Orión y La Escombrera en 2012 y los Falsos Positivos en 2008.

Hay víctimas de desaparición forzada en 1010 de los 1.115 municipios del país. Dos de cada tres desapariciones forzadas se concentran en 130 municipios que registraron cada uno más de 100 desapariciones forzadas. Las 5 subregiones más afectadas por la crueldad de la práctica con más de tres mil desaparecidos son:

1. Ariari Guayabero: 3.087
2. Sierra Nevada de Santa Marta: 3.208
3. Urabá: 3421
4. Valle del Aburrá: 3.523
5. Magdalena Medio: 4.712.

Responder a la pregunta de quiénes son las víctimas es clave. Un total de 60.630 desaparecidos entre los años 1970 y 2015. En

un lapso de 45 años desapareció el 51,4 % (31.183 casos); no se conoce quién es el autor en el 48,6 % (29.447). Se dividen los victimarios de la siguiente forma:

- Paramilitares: 13562
- Guerrilleros: 5849
- Grupos post-desmovilizados: (2598)
- Agentes del Estado: (2368)
- Grupos armados no identificados: (4686).

A continuación el promedio de personas desaparecidas:

- 43,3 % son campesinos
- 15,6 % empleados y profesionales
- 14,1 % comerciantes y vendedores ambulantes
- 10,8 % combatientes (fuerza pública, guerrilleros y paras)
- 4 % funcionarios públicos
- 2,2 % estudiantes
- 10 % otros
- 87,8 % son hombres
- 12,2 % son mujeres
- 58,6 % edades entre 18 y 55 años
- 3075 plenamente identificados
- 8 de cada 10 se dieron en los últimos 20 años.

De acuerdo a los paramilitares que han rendido versiones libres en el marco de la Ley 975 de 2005, llamada la Ley de Justicia y Paz, las desapariciones forzadas estuvieron acompañadas de mutilaciones, descuartizamientos y terribles torturas. Los cuerpos fueron enterrados en fosas comunes, muchas de ellas ubicadas en las fincas de narcotraficantes, ganaderos y paramilitares, tirados a los ríos, o a animales salvajes como cocodri-

los o incluso incinerados en hornos crematorios preparados con el fin de no dejar rastro de las víctimas (CNMH, 2016).

Después de una larga época de impunidad para los autores de la desaparición forzada, en el año 2000, con la Ley 589, esta cruel e inhumana práctica, comenzó a ser reconocida como un delito y a su vez, a ser considerada y documentada por los organismos judiciales. Esas décadas de conflicto interno han evidenciado su participación, a través de diferentes actores, a iniciar, aumentar y mantener la desaparición forzada como una de las desgracias más sufridas en Colombia; siendo este el país con más desaparecidos en Latinoamérica.

Pero este delito no se detiene con la desaparición; queda el sufrimiento de familiares, amigos y conocidos que viven día a día con la incertidumbre de no saber cuál ha sido el fin de dichas víctimas, por lo cual nacen las secuelas que los afectan psicológicamente, las cuales no se superan o no se curan fácilmente y otras en las que ese ciclo llega a su fin solo cuando son reconocidos —en su mayoría— por pruebas de ADN a sus seres queridos.

El rezago en la aplicación de la justicia para los victimarios se evidencia en el bajo **número de personas castigadas por dicha calamidad; además, el Estado es ineficiente al no tomar una posición firme para terminar con la búsqueda de miles de familias, algunas de las cuales llevan décadas esperando noticias de sus seres queridos. Veamos a continuación cuales han sido los logros y las deu-**

das pendientes de un problema no resuelto en la jurisprudencia colombiana.

2. Caracterización de los avances jurídicos en torno a la desaparición forzada en Colombia: respuestas desde la localidad

Uno de los presupuestos de la globalización es que tanto sus beneficios como problemáticas son producto de una dualidad e interacción constante. Esta dicotomía interactiva es la que se denomina la glo-calidad (global y local, genera la palabra glo-cal). El mundo normativo y las fuertes tendencias globales de lo jurídico no escapan a esta poderosa megatendencia. Por eso podemos afirmar que hay problemas globales que repercuten en lo local y también respuestas globales que se manifiestan en las localidades (Friedman, 2012).

La problemática de la desaparición forzada es asumida en los contextos globales ya que sus incidencias se manifiestan de forma similar en todos los órdenes estatales con problemáticas de monopolio de la violencia. En este orden de ideas existen varios instrumentos internacionales que velan por la protección de las personas contra la desaparición forzada; algunos tienen el carácter de tratados, otros son declaraciones, pero poseen entre sus objetivos, el velar y salvaguardar los derechos humanos de la población en los diferentes países del mundo.

De acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la desaparición forzada es un crimen reprochable en contra de los

derechos humanos, enunciado en su artículo 12 en donde se promulga que nadie será sometido a esta práctica. Esa promulgación sirve como base importante para que la comunidad internacional esté atenta y vigilante a cómo se está llevando a cabo el respeto de los derechos humanos, y más aún en un país como Colombia, que vive en constantes conflictos internos en los cuales se confronta un conjunto de actores armados en luchas territoriales.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) después que fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, así como los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, tienen categoría de normas constitucionales y por consiguiente prevalecen en el orden interno. El Pacto, como su nombre lo indica, reconoce los derechos civiles y políticos de los individuos e igualmente establece los mecanismos para su protección y garantía. En su artículo 15 hace alusión a la desaparición forzada, párrafos que condenan dichas conductas.

Igualmente, la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas es uno de los tratados de derechos humanos más fuertes que ha sido adoptado por las Naciones Unidas. Ella se crea debido a la presión ejercida por los familiares de las víctimas de desaparición forzada que buscaban que fueran reconocidas como un crimen contra la humanidad. El objetivo de esta Convención es mejorar los instrumentos de la ley internacional para

abordar el gran problema de las desapariciones en todas aquellas partes donde dichas violaciones ocurren o podrían ocurrir y de esta forma visibilizarlas en sus países y en el mundo.

Dicha Convención trata exclusivamente los temas de desaparición forzada; convirtiéndola en una institución importante, debido al trabajo que se ha desarrollado y además a los pronunciamientos, denuncias, medidas preventivas, cooperación internacional, el reconocimiento a las víctimas, sus derechos, estudios que giran en torno al tema para lograr un amplio alcance, un gran impacto social, político y jurídico en los países que así lo requieran.

El artículo 7 del Estatuto de Roma, del 17 de julio de 1998, incluye el Delito de Desaparición Forzada, como un crimen de lesa humanidad, y hace una definición de lo que es la desaparición forzada y condena su acción independientemente del actor que lo haya perpetrado. Es imprescindible nombrar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha condenado en varias ocasiones al Estado colombiano; se considera que sus sentencias no van acorde a la gravedad de las situaciones juzgadas. Las sentencias de la Corte se justifican a través de las reglas procesales internacionales de Derechos Humanos o la gravedad de los asuntos tratados por esta jurisdicción.

Colombia es el segundo país con el mayor número de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de todo el hemisferio,

solo por debajo de Perú. Hasta el año 2013 habían sido 14 ocasiones en que la Corte Internacional de Derechos Humanos juzgó y condenó al Estado colombiano por haber vulnerado los derechos humanos en casos como: las Masacres de Ituango, Mapiripán y Santo Domingo, y la toma del Palacio de Justicia.

En esta última, el Estado fue condenado por décimoquinta vez por su responsabilidad en las 11 desapariciones del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985. Estos fallos implicaron que el Estado indemnizará por una millonaria cantidad a las víctimas, así como un acto de perdón, que incluye la realización de un documental. A su vez, que costeara tratamientos psiquiátricos; así mismo se le ordenó al Estado hacer lo que esté a su alcance con el objetivo de lograr resultados judiciales a la mayor brevedad.

Como se ha visto, en la actualidad la catástrofe de la desaparición forzada está tipificada como delito a nivel mundial; lo cual le da más herramientas a las víctimas y además les permite tener acceso más allá de las fronteras de donde ocurren dichas vulneraciones, si se evidencia que en sus países no encuentran las garantías o la seguridad para que les sean salvaguardados sus derechos.

Esas instancias internacionales fueron creadas con el objetivo principal de velar y observar ante los Gobiernos de cada país que se salvaguarden los derechos humanos y la integridad de los individuos por igual si estos sienten que sus derechos están en riesgo; o

sea las instancias internacionales actúan como entes vigilantes de las personas ante los Estados y analizar cómo se desenvuelven ante la prevención, promoción y defensa de los derechos humanos.

Desde 1988 la comunidad internacional ha realizado múltiples pronunciamientos sobre la existencia de diversos delitos enmarcados bajo los protocolos de los derechos humanos como los del Derecho Internacional Humanitario, dicho derecho es responsable de las partes en conflicto, es decir, se debe propiciar un ambiente, en medio de la guerra donde no se afecte a la población civil, ya sea que estén sanos, heridos o enfermos.

El delito de desaparición forzada de personas es una violación de los derechos humanos, que de acuerdo a la CIDH debe contar con unas características especiales, para que basadas en ellas, se aborde desde lo jurisprudencial. Dentro de estas características se encuentran:

- Determinar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de persona.
- Recalcar la obligación del Estado. Parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos gira en torno a tipificar este delito en su Derecho Interno conforme con estándares internacionales.
- La desaparición forzada es calificada como un delito de lesa humanidad.

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de tomar un

caso, se encuentran con muchas dificultades para probar la culpabilidad de los autores de la desaparición forzada así como también comprobar que estas hayan sucedido; se le otorga valor probatorio a indicios, presunciones, pruebas circunstanciales e inferencias lógicas, así como también se le da un alto valor probatorio a las pruebas testimoniales y a los recortes de prensa porque reproducen textualmente declaraciones públicas y además corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades públicas.

En Colombia ha sido extenso el camino que han recorrido las víctimas de desaparición forzada para que esta sea reconocida como un delito y se penalice a sus victimarios; el primer momento llegó con la Constitución Política de 1991, en la cual se establece que: *“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

Así, la Desaparición Forzada de Personas es una conducta prohibida por el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia; posterior a ella han sido creadas algunas leyes en el país, con los objetivos; entre otros, de penalizar a los victimarios, salvaguardar a las víctimas y lograr que las familias tocadas por esta calamidad, hagan un cierre de la incertidumbre sentida mediante la identificación de cuerpos encontrados en fosas comunes de las cuales victimarios y demás población civil tiene conocimiento.

A pesar de que las cifras de personas desaparecidas iban en aumento día a día, y que el interés internacional por intentar frenar esta epidemia iba creciendo, solo fue hasta el año 2000 que se tipificó en nuestro Derecho Interno la conducta de desaparición forzada como tipo penal independiente del secuestro, como también una violación de Derechos Humanos y un crimen de lesa humanidad cuando reviste ciertas características. Se dio con la expedición de la Ley 589 por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura y se dictan otras disposiciones.

Con posterioridad, en el año 2001 la creación de la Ley 707 se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en donde se especifican las obligaciones que tienen los Estados dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en relación con la desaparición forzada de personas.

Dicho en otras palabras, esta Ley obliga al Estado a crear los mecanismos necesarios que garanticen su eficacia dentro del territorio nacional. La unión entre unos mecanismos efectivos, la forma en que se desarrollan y las alianzas de cooperación internacional resultan determinantes a la hora de garantizar la eficacia pretendida que no es otra que la erradicación del delito de desaparición forzada.

A pesar de las leyes que existían en la legislación nacional, aún no se había creado un me-

canismo de acción rápida que permitiera actuar inmediatamente después de ocurridos los hechos y de esta manera desplegar a los funcionarios o fuerzas armadas necesarias con el único objetivo de liberar a la víctima con vida. Para estos casos, las primeras horas de cometido este delito son vitales si se busca preservar y salvaguardar a la víctima.

Seguidamente, con la Final del formulario Ley 971 de 2005 se crea el Mecanismo de Búsqueda Urgente (en adelante MBU) para combatir la desaparición forzada; no hay que esperar algún tiempo o plazo para denunciar e iniciar la búsqueda. Es importante mencionar que es un mecanismo autónomo y por lo tanto no necesita hacer parte del proceso penal; así mismo es un servicio gratuito y puede ser solicitado por cualquier persona que conozca sobre la desaparición forzada de otra.

En ese mismo año referido, se crea la Ley 975 o más conocida como la Ley de Justicia y Paz, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

Dicha ley es el resultado de una política gubernamental en la que se enmarca una serie de medidas dirigidas a combatir a los grupos armados ilegales y que luego del combate se buscó la negociación con sus integrantes y posteriormente la resocialización e integración a la sociedad como personas útiles.

El proceso de Justicia y Paz surgió de las negociaciones que se habían realizado con los grupos de autodefensas, como un medio para lograr la paz, bajo la premisa de que no era una imposición unilateral por parte del gobierno, sino el resultado de un consenso que implicó la concesión de algunos elementos por parte del Estado; y que también consagraba un procedimiento especial que se aplicaba a las que han sido parte de grupos armados ilegales, tanto de autodefensas como de guerrilleros. Fue una Ley que se creó para obtener en cierta medida resultados instantáneos que era lo que la coyuntura política y social exigían.

Cinco años después se crea la Ley 1408 de 2010 la cual tiene como objetivo rendirles homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada. Pero no solo eso, adicionalmente se contemplan las medidas de identificación de las víctimas entre las que se incluyen: perfil genético, muestra biológica de referencia, banco de perfiles genéticos de desaparecidos y cementerios.

Con relación a los homenajes para las víctimas de desaparición forzada, se escogió el 30 de agosto como la fecha en la cual familiares, amigos y demás personas se congregan en diferentes partes del mundo para visibilizar la problemática de las víctimas, y a su vez reclamar por el desamparo en que se encuentran, como también denunciar los casos de un gran número de personas que siguen como desaparecidas y que a pesar de transcurrido el tiempo aún no se sabe nada de ellas.

Después se crea la Ley 1418 de 2010, en la que se aprueba la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006; en ella se establece un compromiso por alcanzar los estándares internacionales, a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas que buscan un abordaje integral frente a esta problemática, a partir de la Constitución Política que se encarga de sentar las bases normativas en la materia.

Un año después, el 10 de julio de 2011 el Presidente de la República Juan Manuel Santos sancionó la Ley 1448, más conocida como la Ley de Víctimas; en ella se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno entre otras disposiciones. Se contempla una serie de medidas de atención, asistencia y reparación integral a las personas en condición de víctimas.

Ley que algunos consideran como la única opción posible, que abrió el espacio para que muchas personas pudieran recuperar sus tierras y proteger sus vidas; mientras que para otros no es más que un intento fallido de abarcar mucho y que en la actualidad, tal y como lo señalan los indicadores, se evidencia que aún falta mucho por hacer en cuanto a la restitución de derechos de las víctimas.

Adicionalmente a las leyes nombradas, también se han creado Decretos como el 051 de 2005, por medio del cual se reglamenta la aplicación de los beneficios establecidos en

el Acuerdo 124 de 2004 y el procedimiento para el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de víctimas de secuestro y de desaparición forzada.

Se decretó que se harán exenciones en los siguientes impuestos distritales: Impuesto Predial Unificado (Artículo 1); Impuesto sobre Vehículos Automotores (Artículo 2); Pago de Derechos de Semaforización (Parágrafo); Impuesto de Industria y Comercio, avisos y tableros Régimen Simplificado (Artículo 3); el Impuesto Predial Unificado e Impuesto sobre Vehículos Automotores e Impuesto de Industria y Comercio, avisos y tableros Régimen Simplificado (Artículo 4).

Igualmente es importante mencionar el Decreto 4218 de 2005, por medio del cual se reglamenta el artículo 9 de la Ley 589 de 2000 y tiene como objetivo diseñar, implementar, y colocar en funcionamiento con reglamentación del Registro Nacional de Desaparecidos, creado mediante la Ley 589 de 2000. Se intenta dar un paso más en el extenso recorrido que le ha tocado a familiares de las víctimas y así poder cerrar la espiral de dolor que tienen que padecer los familiares.

Por su parte, el Decreto 1862 de 2014 establece el reglamento de la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas creada por la Ley 589 de 2000. Al respecto, se han hecho muchos procesos de exhumaciones en fosas comunes en el territorio nacional para intentar calmar la frustración e incertidumbre para conocer el lugar donde están los miles de cuerpos de colombianos que aún permanecen desaparecidos.

A pesar de que existen leyes que castigan a los perpetradores y cobijan a las víctimas; aún son muchas las agendas pendientes en materia jurídica que presenta el Estado en cuanto al cumplimiento de dichas normas; porque no es solo el crearlas, sino implementarlas, ponerlas en práctica y así poder cumplir a cabalidad el objetivo por medio del cual fueron diseñadas.

Se puede cuestionar cómo se inició la penalización de la desaparición forzada en el año 2000 mediante el artículo 165 del Código Penal ya que esta no tiene efectos retroactivos y vale la pena recordar que el delito se empezó a presentar en el país en la década de los años 70. Quiere decir que la judicialización solo puede aplicarse a partir del 24 de julio de 2000, fecha en que deben probarse los dos elementos fundamentales de este delito, es decir, que la persona esté privada de la libertad y que se oculte su paradero.

Por existir en nuestro país un sinnúmero de casos de desaparición forzada, se buscó desde hace algún tiempo, la modificación de las leyes para que un delito tan grave como la desaparición forzada se convirtiera en imprescriptible, y así, aunque pasara el tiempo, pudieran ser juzgados y castigados los perpetradores.

En el país, el Código Penal establecía un término de prescripción de treinta años para los delitos de desaparición forzada de personas, pero con la creación de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de

julio de 1998), se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano, como jurisdicción complementaria; siendo declarada exequible por la Corte Constitucional con la Ley 742 de 2002, la cual aprobó el mencionado Estatuto de Roma, mediante la Sentencia C-578-02.

Lo anterior establece que el legislador pueda determinar la imprescriptibilidad de la acción penal, siempre que no se haya identificado e individualizado a los presuntos responsables. Por ende, Colombia tiene la obligación de aplicar este tratado en toda su extensión a los actores que cometan crímenes de lesa humanidad sin excepción alguna; y más aún cuando se estableció que en este no se encontraban obstáculos a futuros procesos de paz.

El Estado tiene cuatro obligaciones frente a la gran mayoría de los delitos atroces: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación. Pero es un hecho que en el caso de la desaparición forzada, el Estado colombiano ha fallado en las cuatro como lo demuestran las demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las cuales la Nación ha sido condenada (Carlos López, 2015).

En un intento de empezar a sancionarlo, el 6 de julio de 2000 se empezó a tipificar en Colombia el delito de desaparición forzada mediante la Ley 589, posteriormente ampliada en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000). Esto hace que se pueda afirmar que en la legislación colombiana se han dado grandes avances en el tema.

Por su parte La Corte Suprema de Justicia

también se ha pronunciado con relación a la desaparición forzada en momentos en los cuales se llevaba el proceso de la Ley de Justicia y Paz; en esa coyuntura específica se realizaron las primeras condenas para responsables militares de las organizaciones paramilitares, así como la de altos funcionarios del Estado señalados de complicidad o pertenencia a dichos grupos.

CONCLUSIONES: LA LUCHA POR LAS MEMORIAS Y EL PODER SIMBÓLICO DEL DERECHO

La Escombrera simboliza la lucha jurídica de los familiares de las víctimas de la desaparición forzada en Colombia. Es la fosa común a cielo abierto más grande de América Latina, en el subsuelo, yacen los restos de los desaparecidos, víctimas de las cruentas luchas territoriales que se dieron por el control de las extorsiones a empresas areneras en el barrio Eduardo Santos, en la Comuna 13 de Medellín. De forma sistemática desde 1992 hasta junio del año 2002, actores armados lucharon por el dominio de la frontera entre lo rural y lo urbano mientras la ciudad de Medellín se encontraba inmersa en una espiral de violencia. Este lugar fatídico y los hechos que se padecieron inician con los postdesmovilizados del ELN en la década del 90; posteriormente con las FARC a inicios de la primera década del 2000, con su violento experimento de las milicias urbanas, y en esa misma coyuntura, la violenta lucha paramilitar en conexidad con el narcotráfico, para expulsar a la guerrilla con la anuencia de poderosas empresas de la construcción.

El terreno de La Escombrera se convirtió en el lugar donde se desaparecía, se mataba y se cubría con tierra el producto de esta violenta lucha por controlar el territorio. Tal y como lo narra uno de los testigos sobrevivientes:

Los paramilitares patrullaban, desde aquí, desde las lomas, hasta la estación del metro de San Javier. En esos recorridos cogían a la gente y la subían para acá en camionetas. No solo eran jóvenes, también había niños, mujeres en embarazo y gente ya mayor. A veces no los mataban de una, los tenían metidos en esas piezas durante días, a las mujeres las aprovechaban sexualmente y a algunos los dejaban desnudos para que no se volaran. Eligieron dos habitaciones como sitios de tortura: una estaba en una casa y otra en una pequeña empresa de fundición de metales. Se escuchaban los quejidos tan espantosos. Cuando pudimos, nos asomábamos y veíamos que con los aerosoles con los que ellos pintaban los muros les prendían candela en los ojos, que tenían que hablar, que tenían que decir quiénes eran guerrilleros. También era frecuente que los paramilitares pasaran por las casas pidiendo palas y cuchillos prestados. Eran tan salvajes que nos devolvían todo eso con la sangre y la carne fresca, continúa el hombre, y afirma que después de la tortura subían a la gente, solos o en pequeños grupos, amarrados con lazos o cabuyas, y regresaban sin ellos, u obligaban a los conductores de volquetas a cargar los muertos y a sepultarlos entre escombros. (Escobar Roldán, 2016)

La lucha jurídica por desenterrar La Escombrera finalizó el mes de septiembre de 2013, cuando el Tribunal Superior de Medellín ordenó que se exhumaran los cadáveres, enfrentando y prevaleciendo los derechos de las víctimas contra los derechos del capital privado, de empresas poderosas que usufructan la extensión de tierra. En la actualidad la Fiscalía General de la República sigue trabajando en el sitio con el fin de exhumar los cadáveres y poder rastrear la identidad de los desaparecidos.

El fallo judicial de La Escombrera es un éxito en la larga lucha de las víctimas por hacer valer la normatividad conquistada. De ahí que el postconflicto y el escenario que ofrece, implique revisar las agendas pendientes de un problema que aún sigue vigente y, como se ha planteado en párrafos anteriores, perviva el “duelo congelado” de las víctimas.

Uno de los temas candentes es retomar la idea de la Comisión de la Verdad. Esta idea no se ha asumido en el acontecer nacional, a pesar de la amplia experiencia de las Comisiones de la Verdad en otros escenarios. Determinar culpables y encontrar procesos de opinión pública que puedan hacer eco de este proceso y del rol de los actores armados en el accionar delictivo sería fundamental para un proceso de verdad jurídica. Esta es una tarea pendiente, que se ha logrado direccionar de otra forma por los estudios del Centro Nacional de Memoria Histórica, pero es necesario un debate nacional que visibilice la terrible dimensión de los hechos.

Es necesario apalancar el poder simbólico

del Derecho. En este trabajo se han enunciado las conquistas jurídicas de las víctimas, pero es necesario propiciar movilizaciones en torno a los fallos judiciales y a la jurisprudencia que se ha logrado construir en torno a la temática. Pero como lo mencionábamos al inicio del trabajo, nos encontramos con un campo jurídico en construcción, concepto tomado del sociólogo francés Pierre Bourdieu (2002), para explicar un escenario de luchas hegemónicas por el poder. El Derecho no escapa a esta tendencia; por el contrario se instituye en campo de combate entre las fuerzas que logran materializar la propuesta jurídica y restaurar la desarmonía y las fuerzas que se niegan y quieren preservar sus fuerzas alter-legales, es decir, los micropoderes heterárquicos y hegemónicos (Foucault, 1991). Esta lucha que se dirime en el litigio, es una lucha entre las movilizaciones sociales que genera el Derecho, la fuerza institucional y los poderes fácticos. Lo interesante de la propuesta de Latorre (2015), es que en la medida en que se empoderen comunidades, se socialicen las gramáticas jurídicas y se logre el espacio deliberativo, el Derecho puede transformar las realidades.

El otro escenario, y este es el peligroso, es que el poder simbólico no sea operativo, es decir, se continúe en el síndrome normativo (Botero Bernal, 2003), que a cada problema social se le decreta una normatividad sin tener la fuerza institucional de hacer operativo ese orden normativo. En este sentido el Derecho pierde su fuerza, se torna opaco y los colectivos sociales pierden la fe en el orden jurídico y en las instituciones que lo refrendan.

Por ello la necesidad de hacer memoria, de instaurar una memoria jurídica que permita entender la violencia padecida, que recobre y visibilice las voces de las víctimas y que ante todo sea capaz de recuperar los rastros y huellas de los desaparecidos, para que Colombia no tenga más Escombreras que horadar y para que no se repitan nunca más las atrocidades y vejámenes a los inocentes.

En este sentido es pertinente cerrar este trabajo con las afirmaciones de las víctimas de Nariño en la Conmemoración del Día Internacional de la Desaparición Forzada: **“Ustedes cierran los ojos y olvidan, nosotros cerramos los ojos y recordamos”**.

REFERENCIAS

Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona: Ediciones Deusto.

Aguilar Cavallo, G. (2009). La desaparición forzada de personas: naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 429-463. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Santiago, Chile.

Alflen Da Silva, P. R. (2010). El delito de desaparición forzada de personas y el Derecho Penal brasileño. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (XXXIV), 213-226. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, Chile.

Amnistía Internacional (2014). Informe Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo. *Amnesty International* Peter Benenson House 1 Easton Street, Londres 1X.

Apter, D. (1997). *The legitimization of violence*. NYU Press.

Botero Bernal, A. (2003). *Diagnóstico de la eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Biogénesis, Señal.

Bourdieu, P. (2002). *Poder, Derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer.

Carcova, C. M. (2009). *Acceso a la justicia: exclusión y aculturación*. En <http://www.urbeetius.org/newsletters/02/Carcova.pdf>

Centro Nacional de Memoria Histórica (2014). Textos corporales de la crueldad. *Memoria histórica y antropología forense*. Bogotá: CNMH.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2014). Desaparición forzada Tomo I: *Normas y dimensiones de la desaparición forzada en Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). Desaparición forzada Tomo II: *Huellas y rostros de la desaparición forzada (1970-2010)*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2014). Desaparición forzada Tomo III: *Entre la incertidumbre y el dolor: impactos psicosociales de la desaparición forzada*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2014). *Desaparición forzada Tomo IV: Balance de la acción del Estado colombiano frente a la desaparición forzada de personas*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2015). El derecho a la justicia como garantía de no repetición. Volumen 1. *Graves violaciones de derechos humanos, luchas sociales y cambios normativos e institucionales 1985-2012*. Bogotá: CNMH.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2016). El derecho a la justicia como garantía de no repetición. Volumen 2. *Las víctimas y las antecelas de la justicia. Conclusiones y Recomendaciones*. Bogotá: CNMH.

Centro Nacional de Memoria Histórica (2016). *Hasta encontrarlos. El drama de la desaparición forzada en Colombia*. Bogotá: CNMH.

Comisión Internacional de Juristas (2005). *Colombia: políticas del Gobierno socavan el Estado de Derecho y consolidan la impunidad*. Ginebra SUIZA. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_971.pdf

Consejo Noruego de Refugiados (2016). *Casos dramáticos de desplazamiento*. Recuperado de: <http://www.prensalibre.com/internacional/violencia-y-guerras-obligan-a-38-millones-de-personas-a-desplazarse-en-el-mundo>

Constitución Política de Colombia (1991).

Congreso de la República de Colombia. Colombia.

Corte Suprema de Justicia (2008). Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia. Radicación 29472.

Corte Suprema de Justicia (2009). Sala de Casación Penal. Aprobado Acta N° 374.

Decreto 051 de 2005. Por medio del cual se reglamenta la aplicación de los beneficios establecidos en el Acuerdo 124 de 2004 y el procedimiento para el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de víctimas de secuestro y de desaparición forzada. Registro Distrital 3283. El Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital. Marzo de 2005.

Decreto 1862 de 2014. Por el cual se establece el reglamento de la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas creada por la Ley 589 de 2000. Presidente de la República de Colombia.

Decreto 4218 de 2005. Por el cual se reglamenta el artículo 9° de la Ley 589 de 2000. *Diario Oficial* 46101. Presidente de La República de Colombia, noviembre 23 de 2005.

Escobar Roldán, M. (2016). Los testigos vivos de La Escombrera. Periódico *El Tiempo*. Recuperado: <http://www.eltiempo.com/colombia/medellin/los-testigos-vivos-de-la-escombrera-en-medellin/16400541>

Foucault, M. (1991). *Vigilar y castigar: El nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Friedman, T. (2006). *La tierra es plana: breve historia del mundo globalizado del siglo XXI*. Barcelona: Martínez Roca.

García Villegas, M. (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA.

Gatti, G. (2011). El lenguaje de las víctimas: silencios (ruidosos) y parodias (serias) para hablar (sin hacerlo) de la desaparición forzada de personas. *Universitas Humanística*, (72), julio-diciembre, 89-109. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Giraldo Marín, L. A., Gómez Gómez, J. D. y Maestre Caro, K. (2008). Niveles de depresión y estrategias de afrontamiento en familiares de víctimas de desaparición forzada en la ciudad de Medellín. *International Journal of Psychological Research*, 1(1), 27-33. Universidad de San Buenaventura. Medellín, Colombia.

Goldhagen, D. (2010). *Peor que la guerra: genocidio, eliminacionismo y la continua agresión contra la humanidad*. Barcelona: Taurus.

Latorre Iglesias, E. L. (2015). Litigio estructural y experimentalismo jurídico: análisis sociojurídico a los cambios generados por la Sentencia T-025 en la población desplazada. Santa Marta: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Lemaitre, J. (2007). *Fetichismo legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en*

Colombia. En <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre_Spanish_.pdf> acceso abril de 2010

Ley 1408 de 2010. Por la cual se rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y se dictan medidas para su localización e identificación. *Diario Oficial* No. 47.807. Congreso de la República. Agosto de 2010.

Ley 1418 de 2010. Por medio de la cual se aprueba la "Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006. *Diario Oficial* No. 47.910. Congreso de la República. Diciembre de 2010

Ley 589 de 2000. Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 44073 de julio 7 de 2000. Congreso de la República. Julio 2000.

Ley 707 de 2001. Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada". *Diario Oficial* No. 44.632. Congreso de la República. Diciembre de 2001.

Ley 971 de 2005. Por medio de la cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 45.970. Congreso de la República. Julio de 2005.

Lira Kornfeld, E. (2006). *Los actos de la dictadura. Comisión investigadora 1931*. Chile: Universidad Alberto Hurtado.

NTX (2016). *Historia del conflicto armado en Colombia*. Recuperado en: <http://www.hoytamaulipas.net/infografias/253/Colombia-historia-del-conflicto-armado-.html>

Organización de las Naciones Unidas (2012). Informe de misión a México: grupo de trabajo de la ONU sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. México: ONU.

Pecaut, D. (2001). *Guerra contra la sociedad*. Barcelona: Espasa.

Ramírez Páez, D. y Segura, J. A. (2013). *Comportamiento del fenómeno de la desaparición en Colombia*. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Reveles, J. (2015). México: país de desapariciones forzadas. *Política y cultura*, (43), 9-23. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco. Distrito Federal, México.

Sentencia C-317 (2002, mayo 2). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal". M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional. Bogotá D.C.

Sentencia C-370 (2006, 18 mayo). Sentencia de Constitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.

Sentencia C-580 (2002, julio 31). Revisión oficiosa de la "Ley 707 del 28 de noviembre de 2001 'Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas'" hecha en Belemdo Pará, el nueve de julio de 1994. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Bogotá D.C.

Sentencia C-781 (2012, 10 octubre). Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3º (parcial) de la Ley 1448 de 2011, "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional.

Statista (2016). *Víctimas del conflicto en Colombia*. Recuperado en: <https://es.statista.com/grafico/5607/las-victimas-de-los-conflictos-armados-en-colombia/>

Vosganian, V. (2010). *El libro de los susurros*. Valencia: Pre-Textos.

Fortalezas y debilidades del procedimiento de restitución de tierras contemplado en la Ley de Víctimas

Strengths and weaknesses of the land restitution procedure contemplated in the Victims' Law

RESUMEN

Se enmarca este artículo de reflexión en torno a una revisión jurídica sobre las debilidades y fortalezas del procedimiento adoptado por la Ley de Víctimas (1448 de 2011) para la restitución de tierras en la coyuntura actual colombiana. La implementación y los resultados de la Ley han generado controversias en los últimos años, puesto que en su materialización surgen otros sujetos procesales, y en especial, posibles víctimas atribuidas a la misma legislación, como son los poseedores de buena fe o segundos ocupantes, que en algunos casos, es factible evidenciar que se restringen y desconocen sus derechos.

PALABRAS CLAVE

Víctimas, Conflicto armado, Restitución de tierras, Segundo ocupante, Falsas víctimas.

ABSTRACT

This article reflects on a legal review on the weaknesses and strengths of the procedure adopted by the Law of Victims (1448 of 2011), for the restitution of land in the current colombian conjuncture. The implementation and results of the law have generated controversy in recent, since in the materialization of the same arise other procedural subjects, and especially possible victims attributed to the same law, as the holders in good faith or second occupants, that in some cases, it is feasible to show that their rights are restricted and unknown.

KEYWORDS

Victims, Armed conflict, Restitution of land, Second occupant, False victims.

NAPOLEÓN IMBETT

Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Especialista en Gestión de Entidades Territoriales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad CECAR. Candidato a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Santa Marta. napoimbett@hotmail.com

Recibido: Febrero 10 de 2015 • Aceptado: Abril 17 de 2015

INTRODUCCIÓN

¿Es cierto que los patrones van a repartir la tierra? –se aventuraba a preguntar a los peones que volvían del monte, cargados de leña. El maestro Sabogal, el carpintero, que cepillaba unas tablas en el banco de trabajo que había en el corredor, le decía: –Pregúntele a don Ramírez mano Siervo. Yo no sé nada. Cómo repartirla... ¡Eso qué! Los patrones no reparten sus tierras así no más: es caso que no se ha visto. (Caballero Calderón, 1992, p.343)

Nunca antes una normatividad había generado tanta polémica, tensiones y contradictores en este país, como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011), el contenido complejo y las prerrogativas especiales con la que fue diseñada (para favorecer a las víctimas dada su condición de alta vulnerabilidad), lo que en términos jurídicos y concretos supone una masiva devolución de tierras y propiedades a las víctimas que, en su gran mayoría, sufrieron en carne propia el despojo de tierras arrebatadas violentamente por actores armados del conflicto.

La visión general o enfoque de este marco normativo, supone o evidencia inicialmente, un estridente choque entre dos sujetos procesales presentes en el sumario, la del presunto **victimario**, que a cualquier modo o costo intenta defender su propiedad, posesión u ocupación de la tierra adquirida por cualquiera de los distintos modos contemplados como ilegítimos por dicha Norma y la de la presunta **víctima** que a través de la

justicia restaurativa pretende recuperar material y legalmente su tierra, amparado en un ágil y especial procedimiento que combina lo administrativo con lo judicial adoptado por la misma Norma.

No obstante, el espíritu reparador de la ley, su práctica y ejercicio han evidenciado algunas falencias y vacíos que han generado una profunda confrontación social, dado que algunas personas ocupantes de tierras y de las que la ley bajo la figura de “presunción legal”, rotula como victimarios, no lo son en verdad, sino que son **segundos ocupantes o terceros adquirentes** de tierra de buena fe en regiones de conflicto, que deben ser protegidos antes que perseguidos, dado que están exentos de los acontecimientos cubiertos por dicha Ley (Ley 1448 de 2011). Asimismo, estas circunstancias conllevan a que muchas de las víctimas que hoy se postulan como tal ante la Unidad de Restitución de Tierras tampoco lo sean, dando lugar así a otra categoría, la de **falsas víctimas**.

De manera que el surgimiento de estos nuevos “**sujetos procesales**” propiamente no previstos por la ley, entre otros, determinan que el marco jurídico en el que se basa la ordenanza en comento, ha estado enfrentado a unos retos, obstáculos y desafíos complejos que la han convulsionado, y que en algunas regiones antes de generar justicia, convivencia pacífica y paz, vocación para la que fue diseñada la normatividad, terminó provocando una peligrosa tensión social, que el Gobierno de forma paulatina ha tratado de superar a través de actos administrativos o

acuerdos, a lo que hay que sumarle la jurisprudencia que se ha proferido con el objetivo de ajustar, racionalizar y equilibrar tal normatividad en sus aspectos críticos.

Siguiendo esta línea, el desarrollo de este artículo de reflexión propende por elaborar un análisis práctico sobre el procedimiento que adopta la Ley 1448 de 2011 (en el que se puedan identificar sus fortalezas y debilidades) para restituir derechos y tierras a las personas que fueron desplazadas por la violencia que ha padecido Colombia en los últimos años, a causa del accionar de los actores armados.

Así mismo, se busca la identificación y logro de los aspectos claves de dicha normatividad, sus fundamentos, evolución, la necesidad de su implementación y su conveniencia dentro del Estado Social de Derecho; además, su utilidad y eficacia en su aplicación como política de Estado. Para ello se analizarán los distintos ámbitos de tal institución, para establecer el verdadero alcance en cuanto a la protección efectiva de los derechos de las víctimas, o si por el contrario, esta podría terminar convirtiéndose en un catálogo de buenas intenciones plasmadas en un estatuto, que en su desarrollo está causando nuevas víctimas o revictimización.

De igual forma, se desprende del presente trabajo, un acercamiento al drama de los segundos ocupantes de buena fe y a las falsas víctimas, que no son los únicos problemas a los que se enfrenta dicha ley en su aplicación e implementación, puesto que esta encara

otros desafíos: la violencia aún no sofocada en algunas regiones y la conformación de ejércitos privados ilegales **anti restitución**, que de manera radical y con el retorno del uso de la violencia fáctica y simbólica, impiden que se concrete el derecho, el retorno, la asistencia, la protección y la restitución de las víctimas contemplada en la ley.

Esto sin contar con la férrea oposición de sectores de derecha representada por algunos gremios y sectores políticos radicales que le apuestan al fracaso de la Norma como un error estridente de una política de Estado fallida, pues nunca antes una legislación había reconocido el conflicto armado, visibilizado a las víctimas como sujetos de derechos; como tampoco permitir la restitución legal y material de la tierra arrebatada a las víctimas por los actores del conflicto.

El dominio estratégico de vastas extensiones de tierra es una tendencia global explicada por Klare (2003), dinámica multiviolenta que gira en torno a la posesión y control de sitios geográficamente estratégicos que permitan el manejo de la seguridad alimentaria y la manipulación de los recursos hídricos. A esto hay que sumarle que la posesión de tierras de difícil acceso permiten la siembra y recolección de cultivos ilícitos. De ahí que la tierra sea el centro de una lucha global por el poder agrícola o lo que se entiende como el retorno del neocapitalismo agrícola que permite el manejo de la seguridad alimentaria de los países.

En este orden de ideas, queda claro que la

Ley está tratando de hacer frente a un problema estructural de la historia de Colombia: el problema postergado de la tierra. Este conflicto es factible entenderlo dentro de la dinámica de los problemas no resueltos en la configuración sociohistórica de Colombia.

El gran revisionista histórico Liévano Aguirre (2002) lo caracteriza como uno de los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia, ligado a los procesos de conquista española y a las diferentes batallas, donde la tierra ocupó un destacado papel en el avivamiento de los conflictos internos tal y como lo explica Charles Bergquist (1999) en la violencia generada por el auge de las exportaciones de café y que concluyó con la guerra de los Mil Días.

El conflicto colombiano que para algunos autores asumió formas exacerbadas de violencia (Pecaut, 2013) se centró en la lucha encarnizada por la tierra y de una manera u otra implicó que multiplicidad de actores armados construyeran heterarquías y micropoderes que posibilitaron una escalada de violencia fáctica y simbólica que se entendió como una violencia contra la sociedad desde la perspectiva de Pecaut (2001) o una violencia motivada por ideologías políticas y cuyo eje central era la posesión de la tierra (Deas, 2015).

Estas escaladas de violencia se han visto de forma casi cíclica en la conformación histórica del Estado colombiano y de los intentos de configurar una Nación como narración de unidad y cohesión social, lamentablemente

signada por el acontecer violento, la división y la fragmentación territorial (Safford, 2002), que permiten afirmar que Colombia es una Nación a pesar de sí misma (Bushnell, 2014).

Por ende la disputa sobre el control y la posesión de la tierra es de índole estructural en la historia mundial y obviamente Colombia no escapa a ello por su distribución e inequidad y últimamente por el despojo a que han sido sometidos millones de propietarios y poseedores; tal control, ocupa un lugar privilegiado entre las distintas causas que originan el conflicto interno, con la particularidad que el nuestro es promovido por distintos factores en el cual confluyen actores armados: guerrilla, paramilitares, bandas criminales, narcotráfico y las redes e interrelaciones que surgen entre ellos.

Como resultado de la violencia más reciente, se han generado millares de muertos, masacres, desplazados y un cúmulo de víctimas de más de siete millones de personas (Consejo Noruego de Refugiados, 2016), cifra que evidencia la magnitud de la tragedia nacional que sumió al país en una crisis humanitaria para la cual el Estado parecía no tener respuesta.

Precisamente una de las formas que ha nutrido tal conflicto, ha sido el desplazamiento forzado, donde los actores armados de forma sistemática fueron apropiándose de la tierra abandonada o forzando su abandono, amparado en su poderío militar y en la ausencia notoria del Estado, asociadas a otras modalidades y tipologías ilegales (despojos, ventas

forzadas, etc.), situación que se repitió a lo largo de la geografía del país, configurándose una amplia zona de tierras despojadas y abandonadas de *aproximadamente mas de 6,6 millones de hectáreas, entre la década de los 80 y el 2010* (Consejo Noruego de Refugiados, 2016). El mapa al pie de la página muestra en cifras la magnitud del despojo:

De ahí que el factor tierra, uno de los medios de producción alimentaria más significativo en la época actual, se volvió el objetivo fundamental de dichos grupos, constituyéndose así en un poderoso instrumento de poder, rápido y eficaz, dado que permitía adquirir el control militar, económico y político-local de zonas territoriales especialmente margina-

das, lo que consecuentemente conllevó al enriquecimiento de pocos (grupos ilegales) y el empobrecimientos de muchos (desplazados), obligados a la venta forzada de tierras, a precios irrisibles (Fajardo, 2014).

Los mecanismos jurídicos de atención y reparación a las víctimas eran precarios, por no decir inexistentes, la Tutela y las Sentencias de la Corte Constitucional (Sentencia T-025 de 2004 “Que declaró un estado de cosas Inconstitucionales”. Ver las Sentencias C-178, C-228, C-578, C-580, C-695 y C-916, todas las de 2002; las C-004 y C-228 de 2003; la C-014 de 2004; las C-928, C-979 y C-1154 de 2005; las C-047, C-370, C-454, y C-575 de 2006; la C-209 de 2007, y la C-1199 de 2008, entre

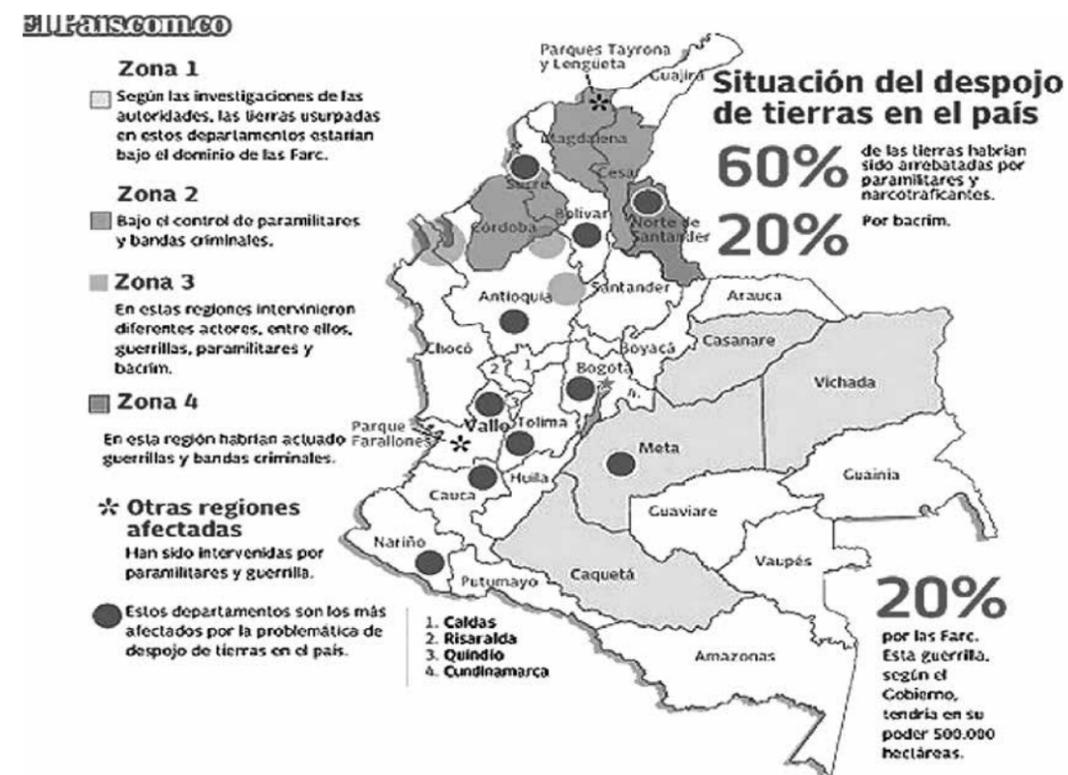


Gráfico 1. Situación del despojo de tierras en Colombia

Fuente: Periódico El País (2013)

otras) se convirtieron en el instrumento adecuado para suplir tales falencias, al amparar y proteger ciertos derechos contenidos en la Constitución de 1991, totalmente desconocidos; la acción reivindicatoria y de reparación eran las únicas vías judiciales para intentar restablecer el derecho y reparar a miles de víctimas, con procesos de más de 10 años de duración y sujetos a las dilaciones y congestiones de la justicia ordinaria (Latorre, 2015a).

Ante esta ausencia se requería un marco jurídico para enfrentar tan cruda realidad; en ese tránsito se expidieron distintas normativas con marcos jurídicos limitados (Ley 418 de 1997 de Orden Público, Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, Decreto 1290/08, Ley 1438 de 2011, Ley 1579 de 2012, Decreto 1465 de 2013) que intentaban “amainar” la situación de las víctimas otorgando subsidios (Ley 418/97 de Orden Público), y otras, facilitar diálogos y procesos de paz con organizaciones armadas al margen de la legislación como la Ley 975 de 2005 (Justicia y Paz), las cuales resultaron a juicio de organizaciones de juristas y de derechos humanos insuficientes dado que beneficiaban principalmente a miembros de grupos armados ilegales como las AUC (victimarios) antes que a las víctimas, a las que daban un trato diferenciado y ataban a modelos procesales restringidos.

Toda esta amalgama de experiencias negativas y positivas de las normativas mencionadas, fueron útilmente recogidas por el Gobierno de turno, a fin de diseñar e implementar la base de un marco jurídico/político,

teóricamente más garantista, restaurador, reparador en favor de las víctimas, acorde a un Estado Social de Derecho, inspirado en el concepto de justicia transicional, lo cual terminó con la **Ley de Víctimas y Restitución de Tierras** (Ley 1448 de 2011).

De acuerdo a esta contextualización sociojurídica, los resultados de investigación que se presentan a continuación se recopilaron con la tipología de investigación descriptiva, que tiene como finalidad caracterizar un fenómeno. Para ello se acude a la hermenéutica jurídica, que como metodología, implicó un acercamiento a la realidad del objeto de investigación, con la finalidad de interpretarla y aprehenderla. Las técnicas de investigación que se construyeron giraron en torno a la construcción de fichas de resúmenes bibliográficos y de análisis del discurso acorde a lo esbozado por Eco (2009).

La estructura del argumento se desarrolla de la siguiente forma: en un primer acercamiento se caracterizan las fortalezas y ventajas de la ley, para luego, en una segunda aproximación, revisar las falencias y las restricciones que impiden materializar de forma efectiva la ley y su propósito general. Se finaliza el escrito señalando los posibles caminos de la ordenanza en el poco tiempo que le queda de vigencia.

1. Las fortalezas: una mirada holística al procedimiento de restitución de tierras

Es la tierra donde el hombre “se está”, donde puede estarse y quedarse y perma-

necer indefinidamente, siguiendo el ritmo lento de las cosechas, sufriendo los rigores del verano implacable, gozando la humedad del invierno que, como una oleada de sangre, revienta en las mazorcas del maíz, se condensa en miel en los tallos de las cañas y se convierte en una pulpa blanda y azucarada en las bayas del plátano. (Caballero Calderón, 1992, p.163)

Como muchas otras leyes existentes, la Ley 1448 de 2011 no es un estatuto perfecto. Sin embargo, no puede desconocerse que se construyó desde una visión teórica en favor de las víctimas con un significativo reconocimiento nacional e internacional que constituyen sus principales fortalezas, si se tiene en cuenta que las víctimas en Colombia venían de un proceso de abandono estatal desde mucho tiempo atrás, caracterizado por un notorio déficit de protección, toda vez que no estaban siendo atendidas efectiva y adecuadamente en cuanto a la defensa y reivindicación de sus derechos.

En consonancia, es factible afirmar que la citada ley no solo se funda en un proceso social dinámico que tiene como eje el conflicto, sino que además se erige como una respuesta sistemática, necesaria e inaplazable del Estado en construir un marco jurídico más amplio y garantista, restaurador, a fin de detener y contener las dimensiones del conflicto y su efecto más devastador: el creciente desplazamiento forzado acompañado del despojo paulatino y sistemático de la tierra.

De igual forma se plantea la Ley para asistir

y reparar a las víctimas, lo cual involucra la restitución de *millones de hectáreas* arrebatadas ilegalmente a sus propietarios y poseedores por los actores del conflicto, revertiendo la tendencia de usurpación acostumbrada, hecho que se volvió inocultable y provocó una crisis social, precedida de un estado de “*cosas inconstitucional*” llamado así por la Corte Constitucional en su Sentencia T-025 de 2004, que generó algo inédito en el país, un proceso de movilización estructural del Estado denominado por algunos autores de ingeniería jurídica (Latorre-Iglesias, 2015b). Es pertinente graficar la dimensión cuantitativa de las víctimas en Colombia:

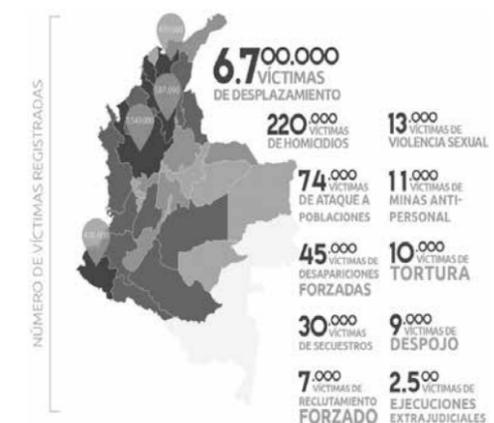


Gráfico 2. Situación de las víctimas en Colombia

Fuente: Humanun Colombia (2016)

De manera que la aparición de la Ley 1448 de 2011, está circunscrita a hechos coyunturales claves; su promulgación permitió no solo la visibilización de las víctimas, sino que estas fueran tenidas en cuenta como verdaderos sujetos de derechos, gracias a que antes de la expedición de esta ley, las víctimas tenían un trato diferenciado, derechos estos asignados conforme a los parámetros

internacionales, bajo el esquema de Justicia Transicional.

La nueva normatividad expande su finalidad hacia una cobertura más amplia, en cuanto al concepto y beneficio de las víctimas, estableciendo un conjunto de medidas restauradoras, reparadoras, de carácter administrativo, social, económico individual y colectivo, que garantizan la restitución de sus derechos, su goce, la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, factores que van más allá de una reparación o subsidio económico contemplado inicialmente.

Tal vez una de las fortalezas más preciadas y significativas de dicha Norma está relacionada con el principio de la **dignidad de las víctimas** (*pro homine*), fundado en el respeto a la dignidad humana y sus derechos, consagrado en nuestra Carta Constitucional (Artículo 1°) y tratados internacionales, prevalentes ante cualquier situación para garantizar la efectividad del Derecho, que venía siendo sistemáticamente desconocido por los actores del conflicto el cual conllevó al país a una de las más profundas crisis humanitarias por el recrudecimiento de tales violaciones, que ponían en una abierta contradicción y entredicho la vigencia constitucional del orden justo que debe comportar y predicar todo Estado de Derecho.

Es innegable entonces que la Ley 1448 ha dado un estatus distinto a las víctimas y brindado un papel protagónico dentro de las políticas de Estado, lo que ha conllevado a que, poco a poco, hayan adquirido una ca-

tegoría especial que antes no tenían y que fue negada hace muchos años atrás. Incluso, eran personas pasivas de las conductas punibles del Derecho Penal, pues su causa y derechos estaban atados al de sus victimarios; igualmente antes que restaurar sus derechos solamente recibían una indemnización monetaria, que muchas veces no alcanzaba la magnitud de los daños causados y omitían el acceso a las demás medidas de reparación que hoy sí tienen con la nueva ordenanza, medidas que no solo son compatibles con nuestro sistema constitucional, sino que han sido avaladas por instituciones internacionales.

En cuanto a la reparación integral en la aplicación de la Ley 1448 de 2011, la Norma muestra la intención de lograr la Justicia Transicional, es decir, la aplicación de un paquete jurídico y político que permita la superación de los daños causados por el conflicto armado en Colombia, lo cual supone una oportunidad de que el Estado y la sociedad puedan implementar acciones importantes y procesos democráticos y pacíficos que permitan implementar medidas que minimicen las secuelas ocasionadas por el conflicto. Queda claro que estas acciones deben garantizar el respeto y la justicia para que sean los más óptimos para el proceso transicional.

Otra fortaleza de la Norma analizada tiene que ver con la consagración positiva interna de la reparación integral que el Derecho Internacional había consolidado a través del tiempo, lo que iba a permitir que la Norma adquiriera una vigencia inmediata, por lo

que las víctimas serían restablecidas en sus derechos en el momento mismo de su reconocimiento.

Esto ha generado la opción de que el Gobierno Nacional diera especial prelación a este tema y aplicara medidas que garantizaran esa reparación integral, asistencia, asesoramiento, con ello, la inversión de un gran volumen de recursos con la intención de lograr programas de intervención social, que traen grandes beneficios, generando procesos productivos importantes que mejoran sustancialmente las condiciones de vida de estas personas vulnerables y golpeadas por la violencia y que a la vez permita generar productividad en el campo, saldando la deuda histórica de atraso y pobreza en este escenario.

Precisamente uno de los espacios donde más se ha concentrado y desarrollado el conflicto en Colombia, *es el rural*, territorio especial donde el conflicto ha cobrado su mayor dinámica y agudización. Ello está relacionado con la posesión de la propiedad y la tenencia de la tierra; ahí se han configurado toda clase de vejámenes, ultrajes y violaciones contra la población campesina.

Por eso se puede decir, que una de las grandes fortalezas de la ley esté contenida en comportar ágiles y novedosos procedimientos para recuperar y reintegrar las millones de hectáreas e inmuebles arrebatados a las víctimas por actores armados con ocasión del conflicto o en ejercicio de alguna de las diferentes tipologías de despojo, aspecto

que no se contemplaba y que se había omitido en las anteriores Leyes 418/97 y 975/07 y el Decreto 1290 de 2008, que solo contenían modelos de asistencia y reparación administrativa.

Ello motiva que el Gobierno diera especial prioridad y atención para contener este creciente fenómeno de desplazamiento forzado, estableciendo una política de restitución de tierras, dentro del marco de la citada ley, contenida en los Capítulos I, II y III (artículos 69 al 122) que comprenden el procedimiento y los mecanismos de aplicación del referido asunto, distinto al modelo procesal de restitución dispuesto por el Código Civil, evidenciadas las condiciones de complejidad en que se desarrolló el despojo.

Del espíritu de tales preceptos se infiere que la Restitución de Tierras es un programa destinado a reparar efectiva e integralmente el daño causado a las víctimas, a través de vías administrativas y judiciales, según el caso, esto es, garantizar que la víctima o la población victimizada vuelva al estado natural en la que se encontraba antes de acaecer el hecho que lo forzó a vender o a abandonar su predio.

Lo anterior se traduce en la devolución de la propiedad, posesión o tenencia del predio, jurídica y materialmente. En ese propósito cuenta con acompañamiento institucional, con lo cual se busca también la rehabilitación social de la víctima o población, para que no continúe en la marginalidad, y por el contrario se integren con el mínimo de derechos a la sociedad.

En principio, puede deducirse que el procedimiento adoptado está orientado a asegurar, agilizar y facilitar la reparación integral, a través de mecanismos efectivos que comprenden dos vías: *la administrativa y la judicial*, los cuales constituyen una categoría especial de procesos, similar a los abreviados o sumarios, con una peculiar característica de inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima y *en contra del opositor* y algunas presunciones que conllevan a vicios del consentimiento del contrato y la nulidad de actos o sentencias, cuando se demuestra relación de las partes con el conflicto, que se ejercen bajo postulados autónomos, entre ellos el que le da el carácter de prevalencia constitucional.

De suerte que la reparación por **vía administrativa** comprende: La macro y micro focalización del predio (definición de áreas geográficas de conflicto), el registro de este, el acopio de la información a efectos de evaluar la futura indemnización, y demás medidas de rehabilitación y satisfacción.

Por su naturaleza está concebida para reparaciones a gran escala, en el término de 10 años, sin exclusión de las que se presenten individualmente, indemnización que se traduce o tiene efectos de un contrato de transacción (para impedir futuros pleitos), vía esta que es una respuesta al gran número de víctimas existentes y reclamantes de su derecho y al cúmulo de pretensiones no resueltas, acumuladas y presentes, imposibles de tramitar por otra forma, las que deben demostrar nexo de causalidad con el conflicto

en el tiempo determinado por la Ley, según el caso.

La **Judicial** comprende de manera general dos etapas:

a) La primera de orden administrativo. Inicia ante la Unidad de Restitución de Tierras y/o regionales o en su defecto en la Personería Municipal, la Procuraduría o Defensoría del Pueblo, encargada de llevar el registro e inscripción de tierras despojadas o abandonadas forzosamente y de la persona afectada; constituye, según el artículo **76 ibídem**, requisito de procedibilidad, sin el cual no es procedente iniciar adecuadamente el trámite o la acción de Restitución de Tierras, pues a través del mismo se recolecta información valiosa para hacerla valer en la etapa judicial, cuyo término es de 60 días, ampliado, si es del caso, hasta la mitad.

b) La segunda, la etapa judicial, que también se le conoce como *acción de restitución, la cual decide de fondo sobre la restitución*, dirigida generalmente contra la legalidad del título del poseedor u ocupante del predio, de la cual conocen los Jueces Civiles del Circuito Especializados en Restitución de Tierras de cada región en única instancia, competencia que puede variar en el evento de que haya oposición. En este caso, culminado el periodo probatorio, se envía el expediente al Tribunal especializado respectivo. Es de anotar que la carga de la prueba en este proceso, es inversa, no está a cargo de la víctima o el demandante, sino de quien se oponga o del Estado, en virtud del principio de buena fe.

El término para adoptar la decisión depende de si hay o no oposición, así:

- Si hay oposición, el término será de 4 meses prorrogables hasta dos meses más.
- Si no hay oposición, deberá dictarse sentencia finalizado el periodo probatorio.

Por tratarse de un proceso de carácter especial, las decisiones proferidas en virtud de la precitada ley no contemplan el ejercicio de los recursos ordinarios, salvo el de consulta ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil correspondiente, cuando la sentencia es adversa al reclamante despojado, y el Recurso de Revisión ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; así lo dispone el artículo 79 de la citada Legislación (1448 de 2011) y lo confirma la Sentencia C-099/13.

Para que el opositor del predio pueda hacer valer su derecho o reclamar compensación, deberá probar que dicha adquisición la hizo actuando de *buena fe exenta de culpa, es decir, sin fraude y sin aprovechamiento de las circunstancias de violencia*, situación que en la práctica ha afectado a terceros y a segundos ocupantes de buena fe, como lo veremos más adelante. Otra de las particularidades propias de este proceso es que en la sentencia que decreta el restablecimiento del derecho del despojado, es decir, la Restitución, se puede igualmente declarar la pertenencia en favor del mismo, toda vez que el hecho delictivo o el despojo, no interrumpe la prescripción del poseedor.

2. Las debilidades: restricciones y problemas no resueltos en la práctica jurídica

- Es que yo quiero comprar el pedacito de

tierra... Al administrador le daba risa. Si sus mercedes me dejaran sembrar tabaco en vez de esos palitos de maíz que no producen nada, en dos cosechas tendría reunidos los cuartillos para comprarles el arriendo. –Eso no es posible. Se necesita que alguien siembre maíz para la mazorra de los jornaleros de la vega (Caballero Calderón, 1992, p.343).

Si bien es cierto que el espíritu de la Ley de Restitución de Tierras, está orientado a devolver a las víctimas las millones de hectáreas arrebatadas con ocasión del conflicto o mediante los distintos modelos de despojos, con lo cual se busca restablecer su derecho violentado de forma ilegal, no menos cierto es que la misma ley en el marco de su implementación y aplicación presenta serios obstáculos, tropiezos y falencias de distinta índole que no han permitido desarrollar y ejercerla con la celeridad con la que el Gobierno pretendía y con la expectativa que esta generaba.

Esta situación puede revertir el espíritu de dicha legislación y por el contrario antes de resolver un conflicto, puede más bien generar otros, pues la confrontación por el tema de tierra en algunas zonas del país es álgido y preocupante. Hay serias evidencias que los procesos de restitución que se han surtido ante los jueces competentes han estado precedidos de enconados enfrentamientos entre reclamantes y propietarios, poseedores u ocupantes del predio que se pretende restituir, con lo cual se deja o proyecta un mensaje ante la opinión de que algo anda

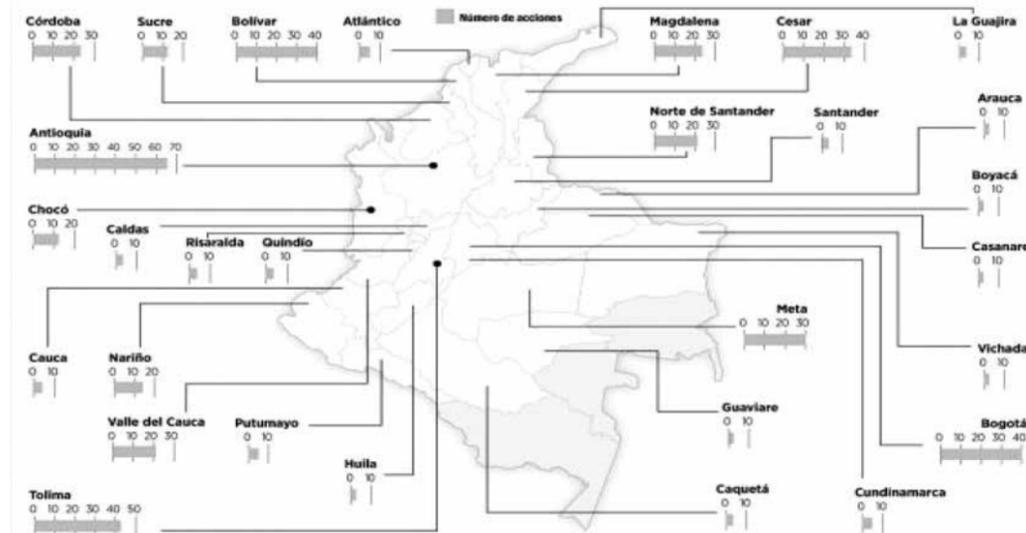


Gráfico 3. Acciones violentas contra reclamantes de tierras en Colombia

Fuente: *El Espectador* (2014)

mal con el procedimiento de restitución (*El Espectador*, 2014). El siguiente mapa ubica el tema de las acciones violentas contra los reclamantes:

Las razones que laceran el resultado de la citada Ley, son disímiles y complejas; pueden estar atadas a factores endógenos, exógenos, estructurales y colaterales, que no son completamente insalvables desde la perspectiva que se les mire, pero que requieren un denodado esfuerzo del Gobierno y de sus ejecutores para hacer de esta Ley un instrumento eficaz y ágil en procura de garantizar en condiciones adecuadas el efectivo derecho a la restitución, sin descartar su modificación.

Ahora, pese a que la Ley cuenta con procedimientos aparentemente expeditos para su misión, es innegable la existencia de res-

tricciones estructurales (Goldratt, 2007) que han propiciado el represamiento de los procesos de Restitución, los que se expanden en distinto sentido y que hacen tortuosa la ruta de su eficacia y funcionamiento.

Todo esto, sumado a algunas vacíos u omisiones que cabalgan en la misma dirección, se convierten en un conjunto de debilidades que de forma acumulativa socavan el espíritu de la Ley y el objeto para la cual fue inspirada: revertir el despojo de tierras ejecutados por los ilegales, transformar el campo, contribuir a la paz y convivencia pacífica bajo el marco de la Justicia Transicional.

A continuación un análisis detallado de estas restricciones.

Casi todas están asociadas al exceso de burocratización del procedimiento de Restitu-

ción desarrollado por los operadores de la Ley (Unidad Administrativa de Restitución de Tierras y Jueces) en sus dos etapas. Las víctimas han manifestado la doble y larga tramitología a la que deben someterse en la etapa administrativa y a las dilaciones injustificadas en la fase judicial, que dificultan y juegan en contra de que esta Norma alcance sus fines.

A este ritmo de tramitología y dilaciones, un proceso de Restitución concebido para seis meses, termina triplicándose; a lo anterior se suma que la restitución de la tierra aún con sentencia, no garantiza el retorno hasta que no estén dadas las condiciones de seguridad de la zona (microfocalización), conexión nunca antes revelada en la historia del Derecho, que ata la restitución a lo militar, la que pese a garantizar la vida del reclamante y la de su familia, dificulta y frena la efectividad del derecho de este, volviéndose un círculo vicioso, dado que en Colombia pese a la materialización del escenario de postconflicto, la violencia sigue desarrollándose por otros grupos guerrilleros, neoparamilitares (Bacrim) y combos delincuenciales, y según análisis periodísticos (*El Tiempo*, 2016), incluso por ejércitos anti restitución de tierras que amenazan a los reclamantes y han asesinado a otros en pro de socavar el ejercicio de la restitución, generando otras nuevas víctimas aún no reconocidas.

El permiso que otorgan los militares para el retorno en ejercicio de la microfocalización, *tiene represada el 50 % de las solicitudes de restitución, en las voces del exministro de Agricultura Juan Camilo Restrepo, que las es-*

tima en 88.000 solicitudes, aproximadamente, situación que pese a sus bondades en materia de seguridad, está prevista para ser la regla excepcional y no la general, lo que implícitamente conlleva no solo al represamiento del proceso, sino a su encarecimiento, dado que el retornado puede optar por la indemnización, cargándole otro costo más, afectando los limitados fondos destinados y presupuestados para tal evento.

Hay que partir de la base que la Ley está inspirada en el conflicto armado, el cual tiene carácter político, lo que supone que sus destinatarios y acciones generalmente estén relacionadas o se deriven del mismo, o tengan un nexo causal con las víctimas por violación a derechos humanos en un determinado tiempo. Tal presupuesto conlleva a la discriminación de algunas víctimas para el reconocimiento de derechos dado que delimita su ámbito, según el artículo 3 del citado Estatuto, dado que establece un límite temporal a las víctimas de violaciones antes de 1985 y de despojo de tierra antes de 1991. No obstante que también las tales comportan características similares a las víctimas del conflicto. Sin embargo, la ley solo reconoce a aquellas una reparación simbólica, lo que no es suficiente (Sentencias C-250 y C-253A de 2012):

Puede decirse que la exclusión que hace la ley de los hechos violentos ocurridos antes de 1985 para las acciones reparadoras y del 1° de enero de 1991 para la acción de Restitución de Tierras, no constituyen una forma indirecta de legitimación de estos, o

una discriminación siniestra que conlleve a la desprotección de un amparo jurídico, toda vez la delimitación temporal contenida en dicha ley, es operativa, lo que implica en criterio de la Corte Constitucional “que quienes no encajen en los criterios no sean víctimas. Estas personas no acceden a las medidas especiales de protección previstas en la Ley 1448 en el marco de un “proceso de justicia transicional” pero no quedan privados de la posibilidad de acudir a los mecanismos ordinarios que se han establecido en la legislación ordinaria sobre verdad, justicia y reparación integral”.

Las víctimas de las Bacrim, que son igualmente individuos vulnerables pero afectados por las bandas criminales, una especie de subproducto del conflicto, están por fuera de la ley, entonces dichas víctimas son excluidas de reconocimiento alguno, en el marco de la ley.

De manera que negar el reconocimiento o excluir de los derechos de la ley a estas víctimas, equivale a negar la existencia del conflicto en regiones del país donde siguen operando muchos grupos ilegales y bandas criminales que generan otras víctimas “pero sin derechos”. Son víctimas que cumplen con todos los requisitos generales de ser pasivos de un delito y de un daño, que además cumplen con los requerimientos del Derecho Internacional Humanitario como son: la demostración de la existencia de un perjuicio y que este daño provenga de una violación de las normas internacionales de Derechos

Humanos. La anterior situación restringe el concepto de Justicia Transicional y Restaurativa, herramienta diseñada para poner fin a conflictos prolongados y complejos como el nuestro.

Existe una debilidad mayor de la Ley 1448 de 2011, que se suma a las que han sido analizadas anteriormente y tiene que ver con los campesinos que adquirieron la tierra de buena fe y que no son actores armados, ni testaferros, ni se han aprovechado de los nefastos efectos del conflicto. Por el contrario, son personas tan vulnerables como las víctimas reclamantes, son los llamados *segundos ocupantes*, los cuales compraron o adquirieron inmuebles o pequeñas parcelas de buena fe, sin malicia o les fue adjudicada la tierra objeto de restitución, sin embargo prácticamente no se les reconoce legitimidad alguna dadas las dificultades y lo complejo que resulta probar, la buena fe exenta de culpa, al momento de adquirir u ocupar el predio, situación esta que ha causado una gran agitación en la aplicación de la ley ante los múltiples enfrentamientos surgido entre los mismos campesinos en la disputa por la titularidad de las tierras reclamadas y que se ha convertido en una papa caliente para los operadores de la misma.

La problemática surgida por los segundos y terceros ocupantes de buena fe, evidencia el déficit de protección en que ha incurrido la Ley sobre dichas personas (opositoros que no tienen nada que ver con el conflicto), producto de los vacíos que comporta la misma en la falta de regulación de casos especiales como estos.

Si bien es cierto que la Ley emana y tiene como una de sus fuentes y ejes, la superación del conflicto, del desplazamiento forzado, la restitución y la recuperación de millones de hectáreas adquiridas de manera ilegal por actores del conflicto o por quienes en condiciones de superioridad se aprovecharon de este, no se puede partir de la base de que en este escenario la relación de los sujetos provocada solo se circunscribe a víctimas y victimarios. Es un error o falencia que ignora las complejidades del conflicto dadas sus distintas aristas, lo que ha conllevado a los problemas surgidos, conclusión en la que también coincide la ONU; sobre todo cuando no hay claridad en el caso de reconocer cómo había que indemnizar a las víctimas, si era una compensación económica o en tierras.

La ley se formuló pensando que era un asunto sólo de víctimas y victimarios, o despojados y despojadores, cuando se encontraron que muchas familias que vivían en los predios reclamados y se presentaban como opositores a la restitución no siempre actuaron de mala fe, o también son víctimas, dependen de estas tierras para su subsistencia o están en situación de vulnerabilidad... El problema que ahora enfrentan las autoridades en materia de reclamación de predios rurales abandonados o despojados por efecto de la guerra, es que la ley no consideró la existencia de esos segundos ocupantes, que no tienen relación con grupos armados ilegales, tampoco son testaferros y mucho menos son compradores de mala fe. (ONU, 2016, p.23)

De manera que medir y juzgar a personas o campesinos, pobres e indefensos con la misma regla diseñada para Juzgar a los paramilitares, guerrilleros, mafiosos Bacrim, testaferros, delincuencia común, constituye una desproporción injustificada de la ley, que debe entrar a corregirse.

Ahora bien, las bondades que otorga la ley en favor del demandante (reclamante) y en contra del demandado (opositor), no puede conducirnos a la premisa que todo el que haya realizado un negocio de compra y venta de tierras después de 1991 en determinadas áreas georreferenciadas como violentas, sea un sujeto activo de la Ley 1448 de 2011 o haya actuado de mala fe. Esto equivale a revivir la figura de la responsabilidad objetiva, la cual está proscrita dentro del ordenamiento jurídico nuestro, dado que contraría efectivos derechos fundamentales, pues no tiene sentido invocar o someternos a un juicio o proceso cuando sabemos por anticipada la condena.

La falta de definición y reglamentación en la ley de la figura de los segundos ocupantes y terceros de buena fe, se volvió tema acuciante para los operadores jurídicos de la Ley 1448 de 2011 y tornó complejo el proceso de aplicación de la normatividad por los vacíos que esta ostenta, la cual en todo su articulado no ofrece un concepto o definición que haga alusión al segundo ocupante, maniatando a jueces y magistrados a fallar en cualquier sentido, provocando incertidumbre jurídica, ante la carencia de criterios unificados.

El problema de los segundos ocupantes también puede atribuírsele a las restricciones –cuellos de botella en el marco de la teoría de Goldratt (2007)– de la gestión que desarrolla la Unidad de Restitución de Tierras y al exceso de burocratización; de ahí derivan muchos de los problemas de esta Ley, pues en la etapa administrativa tiene el compromiso de investigar, recopilar y documentar toda la información de cada caso en particular con la finalidad de registrar estos terrenos. Esta acción viene a garantizar la procedibilidad de la aplicación de la ley y conlleva la presentación de solicitud de restitución a los jueces o magistrados especializados; estos datos vienen a conformar el acervo probatorio que sustenta la solicitud de restitución.

Al respecto, la Organización Observatorio de Tierras (2014) manifiesta que la información recolectada permite a los organismos competentes averiguar quiénes son las personas o familias que están ocupando dichas tierras y que pueden tener derechos sobre el predio que va a ser reclamado, lo cual impide también la postulación de falsas víctimas. A esto se le suma la revisión de los contextos, cartografías sociales, observaciones oculares que permiten conocer la existencia y condiciones particulares de las personas que ocupan esas tierras y que son consideradas como segundos ocupantes de ese territorio.

Al presentarse el problema de los segundos ocupantes, se está colocando de manifiesto las deficiencias de la Unidad de Restitución de Tierras en el ámbito de la investigación y documentación de los casos que afectan la verdad, presupuesto exigido en el proceso

y en el marco de la Justicia Transicional. En este aspecto, la entidad muestra sus limitaciones y falencias relacionadas con la identificación de los segundos ocupantes lo cual sigue siendo un problema sin resolver aún por el Estado Colombiano.

El problema se torna más enrevesado, pues sus efectos conllevan a que el juez no tenga elementos de juicio para pronunciarse a favor o en contra de los segundos ocupantes, lo que puede ir en contra de ambas víctimas en el proceso de restitución. Tales dificultades también redundan en contra de la concepción de buena fe que enmarca la exención de culpa, lo cual atenta no solo contra claros principios de Justicia y Derecho, dado que la finalidad de la Unidad Administrativa, de sus magistrados y jueces que la conforman, según la ley, es la de restituir tierras y no de convertirse en posibles despojadores de la misma, re-victimizando. En este sentido según la Organización Observatorio de Tierras (2014), se manifiesta lo siguiente:

Esto también riñe con la concepción sobre la buena fe exenta de culpa: en principio, determinar si un tercero obró con buena fe exenta de culpa tiene como objetivo impedir que los despojadores directos, o estos a través de testaferros, logran oponerse en forma exitosa a la restitución de las tierras, o que se legalizaran despojos vía restitución. La ley también contempla la situación opuesta en la que resulten varias víctimas reclamantes de un mismo predio, caso en el cual se tramitarán todas las solicitudes en el mismo proceso. (Observatorio de Tierras, 2014)

Tras la perentoriedad del fallo, algunos jueces y magistrados han optado por aplicar la figura de la buena fe simple y no la calificada como lo exige la Norma, que busca que los segundos ocupantes sean titulares de las medidas de restitución por equivalencia. Ha sido una alternativa de solución provisional, pero su aplicación no ha sido uniforme y muchas veces no han sido reiteradas por otros tribunales especializados, que han tenido que fallar situaciones similares.

El Estado colombiano no ha mostrado celeridad para solucionar esta situación; solo a partir del año 2015 la Unidad Administrativa de Restitución de Tierras (UAEGRTD) trató de regular la problemática de los segundos ocupantes mediante la expedición de acuerdos (Acuerdos 021 de 2015 y 29 de 2016), en la cual se busca beneficiar a estos a través de la categorización y atención de sus casos. No obstante esto no ha sido suficiente, dado que muchos jueces y magistrados se resisten a la aplicación de los mismos alegando que dichos acuerdos no tienen la fuerza legal para modificar o reglamentar la ley.

Via jurisprudencial, la Corte Constitucional al definir una demanda de la ANUC, que plantea inicialmente la inexecutable de la expresión “*exenta de culpa*”, considerando que hay un trato diferenciado, una carga de prueba desproporcionada, una omisión legislativa y un déficit de protección entre otras, a un conjunto de personas u opositores que no tienen nada que ver con los hechos victimizantes y se haga manifiesta su situación de desfavorabilidad, ha intentado regular y supe-

rar el problema de los segundos ocupantes, mediante la Sentencia 330 de 2016. Al respecto la Corte acertadamente entre algunos de sus apartes conceptúa:

La Corte Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad o legalidad de los actos administrativos, de manera que no se pronunciará sobre el contenido de los Acuerdos 021 de 2015 y 029 de 2016, en los que hoy se centra la atención estatal de los segundos ocupantes. Sin embargo, es claro para la Corporación que la respuesta a un vacío institucional tan serio no puede quedar reducida a la expedición de normas de tal jerarquía, por parte de una Unidad Administrativa Especial. [sic] Dejando de lado una evaluación del contenido de los acuerdos, pues la Corte Constitucional no es el juez de legalidad ni constitucionalidad de los mismos, la respuesta al vacío descrito no puede quedar reducida al ámbito de la expedición de actos administrativos por parte de una Unidad Administrativa especial, pues estos enfrentan un déficit de estabilidad y legitimidad política que debe ser superado de forma urgente e integral. Las medidas de atención a los segundos ocupantes, distintas de la compensación a la que se refiere la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, deben ser parte de una política comprensiva, adecuada y suficiente, discutida en el foro democrático representativo y, posteriormente, desarrollada por los órganos gubernamentales, siempre, con base en los principios constitucionales, la jurisprudencia constitucional

relevante y los estándares que otorgan los principios 17.1 a 17.4 de los principios Pinheiro.

117. Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de los artículos demandados, en el entendido de que los jueces deben tomar en consideración los factores de vulnerabilidad al aplicarlos, y exhortará a los órganos políticos para que establezcan una normatividad adecuada y una política pública integral, comprensiva y suficiente para la situación de los segundos ocupantes.

118. Finalmente, la Sala entra a definir los parámetros para esa aplicación diferencial: Primero. Los parámetros para dar una aplicación flexible o incluso inaplicar el requisito de forma excepcional deben ser de tal naturaleza que (i) no favorezcan ni legitimen el despojo (armado o pretendidamente legal) de la vivienda, las tierras y el patrimonio de las víctimas; (ii) no debe favorecer a personas que no enfrentan condiciones de vulnerabilidad en el acceso a la tierra y (iii) no puede darse para quienes tuvieron una relación directa o indirecta con el despojo. No es posible ni necesario efectuar un listado específico de los sujetos o de las hipótesis en que se cumplen estas condiciones. Ello corresponde a los jueces de tierras, quienes deben establecer si la persona cumple **todas** las condiciones descritas, y evaluar si lo adecuado es, entonces, entender la buena fe exenta de culpa de manera acorde a su situación personal, exigir buena fe simple, o aceptar la existencia de condiciones similares al estado de necesidad, que justifiquen

su conducta. En cambio, debe señalarse de forma expresa que personas que no enfrentan ninguna condición de vulnerabilidad no deben ser eximidos del requisito, pues no resulta admisible desde el punto de vista constitucional, que hayan tomado provecho de los contextos de violencia para su beneficio personal, ni que hayan seguido un estándar de conducta ordinario en el marco del despojo y la violencia generalizada, propios del conflicto armado interno. Segundo. La compensación económica persigue fines de equidad social. Y se basa en los derechos de los segundos ocupantes, derivados de los principios Pinheiro y, principalmente, del principio 17, en el principio de igualdad material, en los derechos fundamentales a la vivienda digna y el mínimo vital, y en los artículos que promueven el acceso a la tierra y el fomento del agro (artículos 64 y 64 CP). Aunque sin ánimo de exhaustividad, son estas las normas que deben guiar la aplicación flexible del requisito. Tercero. La vulnerabilidad procesal debe ser asumida por los jueces de tierras a partir de su papel de directores del proceso. El apoyo de la Defensoría del Pueblo y la facultad de decretar pruebas de oficio, **siempre que existan suficientes elementos que permitan suponer que estas son necesarias para alcanzar la verdad real** y dar prevalencia al derecho sustancial, son un presupuesto del acceso a la administración de justicia.

119. La expresión 'exenta de culpa' contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras

es un elemento relevante del diseño institucional del proceso, que obedece a fines legítimos e imperiosos: proteger los derechos fundamentales de las víctimas en materia de restitución de tierras, revertir el despojo y desenmascarar las estrategias legales e ilegales que se articularon en el contexto del conflicto armado interno para producirlo.

120. Sin embargo, esa medida general puede traducirse en una carga desproporcionada o inequitativa para una población específica, protegida por el derecho internacional de los derechos humanos, y acerca de la cual el Legislador guardó silencio. Esa población está constituida por los segundos ocupantes (personas que habitan en los predios objetos de restitución o derivan de ellos su mínimo vital), que se encuentran en condición de vulnerabilidad y que no tuvieron ninguna relación (ni directa, ni indirecta) con el despojo o el abandono forzado del predio.

121. Dada la complejidad de los casos de restitución de tierras, en fácticos y normativos, la Sala considera que corresponde a los jueces de tierras estudiar estas situaciones de manera diferencial, tomando en consideración el conjunto de principios constitucionales que pueden hallarse en tensión, entre los que se cuentan los derechos de las víctimas y la obligación de revelar las distintas estrategias del despojo, en el marco del Derecho Civil y Agrario; el principio de igualdad material; la equidad en la distribución, acceso y uso de la tierra; el derecho a la vivienda digna, el debido proceso, el trabajo y el mínimo vital

de quienes concurren al trámite. Dada la inexistencia de un órgano de cierre en la justicia de tierras, y la consecuente imposibilidad de que se establezca un sistema de precedentes sólidos y reglas jurisprudenciales sentadas desde la cúspide del sistema jurídico, la Sala avanzó algunos criterios mínimos a ser tenidos en cuenta por los jueces de tierras para cumplir su delicada misión constitucional, sin ánimo de exhaustividad, y resaltando siempre que la regla general es la buena fe exenta de culpa, y que cualquier aplicación flexible del requisito debe estar acompañada de una motivación clara, transparente y suficiente. Esta posibilidad no debe cobijar a quienes se encuentran en una situación ordinaria, o a quienes detentan poder económico, como empresarios o propietarios de tierras.

122. En ese orden de ideas, la Sala concluyó que existe un problema de discriminación indirecta que afecta exclusivamente a los segundos ocupantes en situación de vulnerabilidad y que no tuvieron relación (ni directa, ni indirecta) con el despojo o el abandono forzado del predio objeto de restitución; consideró, además, que este problema debe ser tomado en cuenta por los jueces de tierras en el marco de sus competencias; e incorporó un conjunto de criterios para la aplicación conforme de la Ley de Tierras a la Carta Política, tomando en consideración que, en virtud de la complejidad de las tensiones constitucionales que se dan en estos trámites y debido a la ausencia de un órgano de cierre en la justicia de tierras, los funcionarios judi-

ciales requieren un conjunto de criterios orientadores para llevar [a] solucionar la situación constitucionalmente problemática a la que se hizo referencia en esta providencia.

123. Además, debido a la complejidad de la problemática de la ocupación secundaria en el marco de un proceso de transición, más allá de lo que tiene que ver con la compensación económica prevista en las normas demandadas, la Sala exhortará al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que creen unas normas, un marco institucional y unas políticas públicas comprensivas, adecuadas y suficientes para hacer frente a esta arista del proceso de restitución de tierras. (Sentencia 330 de 2016)

No obstante, que el citado proveído resuelve en parte el problema de los segundos ocupantes y el opositor no está tan deslegitimado como antes, se nota la intencionalidad de reconstruir la confianza del campesinado colombiano en la justicia y las demás instituciones del Estado en lo relacionado con este problema.

Pese a esto, persisten otros riesgos que laceran la ley, como el problema de las falsas víctimas, que son aquellas personas que no siendo sujetos de restitución por no tener relación con los hechos victimizantes presentan reclamación, las cuales funcionan como verdaderos “carteles”, a fin de aprovecharse de las bondades de la ley.

A raíz de esta normatividad muchos se ha-

cen pasar por víctimas, sin serlo, abusando y confundiendo el principio de la buena fe con la mentira o fraude o un mal negocio con el despojo jurídico. Vistas las complejidades y especialidades del proceso de restitución, algunos analistas manifiestan que en el registro de tierras despojadas la magnitud de las falsas víctimas es tan significativa que supera las de las víctimas reales. Esto hace que las falsas víctimas deriven a constituirse en otro sujeto procesal presente en la aplicación de la ley, no previsto por esta, de la cual surge una categorización según los distintos contextos de tiempo, modo y lugar contemplados por la ley, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

Clases de víctimas:

Víctimas reales. Los sujetos de restitución según la ley.

Víctimas falsas. Los no sujetos de restitución según la ley.

Víctimas de víctimas. Los segundos ocupantes u opositores que adquirieron de buena fe despojados de su tierra por efecto de la Ley.

Víctimas sin reconocimiento. Las víctimas de Bacrim y otros combos delincuenciales.

Víctimas anteriores al conflicto, con reconocimiento simbólico. Las víctimas cuyos hechos victimizantes ocurrieron antes del 1 de enero de 1985 y 1991, según el caso.

Para finalizar este ítem, es factible afirmar que por lo general las normas resultan insuficientes para cubrir y regular las distintas situaciones surgidas en el devenir y trase-

gar de una sociedad que abandona décadas de conflicto armado, afirmación que puede aplicarse a la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras ante los vacíos que esta ostenta en su ejercicio y que pese a su espíritu reparador, son evidentes las debilidades y falencias que dificultan su aplicación, desarrollo e implementación, vacíos que podrían terminar minando su principal finalidad: la restitución.

CONCLUSIONES

—Esa tierrita vale quinientos pesos. —¿Quinientos, dice sumercé? —¿No eran trescientos cuando le hablé hace unos años? —Pero ahora vale quinientos. —Se da muy buen tabaco, me dice Floro. —Si me lo dejaran sembrar... —Don floró le tiene mucha gana. —¿Y cuánto me acepta de arras, sumercé? —La mitad del precio. —No se puede ni un centavo menos. —Y si le diera las arras: ¿me dejaría sembrar el tabaquito? —Tendría que consultar a Bogotá. Ahora vete que estamos ocupados. (Caballero Calderón, 1992, p.413)

Actualmente, a inicios de 2017, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras sigue con una larga lista de tareas pendientes, entre ellas, el tema álgido de la asistencia y la atención. Existe poco avance en la necesaria coordinación nacional entre las instituciones para producir una sinergia organizacional efectiva, cual hace que los pocos recursos se estén concentrando en pocas regiones. Así mismo cada año que pasa denota la necesidad de mayor presupuesto para poder cumplir con los altos estándares establecidos en esta temática.

En torno a la reparación integral, es necesario superar las limitaciones que evidencia la indemnización administrativa; nuevamente el tema de la financiación de la ley se torna clave. Así mismo, la prevención y protección de los reclamantes, de sus familias, de los líderes que los representan frente a la posibilidad de que los victimarios del pasado regresen bajo nuevas formas, sigue latente y de una manera u otra con las cifras actuales se torna en manifiesto el accionar de los violentos.

Otro pendiente es el tema del enfoque cultural. Solo se dará un retorno efectivo si la recuperación de la memoria y la instauración de la verdad, uno de los propósitos de la ley, se logra materializar de forma efectiva. Lastimosamente a pesar de los esfuerzos del Centro de Memoria Histórica, se necesita revisar el enfoque de recuperación de los mundos arquetípicos de la vida campesina, los cuales fueron destruidos con la fuerza de las armas. Es necesario rescatar las tradiciones, costumbres y los saberes ancestrales, los cuales son vitales para la reconstrucción del deteriorado tejido social.

Sin lugar a dudas, la normatividad analizada en este artículo de reflexión contiene una serie de prerrogativas que la hace especial, lo cual ha implicado la sincronización y el rediseño del aparato institucional y normativo a sus fines, prerrogativas que la potencian en su objetivo bajo determinada óptica y en otra genera críticas dadas las contradicciones y el impacto que produce implícitamente con otras leyes.

Es pertinente enunciar a manera de conclusión el espíritu de la Norma:

- Reconoce el conflicto armado y el despojo de tierras, nunca antes reconocido.
- No discrimina las víctimas del conflicto, es decir, aquellas cometidas por agentes del Estado y por los actores armados ilegales; les da tratamiento igualitario, ni supedita tal calidad a la existencia de un victimario.
- Amplía y hace operativo el sistema restaurativo en Colombia y obliga a la asistencia y atención de las víctimas.
- Otorga un carácter preferente y prevalente de los derechos de las víctimas sobre las demás personas.
- La víctima, sin necesidad de acudir a un proceso judicial, puede ser reparada, situación que se venía dando con otras normatividades.
- Combina un sistema mixto de actuación administrativa con el proceso judicial, para la restitución que termina con la sentencia.
- Temporaliza sus efectos a ciertas fechas o años (1991), dejando por fuera de su cobertura un importante conjunto de situaciones que deberían quedar incluidas, exigiendo una relación de causalidad entre el hecho victimizante.
- Invierte la carga de la prueba a favor del reclamante o presunta víctima.
- Presume la nulidad e inexistencia de ciertos actos jurídicos y desconoce derechos adquiridos de los ocupantes ilegales.
- Plantea una excepción al principio constitucional de cosa juzgada al derogar y anular sentencias y actos administrativos en firmes.

- No contempla u omite el mecanismo de conciliación judicial (Ley 640 de 2001); omitir esta figura podría constituirse en una gran debilidad dadas las posibilidades de resolución del conflicto que se abren en esta.

Sin dejar de lado que el conflicto en Colombia dejó como resultado más de 5,5 millones de hectáreas abandonadas, a corte de junio del año 2015, la Unidad de Restitución de Tierras había devuelto 169.078 hectáreas a 4.127 familias. Aún quedan pendientes 81.050 solicitudes de restitución de tierras reclamadas por 54.526 titulares. En la temporalidad mencionada, se habían resuelto 2.591 solicitudes. Lamentablemente entre enero del año 2011 y junio del 2015, 34 líderes reclamantes habían sido asesinados.

Es necesario revisar las restricciones (cuellos de botella) que impiden la movilización estructural del Estado en pos de la materialización efectiva de la Norma, pero esto solo se podrá hacer en la medida en que tengamos ciudadanía deliberativa y empoderada en torno a sus derechos, fenómeno que se está construyendo paulatinamente en el escenario contemporáneo de la vida colombiana. Esto implica que al menos la labor simbólica de la Norma sí ha dado resultado, falta la monumental tarea de enfrentar los obstáculos para que la Norma logre la solución del *metamorfoseado* problema de la tierra (al menos para las víctimas) y propiciar las condiciones del retorno. Al respecto, es clave señalar que se deben revisar los siguientes ítems:

- La sinergia organizacional para sincronizar instituciones del Estado y revisar el problema de los recursos.
- Llenar el vacío jurídico de los segundos ocupantes posibilitando el debido proceso y permitiendo que en este no se les violen sus derechos fundamentales.
- Construir procesos de verdad jurídica y memoria, afincadas en la reconstrucción de los mundos simbólicos y socioculturales de los campesinos.
- Generar procesos más efectivos para la tramitación de la normatividad en sus primeras fases.

El esfuerzo mayor del Estado colombiano es triba en propiciar condiciones que en verdad permitan decir que estamos inmersos en un postconflicto, que se entiende como la ausencia de conflicto, fase vital para permitir el retorno al campo de aquellos que en un determinado momento padecieron la oscuridad de la violencia y hoy en día no pueden avizorar la luz de la armonía y la convivencia pacífica.

Finalmente, una pequeña coda. El escritor Colombiano Eduardo Caballero Calderón retrató magistralmente las afugias existenciales del campesinado en Colombia. En su ya clásica obra *Siervo sin tierra* (1992), narra la odisea vivencial del campesino Siervo Joya. Con un realismo sorprendente, caracteriza la miseria del campo, los sistemas semifundados de trabajo agrícola, la pobreza y los círculos de miseria en el que queda atrapado el campesino. La mayor tristeza que produce el texto, justo cuando Siervo logra comprar

su “pedacito de tierra”, la muerte lo encuentra cerca de su propiedad, a la cual no logra llegar.

Siervo sin tierra sigue siendo un análisis descarnado, que aún hoy, sigue dando alertas sobre las realidades no resueltas de la población campesina en Colombia. Fragmentos de este texto nos acompañaron en el proceso de explicación de los logros y desaciertos de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

Uno de los presupuestos fundamentales de este artículo es que mientras no se solucione el problema postergado de las tierras, los fantasmas del pasado seguirán viviendo en el presente, tal y como lo explica Caballero Calderón, la vigencia de sus anotaciones dan cuenta de la necesidad de afrontar el desafío inmenso de devolver la tierra a quienes les pertenece.

REFERENCIAS

- Bergquist, C. (1999). *Café y conflicto en Colombia (1886-1910). La guerra de los Mil Días, sus antecedentes y consecuencias*. Bogotá: Áncora Editores.
- Bushnell, D. (2014). *Colombia: una nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta.
- Caballero Calderón, E. (1992). *Siervo sin tierra*. Bogotá: Panamericana.
- Consejo Noruego de Refugiados (2016). *Casos dramáticos de desplazamiento*. Recuperado de: <http://www.prensalibre.com/>

internacional/violencia-y-guerras-obligan-a-38-millones-de-personas-a-desplazarse-en-el-mundo

Deas, M. (2015). *Intercambios violentos*. Barcelona: Taurus.

Eco, U. (2009). *Cómo se hace una tesis: Técnicas, y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Barcelona: Gedisa.

Fajardo, D. (2014). *Las guerras de la agricultura colombiana (1980-2010)*. Bogotá: ILSA.

Goldratt, E. (2007). *La meta: un proceso de mejora continua*. Barcelona: Granica.

Humanun Colombia (2016). *Víctimas en Colombia*. Recuperado: <http://www.humanumcolombia.org/wp-content/uploads/2016/04/infografia1-670x5>

Klare, M. (2003). *Guerras por los recursos: el futuro escenario por el conflicto global*. Barcelona: Urano.

Latorre-Iglesias, E. (2015a). *Litigio estructural y experimentalismo jurídico: análisis de los cambios producidos por la Sentencia T-025 a la población desplazada en Colombia*. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Latorre-Iglesias, E. (2015b). *Participación ciudadana y democracia experimentalista en la Constitución Política de 1991: análisis de una realidad local en Colombia*. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Liévano Aguirre, I. (2002). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*. Dos Tomos. Bogotá: Intermedio Editores.

Ministerio del Interior (2011). *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*. Obtenido de: <http://portalterritorial.gov.co/apc-aa-files/40743db9e8588852c19cb285e420affe/ley-devictimas-1448-y-decretos.pdf>

ONU (2016). *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*. Obtenido de <http://www.hchr.org.co/migracion/index.php/informacion-publica/93-compilacion-de-noticias/tierras/5763-segundos-ocupantes-la-otra-cara-de-la-restitucion>

Organización Observatorio de Tierras (2014). *Diálogo sobre segundos ocupantes*. Obtenido de <http://www.observatoriodetierras.org/wp-content/uploads/2014/11/Ponencia-Segundos-Ocupantes.pdf>

Pecaut, D. (2001). *Guerra contra la sociedad*. Barcelona: Espasa.

Pecaut, D. (2013). *La experiencia de la violencia: los desafíos del relato y la memoria*. Medellín: La Carreta.

Periódico *El País* (2013). Recuperado de: http://www.elpais.com.co/elpais/sites/default/files/2013/02/sin-titulo-3_0.jpg

Periódico *El Espectador* (2014). Recuperado: http://www.elespectador.com/sites/default/files/styles/full_custom_user_

md_1x/public/32cc9056f9463f8626c80ffbcbdc87e5.jpg?itok=Wch9w59W×tamp=1467866342

Periódico *El Tiempo* (2016). Recuperado de: eltiempo.com/colombia/medellin/asi-va-la-restitucion-de-tierras-en-antioquia-/16609599

Safford, F. (2002). *Colombia: país fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Sanabria, C. y Pérez, A. (2012). *La restitución de tierras en Colombia: retos y expectativas*. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87625419008>

Trilleras, Y. (2014). *Las medidas de reparación integral a las víctimas en el marco del conflicto colombiano*. Obtenido de <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/12338/1/TESIS%>

Normas de Publicación de Artículos para la Revista *Vis Iuris*

- 1) La Revista *Vis Iuris* publica artículos en las diferentes áreas del Derecho.
- 2) Para efectos de indexación de la publicación, se reciben las siguientes clases de documento:
 - a. Artículo avance parcial o resultado final de proyecto de investigación.
 - b. Artículo de reflexión.
 - c. Estado del arte o artículo de revisión.

3) Los artículos enviados a la revista deben ser inéditos; no pueden exceder de 35 páginas tamaño carta, doble espacio con margen de 3 cm, letra Times New Roman 12 y ceñidos a las normas de la American Psychological Association (APA).

4) El envío del artículo se efectuará en formato electrónico (Word) a las direcciones: visiuris.sm@usa.edu.co o edimer.latorre@usa.edu.co

Una vez recibido, se informará al autor sobre la publicación en un plazo máximo de cuatro meses.

La aceptación definitiva dependerá de las modificaciones que los pares evaluadores y los miembros del Comité Editorial y Científico propongan al autor.

El retiro de un artículo se solicitará por escrito y se efectuará luego de la respuesta escrita del Editor.

5) Aspectos formales y estructurales del artículo

El documento deberá contener:

- a. Página de título que incluya: título del trabajo correspondiente a la idea principal del artículo en español e inglés; nombre del autor(es) especifi-

cando una breve descripción de los títulos obtenidos y cargo actual y la institución con la cual se llevó a cabo el trabajo.

- b. Se deberá indicar el nombre del proyecto de investigación del cual proviene el escrito y la entidad que lo financia.
- c. Resumen que no exceda las 120 palabras pero que abarque el contenido del artículo y su correspondiente traducción al inglés (abstract).

Se deben incluir las palabras clave que no superen el número seis y que den una idea de los temas fundamentales que se encuentran en el artículo. Estas palabras deben ir ordenadas de mayor a menor generalidad.

- d. El cuerpo del artículo, deberá contener:
 - Introducción: Visión general del tema tratado y de los resultados obtenidos.
 - Problema de investigación y método:
Planteamiento del problema de investigación y síntesis del enfoque metodológico; clase o tipo de investigación; procesos; técnicas y estrategias utilizadas para la recolección y análisis de la información.
 - Contenido: Presentación de los resultados de investigación.
 - Conclusiones.
 - Referencias.
- e. Los gráficos y tablas, se insertan en el texto con su debida numeración, según orden de presentación y con su correspondiente título.
- f. Los artículos deben contar con abundantes referencias. Los artículos de revisión o Estado del arte, según exigencias de Publindex –Colciencias–, deberán contener un mínimo de 50 referencias bibliográficas.

6) Referencias Bibliográficas:

- a. Al final del artículo se incluirá un listado ordenado alfabéticamente, siguiendo las normas internacionales de la American Psychological Association (APA).

Nota:

En caso de que el articulista no envíe el artículo en las referidas normas de estilo de la American Psychological Association (APA), el Comité Editorial nombrará un experto para que realice la correspondiente adaptación.

- b. Citas de referencia en el texto.
- c. En el listado final, se debe tener cuidado de observar las formalidades del sistema APA. Consultar <http://www.apastyle.org>

- 7) No se devolverán a sus respectivos autores los originales, ni se considerarán para su publicación los artículos que no cumplan con las normas precedentes.
- 8) La aceptación de un artículo queda supeditada a la revisión teórica, metodológica y formal que un par evaluador externo realizará del artículo.
- 9) El Comité Editorial de la Revista se reserva el derecho de introducir modificaciones formales necesarias para adaptar el texto a las normas de publicación.
- 10) Una vez publicado, los derechos de impresión y reproducción son del Editor. Es potestativo del Editor permitir la reproducción del artículo.

Editor: Edimer Leonardo Latorre Iglesias
visiuris.sm@usa.edu.co
edimer.latorre@usa.edu.co

