

Contenido

Editorial / Editorial

La objeción de conciencia como mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia.

Conscientious objection as a protection mechanism against compulsory military service in Colombia

Brayan Yesid Arrieta Cotera¹ - Joel De La Cruz Sequea

La pensión familiar: Una norma de papel / The family pension: A paper standard

Aylin Giselle Romero Valeta - Triana Isabel Deulofeu Castañeda

La protección de datos personales en Colombia. Desde un análisis socio-jurídico del derecho al olvido en la era digital

The protection of personal data in Colombia. A socio-legal analysis of the right to be forgotten in the digital age.

Liz Colombia De la Vega Avendaño - Keyla Julieth Novoa Arzuaga

Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la Atmósfera / Environmental responsibility in companies that affect the atmosphere

Gabriela Aguilar Galvis - Adriana Lucía Banquet Suárez - Adolfo M. Falquez O'Byrne

La República en Colombia desde el ideal de Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant

The Republic in Colombia from the Platon, Jean Bodino and Emmanuel Kant's ideal

Valeria Esther Guerrero - Mariana Petro Bernal

Las encrucijadas de la paz territorial en Colombia: Modelos, problemas y apuestas en contextos de pos-acuerdo

The crossroads of territorial peace in Colombia: Models, problems and bets in post-agreement contexts

Miguel Antonio Morón Campos

Preterintención: Un periódico de ayer / Preterintention: A newspaper from yesterday

Álvaro Salgado González - Nohora García Romero - Paulo López Torres

El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (T.R.A) en Colombia:

Con un especial énfasis en la conformación de las familias homoparentales a través de las T.R.A.

The new concept of family influenced by the Techniques of Assisted Reproduction (T.A.R.) in Colombia: With a special emphasis on the conformation of homoparental families through the T.A.R.

Vanina Moadie Ortega

Directrices para autores



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

Universidad Sergio Arboleda

Escuela de Derecho - Seccional Santa Marta

Vis Iuris es una publicación del Grupo de Investigación

Joaquín Aaron Manjarrés

ISSN 2389-8364



9 772389 836006

Revista VIS IURIS | Vol. 4 No. 7 | Enero - Junio de 2017 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia

Vol. 4 No. 7 | Enero - Junio de 2017 | 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

Vol. 4, No. 7 | Enero-Junio, 2017 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia



**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

Enero-Junio, 2017
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



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

vis iuris

Vol. 4, No. 7 | Enero-Junio, 2017 | ISSN 2389-8364 | Santa Marta, Colombia

Vis iuris (ISSN Impreso 2389-8364) es una publicación científica de periodicidad semestral, creada por iniciativa del grupo de investigación Joaquín Aaron Manjarrés, adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda – seccional Santa Marta. Su primera edición fue publicada en el año 2014, momento en el cual se ha comprometido a presentar a la comunidad científica investigaciones de impacto nacional e internacional relacionadas con el Derecho. Su objetivo principal es publicar y difundir investigaciones inéditas y originales escritas en español e inglés que ayuden a la comprensión de lo que sucede en la actualidad de Latinoamérica, el Caribe u otros lugares del mundo donde se efectúen investigaciones que impacten en la región.

EDITOR

Edimer Latorre Iglesias

Ph.D. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta,
Colombia.

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Luis Restrepo Pimiento

Ph.D. Universidad del Atlántico, Colombia

André Scheller Dángelo

Ph.D. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta,
Colombia

Andrés Botero Bernal

Ph.D. Universidad Industrial de Santander,
Colombia

Misael Tirado Acero

Ph.D. Universidad Militar Nueva Granada

Rafaela Sayas Contreras

Ph.D. Universidad de Cartagena

COMITÉ CIENTÍFICO

Marlenny Díaz Cano

Ph.D. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta,
Colombia

Sandra Villa Villa

MSc. Universidad Libre, Barranquilla, Colombia

Celmira Castro Suarez

Ph.D. Universidad del Atlántico, Colombia

Luis Alarcon Menece

Ph.D. Universidad del Atlántico, Colombia

Blas Zubiria Mutis

MSc. Universidad del Atlántico, Colombia

COEDITOR y GESTOR EDITORIAL

Raúl Alejandro Viviescas Cabrera

Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta,
Colombia.

DISEÑO, DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

CALIDAD GRAFICA S. A.

CORRECTOR DE ESTILO

CALIDAD GRAFICA S.A.

REVISIÓN DE IDIOMAS

Roger Miller Corral

Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta,
Colombia

TRADUCCIÓN

Roger Miller Corral

Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta,
Colombia

ESTILO DE CITAS Y REFERENCIAS

Vis iuris, acoge para el estilo de sus citas y referencias, las normas APA sexta edición. Por lo cual le pide a todos los autores el reconocimiento y respeto de los derechos de autor.

PERIODICIDAD Y DISTRIBUCIÓN

La revista se publica con una frecuencia semestral, es decir, la primera edición se publica entre enero y junio, y la segunda entre julio y diciembre. Su distribución es nacional e internacional.

DERECHOS DE AUTOR

Los textos se pueden reproducir total o parcialmente siempre y cuando se cite la fuente. El contenido de los artículos publicados en *Vis iuris* es exclusiva responsabilidad de los autores.



Vis iuris by Universidad Sergio Arboleda is licensed under a Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional License.
©Universidad Sergio Arboleda. Santa Marta - Colombia, 2018
A esta revista se le aplicó Patente de Invención No. 29069 de 2010.

Contenido

- 7 **Editorial**
- 9 **La objeción de conciencia como mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia.**
Conscientious objection as a protection mechanism against compulsory military service in Colombia
Brayan Yesid Arrieta Coterá¹ - Joel De La Cruz Sequea
- 26 **La pension familiar: Una norma de papel**
The family pension: A paper standard
Aylin Giselle Romero Valeta - Triana Isabel Deulofeu Castañeda
- 38 **La protección de datos personales en Colombia.**
Desde un análisis socio-jurídico del derecho al olvido en la era digital
The protection of personal data in Colombia.
A socio-legal analysis of the right to be forgotten in the digital age.
Liz Colombia De la Vega Avendaño - Keyla Julieth Novoa Arzuaga
- 50 **Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la Atmósfera**
Environmental responsibility in companies that affect the atmosphere
Gabriela Aguilar Galvis - Adriana Lucía Banquet Suárez - Adolfo M. Falquez O'Byrne
- 72 **La República en Colombia desde el ideal de Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant**
The Republic in Colombia from the Platon, Jean Bodino and Emmanuel Kant's ideal
Valeria Esther Guerrero - Mariana Petro Bernal
- 93 **Las encrucijadas de la paz territorial en Colombia: Modelos, problemas y apuestas en contextos de pos-acuerdo**
The crossroads of territorial peace in Colombia: Models, problems and bets in post-agreement contexts
Miguel Antonio Morón Campos

- 108 **Preterintención:
Un periódico de ayer**
Preterintention: A newspaper from yesterday
Álvaro Salgado González - Nohora García Romero - Paulo López Torres
- 129 **El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas
de reproducción asistida (T.R.A) en Colombia:
Con un especial énfasis en la conformación de las familias
homoparentales a través de las T.R.A.**
*The new concept of family influenced by the Techniques of Assisted
Reproduction (T.A.R.) in Colombia:*
*With a special emphasis on the conformation of homoparental
families through the T.A.R.*
Vanina Moadie Ortega
- 153 **Directrices para autores**

Editorial

En su reconocido programa “El encantador de perros”, el mundialmente reconocido Cesar Millan, da claves sobre la educación de los perros y el problema de su humanización en ambientes familiares. Las tragedias cotidianas de mascotas caninas que dominan y decantan la vida social son plasmadas de forma trágica y no podemos mas que vernos reflejadas en cada uno de estos relatos. Lo que siempre me impresiona de este programa es la insistencia del adiestrador en precisar que el Perro puede observar algo, y decantarse para bien o para mal, por la energía socializante de uno de los miembros de la familia.

Este argumento le permite a Malcolm Gladwell, el sociólogo y periodista de la revista *The New Yorker*, afirmar que el objetivo de la educación es estar atentos a lo que otros ven o perciben, es la obligatoriedad del sujeto de retornar a una introspección que le permite entenderse en un contexto y sobre todo entender las fuerzas del contexto que priman en el sujeto. En este sentido es vital entender *lo que vio el perro*, en pos de propiciar desaprendizajes y generar nuevos aprendizajes.

En ocasiones no logramos comprender que muchos de los fenómenos sociales surgen por nuestras acciones, es lo que se denomina como el *Cisne Negro*, es decir la fuerza de las expectativas no deseadas por la acción social, o dicho de otra manera los resultados no esperados, los

jamás pensados y en ocasiones los nunca imaginados. Precisamente, la incapacidad de entender que nosotros creamos la realidad y las fuerzas sociales que a su vez nos dominan, es uno de los objetivos primordiales de la investigación científica.

En ese sentido los trabajos que se reúnen en este nuevo número de la revista *Vis Iuris*, quieren centrarse en los sujetos de la investigación, están enmarcados en las nuevas tendencias de la investigación científica que se pregunta precisamente que es lo que los demás perciben o ven, y en especial como se puede aprender de estos procesos racionales y en ocasiones irracionales.

Dicho de otra forma, estos trabajos en su mayoría enmarcados en las investigaciones especiales del ámbito de lo jurídico y lo socio-jurídico, están cada vez más cercanos al giro copernicano que en su momento señaló Kant, un giro en la mirada, que abandona las fortalezas del positivismo clásico y se ahonda críticamente en los oleajes de los marcos interpretativos que posibilita la hermenéutica jurídica.

EDIMER LEONARDO LATORRE IGLESIAS

Director/Editor *Revista Vis Iuris*

La objeción de conciencia como mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia.

Conscientious objection as a protection mechanism against compulsory military service in Colombia

Brayan Yesid Arrieta Cotera¹ - Joel De La Cruz Sequea¹

RECIBIDO: 12-09-16

ACEPTADO: 24-04-16

PUBLICADO: 09-01-17

Resumen

En el presente avance de la propuesta de investigación, los autores realizan un análisis conceptual de los argumentos de la objeción de conciencia respecto al servicio militar obligatorio (SMO) en Colombia en el caso de clérigos, religiosos en tiempos de guerra y de creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en todo tiempo. Para ello se indagó en lo referente a legislación interna, como también a tratados, convenciones y pronunciamientos de entes internacionales, basado en su obligatoriedad al cumplimiento del bloque de constitucionalidad.

Palabras Claves: Objeción de conciencia, Servicio Militar, religiosos, bloque de constitucionalidad, tiempos de guerra.

Abstract

In the present progress of the research proposal, the authors carried out a conceptual analysis of the arguments of conscientious objection with regard to the service military obligatory (SMO) in Colombia in the case of clerics, religious in times of war and of believers, lay people and people not related to military actions at all times. So were asked in relation to domestic legislation, as well as to treaties, conventions and declarations of international bodies, based on its obligation to the fulfillment of constitutionality block.

Keywords: Conscientious objection, military service, religious, block of constitutionality, times of war.

¹ Estudiantes del programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Libre Sede Cartagena, pertenecientes al Grupo de Investigación Gnosis, línea de investigación Sociología Jurídica, Código COL0096328, Adscrito al Semillero de Investigación: Derecho Educación y Acción (Seidea). Docente Tutor: Álvaro Eduardo Garzón Saladen, Docente de Catedra Universidad Libre Sede Cartagena. Email: brayan_arrieta@unilibrectg.edu.co, joel_delacruz@unilibrectg.edu.co.

INTRODUCCIÓN

El presente avance hace parte de una propuesta de investigación en lo referente al análisis conceptual de la objeción de conciencia respecto al servicio militar obligatorio en Colombia en el caso de clérigos, religiosos en tiempos de guerra y de creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en todo tiempo, para ello se es necesario revisar la conceptualización de la objeción de conciencia, los avances jurisprudenciales que se han dado, la existencia de un respaldo nacional e internacional a nivel normativo, también se realizó el estudio de la ley que señala como obligatorio el servicio militar. Así mismo se hace referencia a la objeción de conciencia en tiempos de paz y en tiempos de guerra respecto al SMO.

De tal manera se orienta el tema buscando profundizar respecto a las libertades que constitucionalmente conforman la objeción de conciencia y que se ampara bajo el escudo de derechos humanos, los cuales tienen un blindaje especial debido a la obligación de respeto y de garantía de parte de los estados miembros que han ratificado, tratados como la declaración universal de los derechos humanos y convenciones como la convención americana de derechos humanos y que por su naturaleza de *stricto sensu* ingresan por bloque de constitucionalidad al ordenamiento jurídico, con fuerza vinculante para su aplicabilidad en los casos donde estos puedan verse afectados. De esta manera se busca identificar ¿Cuáles serían los sustentos teóricos para argumentar y contra argumentar basado en las fuentes del derecho, la objeción de conciencia frente al SMO de clérigos, religiosos en tiempos de guerra y de creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en todo tiempo en Colombia?

Por lo tanto dentro de esta propuesta de investigación se tiene el propósito de analizar los argumentos sobre la objeción de conciencia de los clérigos y religioso en tiempos de guerra y de creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en todo tiempo, al servicio militar obligatorio, en este mismo orden de ideas se buscará sintetizar los sustentos teóricos que se desprenden de las fuentes del derecho con respecto a la objeción de conciencia y así estructurar los argumentos y contrargumentos sobre la objeción de conciencia de los clérigos y religiosos en tiempos de guerra y de creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en relación con la prestación el servicio militar en todo tiempo.

METODOLOGÍA

La presente ponencia hace parte del avance de un proyecto investigativo en curso, en donde se trabaja desde la investigación cualitativa, sociojurídica, de tipo analítico, documental la cual se desarrolla de una forma teórica; esto quiere decir que las fuentes son de carácter secundario, la cual consiste en la revisión de la normatividad y documentación sobre el SMO en Colombia y los aportes de tipo internacional, como también de textos teóricos que tengan relación con la temática en desarrollo.

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Para definir la objeción de conciencia hay que tener en cuenta que está compuesta por varias libertades; según Raz (1982) citado por Ortiz (1998, pág. 64) la objeción de conciencia es “una violación del derecho en virtud de que al agente le está moralmente prohibido obedecerlo ya sea en razón de su carácter general o porque se extiende a ciertos casos que no deberían ser cubiertos por él”. Así mismo la corte constitucional asevera que es “la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito”, para Ortiz (1998) la objeción de conciencia es:

Un acto de una persona humana individual, íntimo, no violento, basado en la libertad de rehusar que contradice cierta normatividad jurídica, por fidelidad a unos principios culturales, acto que se reconoce en el derecho positivo porque no busca su cambio ni modificación (pág. 65).

En el marco de tales definiciones, se precisa que la objeción de conciencia, es un acto en donde un sujeto de derecho en ejercicio, de manera pacífica y argumentada, no cumple una obligación legal, por motivaciones, políticas, de pensamiento, culturales y religiosas.

Por lo tanto Ollero (s,f) citado por Didier (2015, pág. 257) “la objeción de conciencia se trata de un conflicto estrictamente jurídico, entre el concepto mayoritario del mínimo ético indispensable —característico de lo jurídico— que se ha visto plasmado en el texto legal, y el concepto minoritario esgrimido por el objetor”

Desde dicha óptica, la objeción de conciencia se realiza de forma pacífica y no violenta, siendo ésta bajo el mayor respeto y ante todo guardando una estrecha fidelidad a los principios por los que se declara objetor.

Reseña histórica de la objeción de conciencia en Colombia

En el año 1924, durante el Primer Congreso Obrero, una dirigente del sindicato obrero de La Dorada, Carlota Rúa, se pronunció frente al hecho de que el servicio militar fuera obligatorio para los jóvenes obreros y campesinos (Uribe, 1994). Durante la guerra con Perú entre los años 1932 y 1933, un grupo de mujeres objetó públicamente que sus esposos e hijos fueran reclutados para ir a la guerra contra el país vecino.

Como recuerda Ramírez Ríos (2008), a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, la objeción de conciencia adquiere importancia en el país, cuando se organiza un comité promotor compuesto por personas e instituciones que desde la filosofía de la “No violencia”, fomentaban la reivindicación de este derecho ya reconocido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Por esta misma época nace el Movimiento Juvenil por la Objeción de Conciencia, que realizaba numerables acciones y manifestaciones en contra del SMO, incluso impulsaron un plebiscito de 6.000 firmas que fue entregado a la Secretaría de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, lo que permitió que el tema fuera llevado a las mesas, aunque como se verá más adelante, finalmente no quedó contemplada la figura de manera expresa en la constitución.

Como reacción a esa omisión de la Asamblea, en el año 2000 nace el movimiento Acción Colectiva por la Objeción de Conciencia en Colombia, integrada por organizaciones de jóvenes objetores como el Colectivo por la Objeción de Conciencia, de Bogotá, Justa paz, Juventud Trabajadora Colombiana, Fundación Creciendo Unidos, entre otros. En el año 2006, nace la Acción Colectiva de Objetores y Objetoras de Conciencia como una fusión entre el Colectivo de Objetores de Conciencia y la Acción Colectiva de Objetores de Conciencia, un espacio que realiza acciones con miras a construir alternativas sociales, económicas, políticas y jurídicas al reclutamiento de jóvenes por parte de los diferentes actores armados en Colombia.

En este orden de ideas, es evidente que el desarrollo de la figura de la objeción de conciencia en Colombia, ha estado estrechamente ligada a la prestación

obligatoria del Servicio Militar y surge ante todo como una acción reaccionaria ante la cultura militarista que propicia el reclutamiento de los varones colombianos por motivos relacionados con la defensa de la independencia nacional.

RESPALDO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL A LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA.

Dentro de la supremacía constitucional y el artículo 4 de la carta magna se considera según Quinche (2009):

“esta es la norma más importante de la constitución colombiana. El artículo 4 es la condición de posibilidad de aplicación normativa de toda la constitución, del ejercicio de control constitucional, de la concreción del estado social de derecho y de la vigencia del estado constitucional democrático, es decir, del hecho de ser realmente regido por una constitución.” (pág. 97).

Lo anterior permite entender que la constitución política es la principal norma jurídica en Colombia y que todas las leyes de inferior jerarquía se someten a ella. De forma vinculante y dentro del mismo orden jerárquico se presentan normas como los convenios y tratados internacionales que cumplan tres requisitos, el primero es que debe ser ratificados por el congreso, el segundo es que debe reconocer los derechos humanos y tercero prohibir su limitación en los estados de excepción (Quinche, 2009), así como lo establece el artículo número noventa y tres Const, (1991)

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (pág. 184).

Esto permite entender que toda clase de norma internacional que cumpla con los requisitos anteriormente nombrados tienen que ser acogidos como si fuera una norma constitucional más, tanto en su promulgación como en su defensa a través de los mecanismos de protección constitucionales.

La objeción de conciencia no se encuentra taxativamente descrito como derecho, en nuestra constitución, pero si se desprende de varias prerrogativas como son la libertad de pensamiento o de conciencia como se establece en la (Const., 1991) en su artículo 18. "Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia." Y la libertad de cultos e igualdad de confesiones religiosa descrito en (Const., 1991) en el artículo 19 "Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley."

De los artículos mencionados se puede evidenciar que el derecho a objetar conciencia esta implícitamente, lo que lo vuelve un derecho subsidiario, pero con un mismo valor, que no ha podido ser legislado pero si desarrollado por medio de sentencias de la corte constitucional dentro del propósito constitucional de la defensa a los derechos humanos, en esto insisten también autores y resoluciones, pactos de derechos humanos en los que Colombia ha ratificado su compromiso, como un país a vanguardia de los derechos humanos, y dentro de su composición, como un estado social de derecho.

Desde el siglo pasado se ha venido tratando lo referente a la objeción de conciencia como un derecho humano, por parte de entidades internacionales como la organización de las naciones unidas ONU (1959), citada por la corte constitucional colombiana (2009) que a través de la resolución 1989 donde menciona que

reconociendo el derecho de toda persona a tener objeciones de conciencia al servicio militar como ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión enunciado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De lo anterior podemos observar que tanto el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión son prerrogativas que la ONU por medio de declaraciones universales y pactos internacionales le ha dado un blindaje jurídico internacional a estos derechos para que los estados que firmen y ratifiquen estos tratados se vean obligados a cumplirlos.

No solo las normas de orden interno ha desarrollado todo lo referente a estas libertades si no también preceptos del ámbito internacional que de igual manera lo enmarcan como derechos humanos, es el caso de la declaración de los derechos humanos de la ONU (1948) en uno de sus articulados menciona la libertad de pensamiento diciendo:

Artículo 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

En el anterior artículo se observa que se encuentra de una manera conjunta el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión. De manera muy diferente se presenta en el pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU (1966) donde en un artículo de una manera específica se desarrolla las libertades de anterior mencionadas, como más énfasis la libertad de religión.

Artículo 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En el previo artículo, en el primer párrafo se describe una expresión que atribuye una prerrogativa y es la de que toda persona puede manifestar sus creencias, sin temor de que otro pueda compelerla por algún motivo. Solo podrá ejercer coerción el estado cuando lo crea conveniente para la seguridad de la nación.

Partiendo de las mociones de estos artículos nos permite entender que se puede objetar conciencia en ciertos mandatos jurídicos que establece los estados, que en ciertas oportunidades atentan de cierta manera esta prerrogativa. Uno de esos mandatos es la prestación del servicio militar obligatorio. El comité de los derechos humanos realizó un análisis de la aplicación del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión descrito en el artículo 18 del pacto internacional de derechos civiles y políticos, con relación al objetar conciencia para la prestación del servicio militar. Esta comisión en su observación general número 22 de 1993 publicada por ONU (2012)

En el Pacto no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia pero el Comité cree que ese derecho puede derivarse del artículo 18, en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia y el derecho a manifestar y expresar creencias religiosas u otras creencias (párr. 11). (pág. 10)

En este sentido la comisión de derechos humanos plantea dos puntos a destacar, el primero es que la génesis de la objeción se produce en las libertades descritas el artículo 18. Y el segundo punto es que esta prerrogativa se puede defender cuando este se encuentre en una Litis al momento de utilizar la fuerza mortífera, que no es más que birlar la vida a una persona. Finalmente el derecho de objetar conciencia no es un derecho que este taxativamente en la norma, pero este es respaldado muchas veces de manera jurisprudencial tanto por entes internacionales y nacionales.

Frente a este caso de la objeción de conciencia sobre el servicio militar obligatorio, la comisión de derechos humanos se ha permitido hacer recomendaciones enfáticas en una publicación realizada por la ONU (2012) donde dice que

Los Estados que tengan un sistema de servicio militar obligatorio en el que no se haya establecido todavía una disposición de este tipo su recomendación de que establezcan diversas formas de servicio alternativo para los objetores de conciencia que sean compatibles con las razones de la objeción de conciencia, que tengan carácter civil o no combativo, que redunden en el interés público y que no sean de naturaleza punitiva. (pág. 21)

En este orden de ideas, la objeción de conciencia en el estado colombiano, por tratarse de derechos humanos ratificados por la figura del bloque de constitucionalidad tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.

Bloque de constitucionalidad en relación a los derechos humanos en el estado colombiano

El estado colombiano es garante de que los derechos humanos sean respetados, esto lo ratifica al expresarlo en la (Const, 1991) en su artículo 93 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Con este punto de partida es evidente que Colombia tiene una inmensa responsabilidad, por lo que la objeción de conciencia como ya se ha dicho anteriormente nace del compendio de varios derechos que vienen desde la declaración universal de los derechos humanos y por bloque de constitucionalidad son inmersas dentro nuestro ordenamiento jurídico como derechos fundamentales, así mismo como asevera Nogueira (2000) citado por Uprimy (2005):

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, que tienen alguna forma de justicia constitucional. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de tutela y amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. El bloque de constitucionalidad es pues “uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad” ya que “irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar” (pág. 4)

Es decir que por medio del bloque de constitucional, hoy en Colombia existe una herramienta indispensable para los casos de derechos humanos, en la medida que el análisis es más amplio lo cual permite un avance en jurisprudencia como ha sucedido con relación al tema de objeción de conciencia, en las sentencias de la corte constitucional citadas al inicio de este trabajo, lo cual actúa como fuente orientadora de los fallos respecto al tema de objeción

de conciencia. Sin embargo Colombia es uno de los muchos países con la figura del servicio militar obligatorio y de una u otra manera afecta el tema de objeción de conciencia de algunos actores sociales como ya lo mencionamos de clérigos y religiosos en medio de un estado de guerra, ese derecho, esas libertades podrían ser vulneradas por el estado colombiano, es allí donde se enfatiza en esa obligación del estado en garantizar plenamente el objetar conciencia respecto a los actores mencionados anteriormente, más cuando constitucionalmente dice que al haber ratificado dichos tratados “que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción” nos encontramos que el estado de guerra hace parte del estado de excepción, mencionado en el artículo 212 de la carta magna, ante esto y encontrar que en la ley 48 (1993) de en su artículo 28 inciso (b) habla que solo en estado de paz es que los clérigos y religiosos de todas las denominaciones podrán objetar conciencia. Tal medida deja grandes inquietudes ya que estamos en medio de una garantía a medias, en donde se está expuesto en cualquier momento de guerra, lo cual directamente podría de forma eventual impedir dichas libertades constitucionales dentro de este estado.

Al ser consideradas dichas libertades como derechos humanos, debe existir una obligación de respeto sobre ellas de parte de los estados que han ratificados dichos derechos, ante esto Quinche (2009), en una de sus obras expresa que.

Para Abramovich y Curtis, estas obligaciones son de contenido negativo e implican que el estado no debe vulnerar a través de su acción el ejercicio del derecho. Se trata aquí de deberes de abstención. De esta manera, el estado debe de abstenerse de articular políticas o acciones que impliquen la violación directa o indirecta de los derechos humanos (pág. 125).

Así también dentro de la convención americana de derechos humanos publicada por la OEA (1969) dice:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La objeción de conciencia ha tomado relevancia ya que la corte constitucional (2009), cambio su postura en el sentido del fallo respecto al año de 1992 donde:

En la sentencia T-409 de 1992, la Corte decide por primera y única vez negar la posibilidad de que la objeción de conciencia exima a los ciudadanos del cumplimiento de la obligación de prestar el servicio militar. En este caso la Corte señaló que las creencias religiosas de los tutelantes no eran una razón suficiente para eximirlos de la prestación del servicio militar obligatorio.

Como apreciamos en esta primera sentencia, la corte constitucional no legitimaba el derecho a la objeción de conciencia ya que este no era una justificación valedera para eximirse de la prestación del servicio militar obligatoria. Aún sin tener en cuenta la ratificación a la resolución 1989 del año de 1959, que posteriormente si ratifico en sentencia T-018 de 2012, abriendo la posibilidad que de manera rigurosa se pueda objetar conciencia frente al servicio militar obligatorio en correspondencia a profesar un credo religioso. Dentro de la rigurosidad de la Corte Constitucional (2012) expresa en la sentencia T-018 que:

El amparo constitucional a través de la acción de tutela de las convicciones y creencias, bien sean de carácter religioso, ético, moral o filosófico, que impidan prestar el servicio militar obligatorio mediante la figura de la objeción de conciencia deben cumplir con los siguientes requisitos: i) tienen que definir y condicionar la conducta del objetor mediante manifestaciones externas y comprobables de su comportamiento; igualmente, deben ser ii) profundas; iii) fijas; y iv) sinceras.

En mismo orden de ideas y siendo consecuentes con lo dicho por el alto tribunal constitucional (2009) en sentencia C-728/09 en donde aclaró los siguientes conceptos:

Manifestarse en su comportamiento externo: las convicciones o las creencias que son objeto de protección constitucional, tienen que definir y condicionar la actuación de las personas. Tampoco pueden aflorar al momento de prestar el servicio militar obligatorio, puede que continúe en el fuero interno de la persona.

Profundas: implica que no son una convicción o una creencia superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como sus decisiones; que condicionen su actuar.

Fijas: implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Esto también significa que no pueden ser de reciente aparición.

Sinceras: implica que no son falsas, acomodaticias o estratégicas.

Asimismo la corte constitucional (2014) en sentencia T-455 aclara que

No exige una prescripción legal expresa para que tenga carácter jurídico vinculante y puede ser alegado por cualquier obligado al servicio militar, quien demuestre que por convicciones personales profundas, sinceras, continuas y exteriorizadas, tiene razones de conciencia que le impiden ejercer la actividad militar.

Lo anterior permite evidenciar que la objeción de conciencia tiene fuerza vinculante y obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico siempre y cuando se logre probar dichas convicciones, así mismo se respeta la libertad de pensamiento formando bases sólidas dentro un estado social de derecho.

Y por último con respecto a lo dicho por la corte constitucional (2012), en sentencia T-018, es el respaldo al derecho de objeción de conciencia, mediante mecanismo de protección de derechos constitucionales como es la acción de tutela.

Como lo reconoce el juez de instancia y lo pone de presente el Director de Reclutamiento y Control de Reservas, los jueces constitucionales están llamados a proteger el derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio, al ser la acción de tutela un mecanismo idóneo para el amparo de los derechos fundamentales involucrados. En conclusión, el accionante tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia frente a la prestación del servicio

militar obligatorio, mediante la acción de tutela y sin que pueda desconocérsele como objetor con el argumento de la inexistencia de un desarrollo legislativo de este derecho.

En conclusión con relación a lo dicho por la corte constitucional, esta empezó negando el derecho a objetar conciencia por motivos religiosos, ya que no vio en esto un motivo suficientemente válido para poder exonerar la obligación de prestar el servicio militar obligatorio. Pero con el transcurrir del tiempo el derecho constitucional fue desarrollándose de manera progresiva y fueron apareciendo acciones constitucionales que permitieron a la corte constitucional renovar y ampliar sus conceptos sobre este tema que es respaldado y avalado por entes internacionales como la organización de las naciones unidas (ONU).

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO (SMO) EN COLOMBIA

En Colombia según la ley 48 de (1993) en su artículo 3: "Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley" (pág. 1), de la misma manera lo indica el artículo 216 de la constitución nacional² Así mismo esta ley establece que "Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad" (ley 48, 1993).

Basado en lo anterior es evidente que existe una obligación expresa que repercute en todo varón desde el cumplimiento de sus 18 años; dentro de la ley en mención existen exenciones las cuales favorecen a ciertos sujetos de derecho a no tener como obligatorio el servicio militar, éstas se dividen dos: las que se dan en todo tiempo según el artículo 27 de la ley 48 de 1993 y las que solo se dan en tiempos de paz según lo contempla la misma norma.

Dentro de las exenciones para el SMO no hay una cláusula legislativa que garantice no solo a los clérigos, religiosos o jerárquicos de las demás creencias religiosas en tiempos de guerra, sino también a los creyentes, feligreses o

² ARTICULO 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo. Consultado: en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr007.html#216, en abril de 2017.

laicos que practican las mismas doctrinas que los mencionados anteriormente en todo tiempo y que además por sus convicciones, ya sean de tipo éticas, morales, religiosas y en garantía de sus derechos a la libertad de conciencia, les permitan ser exentos sin necesidad de apelar a objeción de conciencia.

Tensión del SMO, en relación a los creyentes, feligreses, laicos y personas no afines a acciones militares.

La pugna se presenta debido que a pesar de los muchos intentos de establecer la objeción de conciencia como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano como lo evidencia que en el 2010 se presentara el proyecto de ley 115, “por la cual se desarrolla el derecho de libertad de conciencia, reconocido en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia”³, también se presentó el proyecto de ley 95 de 2012 “por medio de la cual se regula el derecho a la objeción de conciencia”⁴, así mismo el Proyecto de Ley Estatutaria 20 de 2015 “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la objeción de conciencia”⁵. En enfoque específico del SMO también se han presentado proyectos de ley en busca de establecer desde la legislación el ejercicio de la objeción de conciencia frente al SMO, así como en el año 2008 mediante el Proyecto de ley 102, “por la cual se dictan normas sobre el ejercicio del derecho de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, se crea el servicio social sustituto y se dictan otras disposiciones”⁶, también el Proyecto de ley 66 de 2010, “por la cual se dictan normas sobre el ejercicio del derecho de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, se crea el servicio social sustituto, se modifica parcialmente la Ley 48 de 1993, y se dictan otras disposiciones”⁷. Tales iniciativas parlamentarias en su gran mayoría han sido archivadas por distintas causas, tiene hoy al país en medio de una gran disputa de parte de creyentes, laicos, feligreses y personas no afines a acciones militares frente a la normatividad existente del SMO.

3 Este proyecto de ley se consultó y se puede obtener mayor información en: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-desarrolla/5880/>

4 Este proyecto de ley se consultó y se puede obtener mayor información en: <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/6927/>

5 Este proyecto de ley se consultó y se puede obtener mayor información en: <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/8075/>

6 Este proyecto de ley se consultó y se puede obtener mayor información en: <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/ppor-la-cual-se-dictan-normas-sobre-el-ejercicio-del-derecho-de-objecion-de-conciencia-al-servicio-militar-obligatorio-se-crea-el-servicio-social-sustituto-y-se-dictan-otras-disposiciones/1240/>

7 Este proyecto de ley se consultó y se puede obtener mayor información en: <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-dictan/5796/>

Tales sujetos de derecho hoy para objetar conciencia ya sea en tiempos de paz o de guerra deben hacerlo por vía de tutela ante los tribunales judiciales, dado que el concepto del derecho a la objeción de conciencia emanado del compendio de las distintas libertades como lo son: la de conciencia, cultos y de pensamiento, ya que como se evidencia en párrafos anteriores no se consagra por ley el derecho a la objeción de conciencia, sino que este es vinculante por la línea jurisprudencial de la corte constitucional que ha hecho la tarea respecto a garantizar dichas libertades que a su vez se presentan como derechos fundamentales, emanadas de los derechos humanos y que son vinculantes por el bloque de constitucionalidad.

SMO en tiempos de guerra

El SMO y su aplicación en tiempos de guerra, generaría una tensión mucho mayor en relación no solo de creyentes, laicos, feligreses y personas no afines a acciones militares que en todo tiempo tienen como único recurso el de objetar conciencia, sino de clérigos, religiosos y similares jerárquicos de las demás denominaciones que en tiempos de guerra, tampoco cuentan con una norma que les proteja al igual que en tiempos de paz. Es decir, que en tiempos de guerra los sujetos de derecho mencionados anteriormente tendrían que prestar el SMO, debido a que según el artículo 28 de la ley 48 de 1993 en su inciso (a) en tiempos de paz solo los superiores jerárquicos pueden por ley estar exentos de SMO, sin embargo en tiempos de guerra, no tienen una norma que los ampare. Esto los motiva a recurrir en dicho caso a la acción por vía de tutela ante instancias judiciales en busca de garantías a sus libertades y al derecho a la objeción de conciencia, dado que en relación al punto anterior, han sido varios los proyectos de ley para reglamentar la objeción de conciencia como derecho fundamental pero no han prosperado tales iniciativas parlamentarias.

CONCLUSIONES

Las siguientes conclusiones son parte del avance de la propuesta de investigación realizada:

1. El estado colombiano ha avanzado en materia del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia por vía jurisprudencial, tal como se registra en las sentencias de la corte constitucional mencionadas en el presente avance debido que por parte del legislador no existe

una ley que reglamente tal derecho, ya que ha habido varios intentos pero todos han fracasado.

2. Existe una gran tensión debido a que a pesar de los avances jurisprudenciales en este tema, los creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en todo tiempo no tienen una norma que les ampare como también queda abierta la puerta para que en tiempos de guerra clérigos y religiosos, deban objetar conciencia, ya que la ley establece que sólo les exime en tiempos de paz. Además el estado colombiano dentro de su ordenamiento jurídico en el artículo noventa y tres al hablar del bloque de constitucionalidad, deja claro que los países que ratifiquen los tratados y convenciones sobre derechos humanos deben cumplirlos en todo tiempos aun en los estados de excepción como lo es el estado de guerra en donde no se le reconoce hoy amparo a las libertades de clérigos y religiosos. Ante esto y basado en la obligación del respeto de los derechos humanos, se evidencia que el estado colombiano establece dichas normatividades irrespetando tales derechos, siendo estos no garantizados de forma plena y si restringida.
3. Existe un respaldo internacional, mediante tratados, convenciones y diversos pronunciamientos de la ONU, y la comisión de derechos de derechos humanos, Por lo que se concluye que en Colombia como estado miembro de estos entes internacionales, puede encontrar salidas para que tanto clérigos y religiosos en tiempos de guerra y creyentes, laicos y personas no afines a las acciones militares en todo tiempos, tengan garantías de sus libertades.

REFERENCIAS

- Const. (1991). *Artículo 93* (35 ed.). Bogotá, D.C.: Leyer.
- Const. (1991). *Artículo 18* (35 ed.). Bogotá, D.C.: Leyer.
- Const. (1991). *Artículo 19* (35 ed.). Bogotá, D.C.: Leyer.
- Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-728/09*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (2009). *www.corteconstitucional.gov.co*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-728-09.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (2012). *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-018-12.htm*.
- Corte Constitucional Colombiana. (2012). *www.corteconstitucional.gov.co*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-018-12.htm>
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). *www.corteconstitucional.gov.co*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-455-14.htm>

- Didier, M. (2015). "El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación". *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 257.
- ley 48. (1993). *Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*. Bogotá.
- Nogueira, H. (2000). Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos. En S. Jost, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*.
- OEA. (22 de Noviembre de 1969). *CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Ollero, A. (s,f). ¿SOY EN REALIDAD IUSNATURALISTA?
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- ONU. (1959). Resolución 1989.
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- ONU. (2012). *La objeción de conciencia al servicio militar*. Naciones Unidas.
- Ortiz, H. (1998). *Obediencia al derecho, desobediencia civil y objeción de conciencia*. Bogota D.C: Temis S.A.
- Quinche, M. (2009). *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. Bogota, D.C: Universidad del rosario.
- Ramírez Ríos, G. I. (6 de agosto de 2008). Proyecto de ley 102. Bogotá, Colombia: Gaceta del Congreso.
- Raz, J. (1982). La autoridad del derecho. En R. T. Salmoral, *Ensayos de derecho y moral* (pág. 32). Mexico: UNAM.
- Uprimy, R. (2005). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Red de escuelas sindicales*. Obtenido de [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf)
- Uribe, M. T. (1994). *Los años escondidos*. Bogotá: CESTRA-CEDEC.

Para citar este artículo:

Arrieta Cotera, B. Y. y De la Cruz Sequea, J. (2018). La objeción de conciencia como mecanismo de protección frente al servicio militar obligatorio en Colombia. *Vís Iuris*, 4(7), 9-26.

La pension familiar: Una norma de papel

The family pension: A paper standard

Aylin Giselle Romero Valeta¹ - Triana Isabel Deulofeu Castañeda²

RECIBIDO: 12-09-16

ACEPTADO: 24-04-16

PUBLICADO: 09-01-17

Resumen

En Colombia, a partir de la ley 1580 de 2012, se instituye la pensión familiar. Esta modalidad pensional configura una alternativa dirigida a salvaguardar el principio de universalidad del sistema pensional, beneficiando a los cónyuges o compañeros permanentes que individualmente se encuentren imposibilitados para obtener la pensión de vejez. El presente artículo de investigación pretende abordar la eficacia jurídica y la real incidencia que ha tenido esta tipología de pensión en la población colombiana dentro del sistema de seguridad social integral, y en la búsqueda, determinar si la pensión familiar es un intento fallido, producto del afán que tuvo el Estado, en suplir el déficit del sistema pensional.

Palabras claves: Beneficiarios; Eficacia jurídica; Pensión familiar; Pensión de vejez; Universalidad.

Abstract

In Colombia, from the act 1580 of 2012, establishing the family pension. This modality pension sets up an alternative aimed at safeguarding the principle of universality of the pension system, for the benefit of the spouses or permanent companions that individually they are unable to obtain the old-age pension. This article of research is intended to address the legal effectiveness and the real impact that has had this type of pension in the Colombian population within the comprehensive social security system, and in the search to determine if the family pension is a failed attempt, a product of the desire that had the State, in meeting the deficit of the pension system.

Keyword: Beneficiaries; Family pension; Legal effectiveness; Old-age pension; Universality.

¹ Estudiante de 9º semestre de la Facultad de Derecho de la universidad de Cartagena, perteneciente al semillero de investigación "DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL PRO HOMINE". adscrito al grupo "CONFLICTO Y SOCIEDAD" el cual es dirigido por la Dra. Rafaela Ester Sayas Contreras. Correo electrónico. aygirova121@hotmail.com

² Estudiante de 9º semestre de la Facultad de Derecho de la universidad de Cartagena, perteneciente al semillero de investigación "DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL PRO HOMINE". adscrito al grupo "CONFLICTO Y SOCIEDAD" el cual es dirigido por la Dra. Rafaela Ester Sayas Contreras. Correo electrónico. deulofeu.c.triana@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En nuestro país el 85% de los adultos mayores dentro de las futuras dos décadas no tendrán derecho a una pensión, así lo ha señalado un estudio realizado por la fundación Saldarriaga Concha y Fedesarrollo, como resultado de la escasa cobertura pensional producto de un sistema poco incluyente que cada vez dificulta más el acceso a sus beneficios, aumentando las semanas necesarias o la edad requerida para obtener una pensión, pese a que desde el artículo primero de nuestra carta política, Colombia se constituye como un Estado Social de Derecho.

El término "Social" incluido en el artículo primero de la Constitución Política, hace referencia a que: "la acción del Estado debe dirigirse a garantizar a los asociados condiciones de vida dignas y a contrarrestar las desigualdades sociales existentes ofreciendo a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y superar los apremios materiales" de conformidad al criterio de la Corte Constitucional en sentencia SU 747/98.

Con el fin de garantizar dichas condiciones y promover el artículo 48 Constitucional aparece, a partir de la ley 100 de 1993, el Sistema de Seguridad Social Integral, definido como el conjunto de normas, procedimientos e instituciones encaminadas a cubrir las contingencias de carácter económico o en salud que puedan presentar los habitantes del territorio nacional.

Este sistema responde a los principios de eficiencia, solidaridad, integralidad, unidad, participación, universalidad, inter alias. Sin embargo, la materialización de esos principios ha sido paulatina, toda vez que en la actualidad, en Colombia más de 20 millones de trabajadores no cotizan para una pensión, o que cotizando, no cumplirán los requisitos necesarios para acceder a ella.

La universalidad del Sistema de Seguridad Social Integral se concreta cuando todas las personas de la comunidad participan en sus beneficios. El Estado, en aras de materializar los fines propuestos en el artículo segundo de nuestra Constitución Política, debe garantizar la cobertura de las diferentes contingencias que se puedan llegar a presentar durante la vejez a todos los habitantes de un territorio. En la práctica, esto no es completamente viable por razones presupuestales y de infraestructura.

Por lo tanto, a partir de la de la ley 1580 de 2012 se instituye la pensión familiar, cuya finalidad es que a través de la suma de esfuerzos, miles de parejas colombianas puedan acceder y disfrutar de una pensión sin afectar el equilibrio financiero del sistema.

Es lamentable el estado en el que se encuentran las personas que han culminado el ciclo laboral, que con mucho esfuerzo han realizado los aportes al sistema y que por determinados factores, como el incumplimiento del mínimo legal de semanas a cotizar o un capital acumulado insuficiente, no podrán acceder a la pensión de vejez, quedando en una situación de inseguridad, sujetas a medidas auxiliares no permanentes y sustitutivas de pensión. Es de suma relevancia analizar el impacto que ha tenido la pensión familiar dentro del sistema pensional colombiano.

Frente a esta problemática, la pensión familiar se concibe como una posible alternativa para atenuar la ilusoria idea de acceder al sistema pensional. A pesar que esta institución fue creada hace más de 4 años, el panorama colombiano en materia pensional, dista de haber mejorado.

Por lo anterior, este documento pretende efectuar un análisis en el que se logre contrastar estadísticamente la eficacia de esta modalidad pensional partiendo de la realidad social, y en el camino denotar si la pensión familiar cumple o no el fin por el cual fue instituida.

DÉFICIT DEL SISTEMA PENSIONAL COLOMBIANO

En Colombia, el sistema pensional padece un déficit coyuntural que se ha extendido por más de tres décadas. Mediante constantes reformas efectuadas al sistema de seguridad social integral, se ha intentado aminorar las consecuencias de un país envejecido y con grandes necesidades en lo que se refiere a la intervención del Estado.

Para 1991 se estimaba un esquema pensional que diera cobertura al 25% de la población, sin embargo, en el 2007 este porcentaje se mantuvo. En conceptos emitidos por el Ministerio de Trabajo, uno de cada tres colombianos podrá acceder a una pensión, lo que significa que solo el 33% de la población adulta en edad de retiro o en condición de jubilación logrará pensionarse.

Se estima que la tercera parte de la población mayor de 60 años ha podido pensionarse, y solo el 10% del total de trabajadores que realizan sus aportes al sistema reunirán las condiciones para ser beneficiarios de la pensión de vejez. (Villar, Forero, Floréz, Puerta, & Enríquez, 2015)

En el 2016, estudios realizados por Fedesarrollo en alianza con la fundación Saldarriaga Concha, inició un proyecto que tuvo como objetivo principal dar a conocer el proceso de envejecimiento del adulto mayor en Colombia y el reto que debe asumir el Estado al acoger a esta población que aumenta exponencialmente.

La demografía colombiana se distingue por ser abundante y tendiente a la informalidad. El deber que la Constitución Política impuso respecto a la cobertura, desde el principio de progresividad de la seguridad social y el cumplimiento de los fines del Estado, aparentan ser inobservados. En 2017, según cifras del DANE, en el territorio nacional existen 49.167.120 personas. El Ministerio del Trabajo ha señalado que del total de la población, 22 millones son trabajadores, 7.7 millones cotizan puntualmente al sistema pensional y solo 1,6 millones de estos cotizantes podrán acceder a la pensión de vejez. Lo que evidencia un mal funcionamiento del sistema y una de las tasas más bajas de protección del ciudadano en lo que a seguridad social respecta.

En efecto, el país cuenta con una de las tasas de cobertura más bajas del continente americano, según la oficina de políticas públicas y competitividad corporativa de fomento CAF, cerca de un 32, 8% de cobertura y una desprotección del 57% respecto a los Servicios de salud y pensiones.

Colpensiones, por un lado, aduce contar con 2.3 millones de afiliados, y solo 230.000 logran cumplir con los requisitos exigidos para ser titular del derecho pensional. El régimen de ahorro individual con solidaridad, por su parte, cuenta con 13,2 millones de afiliados y solo 3.3 millones logran obtener una contraprestación fruto de su vida laboral.

La aparente equidad que se prevé en materia pensional es eclipsada por los diagnósticos y resultados del constante estudio del nivel de vida y noción de desarrollo social y económico, imposibilitando el real cumplimiento de las políticas de seguridad social que al tenor de los postulados constitucionales

de eficiencia, universalidad y solidaridad deberían cubrir progresivamente la totalidad de la población Colombiana.

Para el año 2012, el DANE registro 13.067 millones de personas que no realizaban ninguna actividad laboral, y de estos permanecerán alrededor de 2.269 en la informalidad, número exorbitante que quedará en una incertidumbre jurídica en materia pensional.

Existen multiplicidad de factores que ocasionan el no reconocimiento de la pensión de vejez, como: la dificultad en el acceso; el incumplimiento de los requisitos dispuestos por la ley; el empleo informal; el desempleo; entre otras. Como respuesta a la problemática latente, de forma acelerada, se introduce al ordenamiento jurídico una medida que pretende menguar la inequidad en el acceso a la pensión y potenciar el cobijo de las contingencias de los adultos mayores. Nace a la vida jurídica la pensión familiar como una alternativa para evitar la desprotección y combatir el déficit en la cobertura por parte del Estado en materia pensional. Se torna como una forma de auxilio para la población avejentada que se encuentra lejos de acceder a la pensión de vejez.

Antes de abordar el análisis de la practicidad de la pensión familiar, es necesario describir esta modalidad pensional.

LA PENSIÓN FAMILIAR EN COLOMBIA

El artículo primero de la ley 1580 de 2012, la define como “aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.”

En virtud de lo anterior, vemos como el legislador colombiano intentó ampliar el radio de acción del sistema pensional en cuanto a su cobertura, permitiendo que personas que no cumplan con el lleno de los requisitos exigidos en la ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez, puedan conjuntamente, quedar cobijados por el sistema pensional.

Si bien nos hemos referido a la pensión familiar, en el cuerpo del presente documento, como una alternativa para cubrir las contingencias que en la

senectud de las personas pudieren presentarse, este aspecto resulta distintivo de la pensión de vejez, lo cierto es que estas dos modalidades constituyen diferentes instituciones. La pensión de vejez se obtiene al darse el cumplimiento de unos requisitos específicos, distintos a los exigidos en la pensión familiar, tales como: haber acreditado la relación conyugal o de convivencia permanente por más de cinco años; estar afiliados al mismo régimen; efectuar la sumatoria, entre ambos, del número de semanas exigidas para una pensión de vejez individual o cotizar al sistema de seguridad social en Salud, de conformidad al artículo 204 de la ley 100 de 1993. No obstante, deberán tener en cuenta las especificaciones exigidas para cada régimen pensional.

Pensión familiar en el régimen de prima media con prestación definida:

Los cónyuges o compañeros permanentes, para acceder a la pensión familiar, deberán cumplir con la edad para pensionarse, que fue modificada por la ley 797 de 2003, bien sea de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. Cabe mencionar que esta modalidad pensional exige, para cada uno de ellos, haber cotizado al menos un 25% de las semanas a la edad de 45 años.

Como se trata de una modalidad pensional que busca que parejas logren obtener este beneficio a partir de la suma de sus semanas cotizadas, dentro de este régimen, la sumatoria debe equivaler a unas 1300, es decir, 25.5 años. Además, solo aquellas familias que aparezcan dentro en el sistema de identificación y clasificación de potenciales beneficiarios para programas sociales en los niveles 1 y 2, podrán optar por esta prestación, que será de un monto no superior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Pensión familiar en el régimen de ahorro individual con solidaridad:

Dentro de este régimen deberán cumplirse los requisitos establecidos para la devolución de saldos, siendo, la edad mínima y la insuficiencia del capital individual para la pensión de vejez, la sumatoria de esta insuficiencia configuraría el capital necesario para financiar la pensión de vejez; o al menos 1.150 producto de la sumatoria de semanas cotizadas. En este régimen la prestación puede exceder de un salario mínimo legal mensual vigente.

Como habíamos mencionado con antelación, al momento de la solicitud de la pensión familiar, los cónyuges o compañeros permanentes deberán estar afiliados al mismo régimen pensional y a la misma administradora. De encon-

trarse efectuando los aportes a distintos regímenes o fondos de pensiones, uno de ellos deberá solicitar su traslado a la administradora de su cónyuge o compañero permanente con la finalidad de acceder al reconocimiento de la pensión familiar.

Por otra parte, a diferencia de la pensión de vejez, la pensión familiar no constituirá en ningún lugar una prestación individual para cada cónyuge o compañero permanente, por lo que se entiende que se configura una sola pensión a dos beneficiarios. Debemos precisar que el artículo 151C dispone que “será una sola pensión, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Nacional”. Asimismo, el contenido descriptivo de esta ley aparenta ser íntegro. El legislador determina un trámite particular en caso de fallecer uno de los cónyuges o compañeros permanentes; la extinción de esta prestación si fallecidos los cónyuges o compañeros, no existen hijos beneficiarios; igualmente regula en caso de presentarse la separación o el divorcio. En esta medida la Corte Constitucional, en sentencia C-134/16, afirma que “la incompatibilidad de la pensión familiar con otras prestaciones, hace beneficiarios en el régimen de prima media a los clasificados en los niveles 1 y 2 del SISBEN y reafirma que su valor “no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente”.

Habiendo precisado en la conceptualización de la pensión familiar, nos referiremos en los acápites siguientes en la verdadera incidencia que ha tenido la pensión familiar en la realidad colombiana.

LA VERDADERA CARA DE LA PENSIÓN FAMILIAR

El Dr. Oscar Iván Palacio Tamayo, investigador en el área de seguridad social, especialmente en el tema de pensión, ha catalogado esta modalidad pensional como un fiasco y una burla. Esta afirmación se justifica en el hecho de que la pensión familiar solo beneficia a un número muy reducido de personas, pues de aproximadamente 400.000 personas que podrían beneficiarse, actualmente solo se han aprobado 175 pensiones.

Colpensiones manifiesta que entre el 30 de diciembre de 2014 y el 30 de abril de 2016, han sido presentadas alrededor de 733 solicitudes de pensión familiar en Colombia.

Nos corresponde entrar a cuestionarnos si la norma que regula la pensión familiar es ineficaz, y a su vez determinar si esa ineficacia se predica por el

bajo número de solicitudes efectuadas por los que optan por esta modalidad pensional, o si es consecuencia de la dificultad en el acceso al reconocimiento de las prestaciones contenidas.

Antes de entrar en materia de eficacia jurídica, debemos mirar como luce el panorama en la realidad colombiana.

En el régimen de prima media con prestación definida, como habíamos denotado, el requisito de pertenecer a los niveles 1 y 2 del SISBEN, hace más gravoso el acceso a la pensión familiar.

Solo en Bogotá se presenta la siguiente estadística respecto al SISBEN:

Tabla 1. Estado de aseguramiento población de Bogotá.

AFILIADOS POR RÉGIMEN	CANTIDAD	% DEL TOTAL	% DE AFILIADOS
Activos en Régimen Contributivo	6.047.358	74,8%	80,5%
Suspendidos en Régimen Contributivo	95.711	1,2%	1,3%
Afiliados Contributivo	6.143.069	76,0%	81,8%
Activos en Régimen Subsidiado	1.155.849	14,3%	15,4%
Regímenes de Excepción (estimado)	210.294	2,6%	2,8%
Subtotal afiliados	7.509.212	92,9%	100,0%

SISBEN NO AFILIADOS	CANTIDAD	% DEL TOTAL
Afiliados al Régimen Subsidiado (SISBEN Niveles 1 y 2 + Menores Nivel 3)	29.088	0,4%
Encuestados que no se pueden afiliar al subsidiado por puntaje Sisbén superior	8.305	0,1%
Total SISBEN no afiliados	37.393	0,5%

Fuente: Recuperada de <http://https://docs.google.com/spreadsheets/d/1Vm5>

De acuerdo con la información disponible ofrecida por el Departamento Nacional de Planeación, en septiembre del 2015, el SISBEN tenía 34.964.317 registros validados. Para mayo del 2016 la cifra subió a 35.616.653 personas, evidenciando que cerca del 75% de la población nacional pertenece a estos niveles.

Conforme estudios realizados por el DANE¹ en 2015, el 94,6% de las personas manifestaron estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹ Este estudio fue realizado por el DANE en el año 2015, a través de una Encuesta Nacional de Calidad de Vida -ECV- que tomo como muestra la población colombiana para determinar el número de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Para el 2016, el 95,4% de toda la población nacional manifestó estar afiliada al mismo sistema, arrojando que anualmente incrementa la afiliaciones un 1,5%.

En virtud de lo anteriormente expuesto, consideramos pertinente determinar cifras que nos permitan dilucidar la magnitud poblacional que podría beneficiarse de la modalidad pensional denominada pensión familiar.

En cifras, sobre la base de la población actual y los porcentajes que el departamento administrativo nacional de estadística coteja anualmente haciendo uso de fórmulas matemáticas ajustadas a cifras demográficas, determinamos que:

Ecuación

$$\frac{\text{"total poblacional"}}{\text{"x"}} = \frac{100\%}{\text{"parte en \%}} \Rightarrow \text{"x"} = \frac{\text{"total poblacional"} \cdot \text{"parte en \%}}{100\%}$$

Tabla 2. Estadística poblacional destinataria de la ley 1580 de 2012.

Estadística poblacional destinataria de la ley 1580 de 2012		
Poblacion actual Colombiana: 49,167,120 personas		
Mujeres	24,953,862	2,03%
Hombres	24,337,747	1,78%
Resultados:	Mujeres	998,092,536
	Hombres	875,174,736

Por: Aylin Romero Valeta y Triana Deulofeu Castañeda.

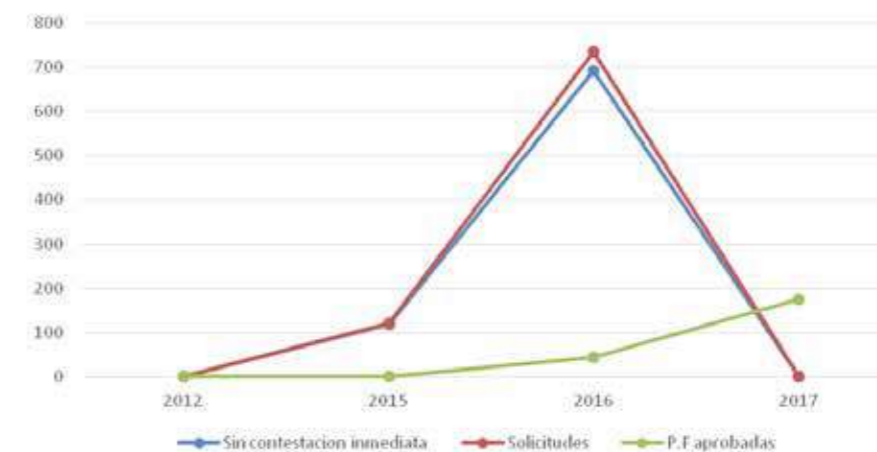
En consecuencia Colombia crece demográficamente a pasos agigantados, y siendo la población adulta y adulta mayor la que predomina, con un crecimiento anual del 4% y que para el 2050 la población será de 72 millones, con una expectativa de vida superior a los 79 años y con más del 20% de los pobladores por encima de 60 años, de acuerdo a cifras arrojadas por el Ministerio de Salud en el año 2010. Es apremiante desenmascarar la pensión familiar como medida contingente del apremio de derechos inagotados.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN FAMILIAR

El reconocimiento de la pensión familiar debe ser, sin duda alguna, incluyente, eficaz y eficiente. Como logramos ver, estos principios y objetivos no sobresalen en el panorama pensional actual.

Existen 400.000 personas que podrían ser beneficiarias de la pensión familiar, y conforme a la siguiente gráfica, 3 años después de la entrada en vigencia la ley 1580 de 2012, es aprobada la primera solicitud de esta modalidad de pensión en Colombia con una duración de un año y medio de trámite. Colpensiones expresa que anualmente se presentan 735 solicitudes de pensión familiar, es decir, 61.25 solicitudes por mes ante los administradores de fondos pensionales, ya sean de carácter público o privado, de las cuales, de acuerdo al índice determinado en el cuatrimestre 2017, solo son aprobadas 43.75 pensiones familiares. Cerca de 17.5 solicitudes no son aprobadas al mes.

Tabla 3. Magnitud del acceso a la pensión familiar.



Por: Aylin Romero Valeta y Triana Deulofeu Castañeda.

EFICACIA JURÍDICA VS LA PENSIÓN FAMILIAR

Jürgen Habermas, en el análisis multifacético e integrador del Derecho, afirma que no basta que una norma jurídica exista formalmente y pueda coercitivamente ser exigida. Debe darse el cumplimiento de las funciones para las cuales fue creada, y las garantías ofrecidas para la real ejecución de las prescripciones de los derechos contenidos, es decir, sean eficaces.

La realización del Derecho se traduce en la efectividad de la producción de la norma en la sociedad, apreciando la conexión existente entre lo jurídicamente establecido y el hecho social. En otras palabras, la eficacia jurídica hace referencia que la norma jurídica tenga una realización social.

La pensión familiar, tuvo como finalidad, lograr amortiguar las distintas situaciones que pudieran presentarse durante la etapa de vejez, cuando, personas que pretendan obtener la pensión de vejez, no puedan por multiplicidad de

factores. El Estado colombiano vio en esta modalidad un respaldo para entrar a rescatar el sistema pensional de una reforma que se pide a gritos.

Como vimos, las cifras son alarmantes. Indiscutiblemente la pensión familiar no está siendo útil en cuanto a la protección de los aspirantes a pensión y mucho menos a contribuir a la reducción del cáncer que ha desarrollado el sistema pensional colombiano.

La pensión familiar debió, mínimamente hasta la fecha, mostrar un gran avance respecto a la cobertura en cuanto al reconocimiento de la prestación, que logra a su vez, incluir en el porcentaje de beneficiarios a la mayoría de las parejas colombiana que cumplan con los requisitos legales, permitiendo que miles de familias logren suplir parte de las necesidades de sus hogares.

Es triste mirar el tan alto porcentaje de personas a la deriva, en la espera de encontrar en la pensión familiar una respuesta para los días por venir y encontrando en el camino procedimientos engorrosos, donde las trabas y la dilación es lo único conocido con certeza.

CONCLUSIÓN

La pensión familiar, de forma conclusiva, se muestra como una modalidad que logró posicionarse como una alternativa apresurada y mal estructurada por el Estado, esto como consecuencia del porcentaje indicador del reconocimiento de este tipo pensional, siendo significativamente minúsculo, frente al total de potenciales beneficiarios que efectuaron sus aportes al sistema y que desafortunadamente el acceso a la pensión de vejez se torna inalcanzable por múltiples factores.

Mauricio Garcia Villegas, como señala en su escrito Normas de Papel, en Colombia existe una cultura de incumplimiento que proviene de parte de los llamados “incumplidores”. La realidad social colombiana nos lleva a catalogar la pensión familiar como una norma de papel, pero que en su caso, el incumplimiento surge por parte del Estado, aparentando desconocer el espíritu de la ley 1580 de 2012. Por tal razón, en Colombia urge una modificación en el acceso a la pensión familiar que el Estado, en el ejercicio real y efectivo del poder en aras de la materialización de los fines propuestos en el artículo segundo Constitucional, tiene el deber de recurrir a idear estrategias que logren la verdadera implementación de la pensión familiar, bien sea ampliando el

radio de acción o eliminando los procedimientos y requisitos que hacen más gravoso el acceso a la misma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

- Amat, Y. (10 de febrero de 2013). El gobierno destapa plan de reforma de las pensiones. *El tiempo*.
- Amat, Y. (31 de febrero de 2016). Los fondos de pensiones poden reforma al regimen. *El tiempo*.
- Corte constitucional. (16 de marzo de 2016) Sentencia C-134. {MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo}
- Corte constitucional. (2 de diciembre de 1998) Sentencia SU-747. {MP. Eduardo Cifuentes}
- Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 1993) ley general del sistema de seguridad social integral {Ley 100 de 1993} DO: 41.148
- Congreso de Colombia. (1 de octubre de 2012) Ley de pensión familiar {Ley 1580 de 2012} DO: 48.570
- Congreso de Colombia. (12 de febrero de 2014) decreto reglamentario de la ley de pensión familiar {decreto 288 de 2014} DO: 49.062
- Constitución política de Colombia {Const.} (1991) artículo 48{Capitulo II} vigésima octava edición, Legis
- DANE. (2017). *poblacion proyectada actual*.
- Floréz, C. E., Villar, L., & Puerta, N. y. (2015). El proceso de envejecimiento de la poblacion Colombiana. *Fundacion Saldarriaga y concha*, 57.
- García, C. A. (31 de octubre de 2016). Los Fondos de pensiones poden reforma al regimen. *El tiempo*.
- Ministerio de salud. (2010). *Demografía y condiciones de vida*.
- Municipios depuraron la informacion de 240 millones de ciudadanos afiliados al sisben. (11 de julio de 2016). *Portafolio*.
- Palacio, o. I. (06 de Abril de 2017). La pensión familiar es un fiasco y una burla”. *Ambito Juridico*.
- Viana, J. (15 de Junio de 2016). ¿Sabe qué es una pensión familiar y si puede acceder a ella? *Portafolio*.
- Villar, L., Forero, D., Floréz, C. E., Puerta, N., & Enríquez, E. (2015). Colombia como envejece. *Fundacion Saldarriaga y concha*.

Para citar este artículo:

Romero Valeta, A. G. y Deulofeu Castañeda, T. I. (2018). La pensión familiar: Una norma de papel. *Vis Iuris*, 4(7), 26-37.

La protección de datos personales en Colombia.

Desde un análisis socio-jurídico del derecho al olvido en la era digital

The protection of personal data in Colombia.

A socio-legal analysis of the right to be forgotten in the digital age.

Liz Colombia De la Vega Avendaño¹ - Keyla Julieth Novoa Arzuaga²

RECIBIDO: 12-09-16

ACEPTADO: 24-04-16

PUBLICADO: 09-01-17

RESUMEN

Se dará a conocer en esta ponencia el sistema de la protección de datos en Colombia y el derecho que tiene a ser olvidado en la red, partiendo desde su concepto y su evolución histórica, y conflicto sobre la existencia, extensión y límites del denominado derecho al olvido con base en un estudio jurisprudencial, buscando los fundamentos para que ponga límites a la perennidad de la información en línea. A partir del derecho a la protección de datos y del derecho a la intimidad o a la vida privada es posible articular la pretensión de las personas a no verse perseguidas por las informaciones subidas a la red.

Palabras clave: Derecho Al Olvido, Habeas Data, Libertad De Expresión En Internet, Derecho A La Intimidad Y Al Debido Proceso, Derechos ARCO

ABSTRACT

In this research will be released the data protection system in Colombia And the right to be forgotten in the network, starting from its concept and its historical evolution, and conflict over the existence, extent and limits of the denominated The Right To Be Forgotten based on jurisprudential study, searching the fundamentals to put limits on the permanence of online information.

From the right to data protection and of the right to privacy or the private life is possible to articulate the pretension of the population without being persecuted by the news uploaded to the network.

Keyword: the right to be forgotten, Habeas Data, Freedom Of Expression On The Internet, Right To Privacy And Due process, ARCO Right

¹ Estudiante de pregrado de la facultad de ciencias jurídicas, programa de derecho, y de la facultad de educación programa de Lic. En idiomas extranjeros de la Universidad del Atlántico, Barranquilla. Correo electrónico: ldelavega@mail.uniatlantico.edu.co

² Estudiante de pregrado de la facultad de ciencias jurídicas, programa de derecho, de la Universidad del Atlántico, Barranquilla. Correo electrónico: keylanovoa1920@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El término “derecho al olvido” a simple vista denota que se trata de que se olviden, pero va más allá de ese suceso; Este término lleva a la protección de nuestros derechos a la intimidad, a nuestro honor o a nuestra imagen que en muchos casos se ve expuesta; A veces por ignorar, por no instruirse, los seres humanos cometemos errores a mostrar nuestra intimidad al público, en las herramientas más utilizadas por los jóvenes, hoy en día son las plataformas virtuales o redes sociales, entre ellas el Facebook en el cual un sin número de adolescentes lo utilizan de forma errónea realizando publicaciones acerca de su vida personal, sin saber diferenciar el espacio físico y el espacio digital.

Los grandes avances de la tecnología han traído consigo grandes ventajas y desventajas, pues estas herramientas las cuales cada día van aumentando dependiendo las necesidades de un mundo globalizado, exponiendo la vida así la privada de personas sin pensar en cómo llegaría afectar su familia, su profesión; en caso muchos no entienden lo delicado que es estar expuesto ante la luz pública. su vida se podría afectar en diferentes aspectos como perder su empleo, dañar su hoja de vida, podría hasta ocurrir que perdiera sus amigos o familia y todo lo que ha construido se le desvanezca en menos de un segundo, solo por el hecho de no tener el cuidado con las plataformas o la información que está suministrando.

Sin ir tan lejos para saber información sobre una persona podemos utilizamos uno de los buscadores más conocidos *google* al teclear un nombre este nos arroja toda la información posible que pueda aparecer de esa persona, hemos visto casos de personas que utilizan el buen nombre de otras y se hacen pasar por ellas, sus fotos, su información personal, número de celular o simplemente para no mostrarse tal cual se inventan una doble identidad y la verdad no es necesario conocer a la persona, solo basta colocar un nombre en el buscador cualquiera persona puede crear un perfil falso, tomar su vida y hacerse pasar por esa persona sin saber que eso adhiere a un delito y son casos que pasan diariamente y ningún está absuelto de que algún día podría ser víctima de esto.

Lo más alarmante es la inmediatez con la que uno puede obtener esos datos y hacer uso de ellos, sin medir las consecuencias y lo peor de todo que no hay nada que impida que eso siga ocurriendo, no existe manera de prohibir o por lo menos privatizar nuestra información personal en esta era digital.

Al principio todos veíamos que si nuestro nombre aparecía en el buscador éramos famosos, pues así pensaba uno más joven, pues al ver noticias, los casos de violación a la identidad privada, pues uno se cuestiona si eso es factible si es normal que nuestros datos personales aparezcan así de la nada con solo teclear un dato nuestro o un nombre. Es hora de cuestionarnos y preguntarnos qué debemos hacer para parar esto y que las autoridades competentes se enfoquen en este caso que es primordial para muchos y se nos respeten nuestro derecho a la intimidad y la cual no sea exhibida de esa forma.

Seguidamente, se presenta el derecho al olvido en la Sentencia T-277/15 de la corte constitucional de Colombia instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo por considerar violados sus derechos fundamentales al buen nombre, la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo. La alegada vulneración se habría derivado de la publicación de una nota periodística en la que se informaba sobre la supuesta participación de la accionante en hechos constitutivos de delito, en relación con los cuales nunca fue declarada culpable, así como la posterior indexación de dicho contenido por el motor de búsqueda Google.com. (Corte Constitucional, 2015)

La sentencia T-020/14 instaurada por la señora xx contra la sala plena de la corte suprema de justicia al considerar que se le estaba violando su derecho fundamental a la dignidad humana, a la igualdad, al buen nombre y a la honra. La alegada vulneración se habría derivado de la aparición de su nombre en la que sus antecedentes penales por los delitos de concusión, falsedad material de particular en documento público y fraude procesal del cual el afectado había cumplido la pena y había hecho su proceso de rehabilitación. Tras indagar por su nombre en el buscador Google, encontró que, en la página web de la Corte Suprema de Justicia, figuran anotaciones alusivas al proceso penal, incluidas ambas instancias. (Corte constitucional, 2014)

METODOLOGÍA

Esta ponencia es cualitativa de carácter Documental, en la que se traza como objetivo analizar una visión global del mundo jurídico en la protección de datos personales, con una interpretación de la realidad social en su forma empírica, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto del tema objeto de estudio y demás paradigmas jurídicos.

El método utilizado comportará un enfoque cualitativo que permitirá describir detalladamente y dar a conocer todas las aristas del derecho al olvido en Colombia en la era digital entendido como un derecho innominado, que tiene correlación con el Habeas Data y la protección de datos personales.

EL DERECHO AL OLVIDO COMO PROYECCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la protección de datos es un derecho esencial, el cual está establecido en la constitución y consiste en otorgarle un poder o un control sobre los datos personales de un individuo y que este decida cuales de esos datos podría suministrar a un tercero para que haga uso de ellos, pero teniendo en cuenta siempre que es bajo la aprobación de la persona que otorga el poder.

La persona que proporciona la información debe tener pleno conocimiento de saber quién es el tercero que va hacer uso de sus datos y para qué los utilizará, solo así esa persona quedará totalmente tranquila de que el tercero no hará uso indebido de sus datos, así de esta manera evitará problemas o malos entendidos más adelante pero siempre teniendo la completa certeza de eso del uso que se le dé.

La mayor problemática hoy por hoy es el uso inadecuado que le dan al internet y es a partir de este punto que se debe manejar la parte de la protección de datos, que dichos datos se cobijen a una normativa específica y puedan ser tratados a partir de ahí, estableciendo parámetros y haciéndolos cumplir a medida como avancen.

Si se mira esto desde un punto de vista más ambiguo, desde el nacimiento del internet, buscar cualquier cosa es más fácil de lo que uno cree, un nombre, una dirección, un teléfono, entre otras muchas cosas que son parte de la vida privada de cada persona, antes no se presentaba dicho problema pero el internet cada vez se ha vuelto el centro de todo, cualquier dato que necesites, la internet te lo manifiesta y va arrojando consigo un sin números de información para que este alcance de la persona que lo solicita. Pero eso ahora se ha vuelto un peligro para la sociedad como tal, ya nadie está absuelto de que utilicen su información personal para beneficio de otras personas y así acarrearle un problema de suma importancia a la víctima de este hecho.

Por eso inquirir a un mecanismo para que suprima y se oponga a que la internet suministre la información de cada persona sería lo más justo y beneficioso este momento ya que permitirían la protección en el interés de las personas ante el derecho del olvido digital.

En muchos otros países ya este derecho se ha hecho sentir como otros que también andan pidiendo camino para poder salir y han optado porque este derecho se note cada vez más, manteniendo seguros sus datos y garantizándoles un cambio de opinión acerca de esto. En Italia la Autoridad Nacional correspondiente ha venido acogiendo de forma favorable las peticiones de personas que han sido afectadas con esta problemática, de las cuales su información personal se ha divulgado de una u otra forma y les ha ocasionado un sin múltiplo de dificultades en cada área de su vida personal y profesional.

En ciertos países además se le otorga a la persona un derecho que equivale a la cancelación de los datos personales cuando estos han sido publicados sin el consentimiento de la persona. Es bueno tener conocimiento que esto acarree un problema ante la ley puesto que esa información suministrada no es aprobada por la persona pertinente. Pues una vez bloqueados los datos los terceros no tendrían acceso a esa información y de esta manera poco a poco se va protegiendo la información suministrada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO AL OLVIDO COMO PROYECCIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Muchas son las preguntas que se hacen diariamente los habitantes, y pocas son las respuestas que obtienen por parte y parte, si hay algo que no está claro es el concepto del término derecho al olvido y su función en sí. Jurídicamente se puede definir como aquel fundamento jurídico que permite que ciertas informaciones pasadas no sean difundidas actualmente y/o en un futuro remoto las cuales son capaces de causar más daño que un beneficio a la persona.

Es por esto que se provee el ejercicio del beneficio a la libertad de expresión, un derecho fundamental para la persona, el cual pueda hablar sin importar las circunstancias infiriendo así los daños provocados por los bienes jurídicos. Es por esto se busca la retirada de cuyos elementos afectan y cuestionan la reputación de la persona víctima de este mal hablado sistema que expone de manera publica su información la cual debería ser netamente privada.

De un tiempo para acá se ha visto la relevancia que ha tenido por los asuntos que están vinculados a la protección de datos personales y una de ellas es el poder identificar el derecho al olvido admitiendo así una solución similar, como la de solicitar la eliminación de sus datos los cuales son de carácter confidencial e íntimas. Una vez las normativas que están asociadas a la necesidad de regular el uso de ciertos datos personales, este debería y podría ser analizado bajo la lógica de los derechos fundamentales y más desde el punto de vista de los conflictos de derechos, ya que este está estrechamente ligado y/o relacionado a la vida privada y familiar.

Este proyecto de la protección de datos podría alcanzar un reconocimiento normativo basado en aumentar la certeza jurídica y facilitar su trabajo judicial. La cual traerá consigo una serie de ventajas y beneficios en su desarrollo que a nivel mundial sería reconocida es lo que aplica este derecho a realizar.

PROTECCIÓN DE DATOS- PRIVACIDAD- IDENTIDAD

Es importante tener claro los conceptos de estos tres derechos, protección de datos, derecho a la privacidad y derecho a la identidad que de una u otra forma están relacionados pues los tres al final tienen un mismo objetivo que es proteger la información personal de cada persona o usuario del cual internet muestra públicamente exponiendo la identidad de los mismos.

A pesar de que el derecho a la protección de datos se califica como un derecho procesal es decir que su punto es supervisar a los individuos que se encuentran involucrados en dicho proceso y el derecho a la privacidad y el derecho a la identidad son de derechos sustantivos el cual equivale a la implantación de las conductas que deben seguir cada individuo o persona los tres tienden a tener el mismo interés.

Cada uno de esas reglas, métodos y condiciones con el que funciona el derecho procesal busca que se establezcan, apliquen y protejan en el derecho sustantivo. Es importante tener el conocimiento que la libertad de información, a la seguridad o a la libertad de elegir religión hacen parte del derecho de la privacidad del individuo, es algo propio de la persona y que deben ser respetados y no vulnerados como se ha hecho durante todo este tiempo. El derecho a ser olvidado hace referencia a la protección de datos el cual es otro de los más fundamentales pues es este que solicita eliminar la información privada de las plataformas con el fin de evitar más riesgos y mayores peligros.

Partiendo de que el derecho a la privacidad y el derecho a la identidad comparten el mismo ADN pues estos dos derechos son determinantes, pues ambos buscan proteger aquellos derechos basados en la personalidad del individuo. El opinar diferente a los demás no hace que la persona sea menos que el resto, solo es cuestión de prioridades y cuestión de valerse por sí mismos, a ser únicos lo cual pocas personas pueden entender y comprender.

Se dice que lo que la persona proyecta eso es, "afirmación" que no es del todo cierta, pues a veces por no querer mostrar lo que en realidad es la persona este opta por mostrar una faceta distinta lo conocido por una *fachada*. Su objetivo: evitar ser conocida como tal. Hoy por hoy el derecho a la identidad personal suele ser el factor más importante pues de eso parte la imagen de la persona la cual se somete a ser juzgada, criticada por terceros, un diario vivir de todos los famosos, entre esos artistas, actores, actrices, cantantes, presentadores entre otros.

Ese grupo de personas día a día se someten a duros comentarios de los usuarios, a una mujer la tildan que está muy gorda, muy flaca, le juzgan su forma de vestir, los insultan por las redes y muchas otras cosas más. Ellos por el solo hecho de dar un punto de vista, montar una foto se objetó ocular de los usuarios y sus comentarios ofensivos, muchos de esos comentarios buenos otros bastantes hirientes, el punto que cada persona es libre de opinar de lo que mejor le parezca, pero evitando comentarios fuera de base. De aquí parte el querer proteger la vida privada de cada quién, para hacer mal uso de esa información.

Al conseguir la eliminación de los datos de los usuarios que han sido expuestos públicamente así sea por un periodo de tiempo, sería la apertura de un nuevo comienzo en ese camino que se quiere y así poco a poco cada dato personal que maneja el internet a su antojo se estaría protegiendo.

Hay que tener en cuenta que internet es un plataforma virtual que maneja millones de informaciones de todos los usuarios del mundo entero y que buscar la protección de datos es tema de dedicación y paciencia, pues cada red social infiere en esta parte ya que debe actualizar sus plataformas u herramientas para la protección de cada dato, negocio que solo si se da manejando un fallo ante la justicia solicitando de parte de los usuarios afectados la eliminación temporal o permanente de su información básica personal.

LA IDENTIDAD COMO RAÍZ NORMATIVA DEL DERECHO AL OLVIDO COMO PROYECCIÓN A LA PROTECCIÓN DE DATOS

La identidad no es más que una construcción cultural y social sobre algo que favorablemente se va construyendo o que se elige basado en el respeto. La identidad personal se puede llegar a tomar como un proceso de negociación continua ya sea entre uno mismo o con los demás. El derecho al olvido es un instrumento que puede ser usado permitiendo así futuras eliminaciones de identidades anteriores.

Cabe resaltar que el derecho a ser olvidado, juega un papel fundamental en el proceso de construcción de la identidad pues permite construir nuevas y diferentes identidades a lo largo de la vida. Pues esto se debe mirar bajo distintas perspectivas. La ley en este caso ha estado reglamentando la identidad personal. En esto infiere que el estado ha estado concediendo a la población diferentes instrumentos legales para cambiar aspectos de su identidad. Uno de esos tales instrumentos o permisos por así llamarlos de algún modo es que las poblaciones tienen derechos a cambiarse el nombre, cambiar su sexo, de nacionalidades también con el fin de que la persona se encuentre segura y protegido bajo esta ley reglamentaria. El derecho a eliminar parte de la identidad de una persona suele ser un plus para encajar y tratar de entender lo que busca la ley apoyando esto desde hace mucho tiempo.

Dicha propuesta debe conocer que los derechos de la identidad personal cambian con la evolución y envejecimiento de a la persona. Agregando una pequeña particularidad el derecho a que no se malinterprete ni se calumnie la identidad de la persona. El derecho al olvido en este caso parece encontrar una raíz en normatividad siendo este el núcleo del interés y valor siendo este una de las piezas primordiales para lograr el derecho a la identidad personal.

CONFLICTOS Y EQUILIBRIOS

Uno de los equilibrios esenciales de este derecho es el reconocer que es uno de los pocos derechos en el que se le efectúa la parte de que está bien constituida su identidad personal ya sea basada por terceros por las percepciones que ellos tienen de los demás. La idea de ser diferentes, de no ser los mismos, de aprovechar oportunidades que brinda la naturaleza y el resto de los recursos no le hace menos que nadie. Las diferencias de opiniones abundan

y solo hay que saber manejar cada opinión. El derecho a ser olvidado vive en constante presión y conflicto con el resto de los derechos pues cada uno maneja diferentes valores, objetivos e intereses.

Los intereses privados y el derecho a ser olvidado más que efectuar un conflicto deben trabajar en construir un equilibrio frente a los demás derechos, como es el caso de los intereses públicos y sociales los cuales buscan acceder a la información sobre la libertad de expresión. Este derecho abarca muchos ítems, tales como el de otorgarle al individuo un poder para controlar o corregir aquellas imágenes que proyectan de forma pública y de la cuales da oportunidad a terceros de influir o acceder a dichas informaciones o post.

EL DERECHO A SER OLVIDADO FRENTE AL DERECHO A LA MEMORIA Y LA OBJETIVIDAD

Uno de los mayores conflictos desde la década de los 90, época en el que internet empezó a surgir y en la que muchas historias pasadas comenzaron a archivarse de manera digital en una de las tantas plataformas que se había creado. Pero siempre ha sido un motivo de conflicto el de poder conservar y preservar aquella memoria colectiva e histórica frente a tanta burla que ha cuestionado su acción. Pues dichas historias pasadas han sido manipuladas por terceros con fines no muy gratos para los usuarios, mucho de ellos se ha visto afectados y ante tanta manipulación de información a las personas encargadas esta situación se le ha salido de las manos.

Un famoso escritor llamado Paul Choudhury señala lo siguiente: «todos estos datos resultarán fascinantes para los sociólogos, los arqueólogos y antropólogos que estudien los albores de la era digital. Para ellos, la vida cotidiana puede ser tan interesante como los momentos trascendentales que definen la época».

Este argumento trata de describir el pasado utilizando fuentes muy escasas pero que a partir de ellos logrando así mantenerlo vivo y sin abandonar cada una de sus historias pasadas. Eliminar parte de su información privada siempre será satisfactorio para la persona que podría ser afectada y que su buen nombre podría también ser tachado por culpa de terceros.

Ese poder que se le otorga a la persona o usuario para controlar su información y que esta no pueda ser manipulada por terceros y más cuando esta

no tiene ningún interés periodístico o alguna relevancia histórica alguno puede llegar a sonar desequilibrado. Puesto que siempre va existir un interés colectivo, un interés que va de parte a parte y se trata del hecho del propósito del derecho a ser diferentes a lo que se era mucho antes.

Cabe señalar que lo que se publica hoy en día en internet termina siendo un tatuaje indeleble, lo que muchos creían que un pasado acabaría siendo un pasado poco a poco se convierte en un presente eterno. Algo que toda la vida lo va a perseguir, nada será un simple recuerdo. Es así como el derecho al olvido debe considerar conjuntamente un equilibrio entre el derecho personal y el derecho a la identidad. El derecho a ser olvidado debe ocultar como parte de su cambio una serie de hechos y acciones pasadas que son de conocimiento público, basada en la perspectiva de la privacidad, puesto que debe tener en cuenta las implicaciones que esta tendrían.

Este derecho desarrolla y protege un interés innegable y del cual constituye a un derecho de no solo ser diferentes de los demás sino de uno mismo, para que en evolución puedan eliminar identidades viejas y así formar unas nuevas para el bien de todos y de todos aquellos que en su momento salieron afectados por manos inescrupulosas. Este derecho toma forma pues de este se desprenden muchos otros y ya suele ser un instrumento jurídico el cual ayuda a de construir y reconstruir su propia identidad.

LAS CRÍTICAS AL DERECHO AL OLVIDO

El derecho al olvido ante la proyección y resultado de la cancelación y oposición ha sido blanco de numerosas críticas. Uno de los principales argumentos es que este derecho a la protección de datos iba a reescribir una nueva historia con respecto a la situación y/o problemática y así borrar todo con respecto a la información que se otorga. El contenido suministrado por las personas que suelen ser afectadas continuamente a los terceros se les imposibilitaría acceder a ellos de manera remota o fácil.

Los críticos dejan al descubierto que las relaciones sociales se basan en la información que se tenga unos de otros, su capacidad moral que tiene cada uno de ellos y el nivel de confianza que presentan entre sí. Es por esto que la aplicación del derecho al olvido sería un obstáculo al funcionamiento de dichos canales de información. A veces hasta las personas más cercanas

tienden a utilizar esa información simplemente para perjudicar a la persona y seda más que todo por celos o envidia hacia la persona que suele ser afectada.

CONCLUSIÓN.

La globalización ha traído consigo muchos vacíos jurídicos lo que con llevada al desarrollo del derecho de las nuevas tecnologías, El reconocimiento del derecho al olvido frente a los motores de búsqueda constituye un decidido avance en el logro de una protección plena y eficaz de los derechos de las personas en el entorno a la era digital cuya implementación efectiva requerirá la colaboración de los gestores de los motores de búsqueda y las autoridades de protección de datos con el fin de establecer un marco relativamente claro y seguro para dar solución a los conflictos entre intereses privados e interés público subyacentes en la determinación del alcance del derecho al olvido.

A partir del análisis de la doctrina se lleva a cabo en este trabajo, el estudio de la normativa de protección de datos y, en particular, la obligación de eliminar de la lista de resultados los vínculos a páginas web en los motores de búsqueda que contengan datos personales inadecuados, no pertinentes o excesivos, especialmente, como consecuencia del paso del tiempo, ha habido detractores y partidarios con este nuevo concepto puesto que dicen que atenta con el derecho de libertad de expresión y no debería reconocerse como derecho al olvido sino con derecho desindexación a la de datos en las plataformas virtuales.

Se espera que después de la presentación de este trabajo de investigación, se tenga un panorama suficientemente amplio de la situación actual del derecho al olvido y el alcance de la derecho a la protección de datos personales en Colombia a partir de su aparición en Europa y su posterior evolución en España, hasta su actual reflejo en el ámbito jurídico Colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo, A. (2012). El derecho al olvido en internet como componente esencial del derecho al honor en el siglo XX. . En A. Sabaris & C. Strapazzon (Dir). *Dirieitos Fundamentais Da Pessoa Humana* , (pp. 191-219).
- Álvarez Caro, M. (2015). *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la Era digital*. España: Editorial Reus.
- Cerrillo Martínez, A. (s.f.). Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. *UOC-Huygens*, p. 391-406.
- Corte constitucional. (2014). *sentencia T-020*. Bogota, Colombia: M.P MENDOZA MARTELO GABRIEL EDUARDO .

- Corte Constitucional. (2015). *Setencia T-277*. Bogotá: M.P.MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.
- Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa . (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogota, Colombia .
- Herederó, M. (mayo 2012,). Web 2.0: Afectación de derechos en los nuevos desarrollos de la web corporativa. En Revista Cuadernos Red de Cátedras Telefónica, (Número 6), (págs. pp. 1-40.). Madrid: Fundación Telefónica.
- Llaneza, P. ,. (septiembre de 2010). Derechos fundamentales e Internet. Revista Cuadernos de comunicación e innovación, (Número 85). pp. 54-57.
- Martínez, R. (junio 2013,). ¿Quién debería olvidarnos en Internet? *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, (Número 864),pp. 1-3., Pamplona: Arazandi.
- Miguel Asensio, P. A. (2015). *Derecho privado en Internet, Estudios y comentarios legislativos*. Madrid: Civitas.
- Minero, G. (junio de 2014). A vueltas con el Derecho al olvido: Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital. . *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Número 30), pp.129-155.
- Pica F, R. (2016). EL DERECHO FUNDAMENTAL AL OLVIDO EN LA WEB Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO. *Comentario a la sentencia de protección Rol N0 22243-2015 de la Corte Suprema. Estudios constitucionales*, , 309-318. .
- Platero Alcón, A. (2016). El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda. *Revista Opinión Jurídica*, 15(29), 243-260.

Para citar este artículo:

De la Vega Avendaño, L. C. y Novoa Arzuaga, K. J. (2018). La protección de datos personales en Colombia. *Vis Iuris*, 4(7), 38-49.

Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la Atmósfera

Environmental responsibility in companies that affect the atmosphere

Gabriela Aguilar Galvis¹ - Adriana Lucía Banquet Suárez² - Adolfo M. Falquez O'Byrne³

RECIBIDO: 13-05-16

ACEPTADO: 17-06-16

PUBLICADO: 09-01-17

RESUMEN

Esta investigación busca desarrollar la responsabilidad ambiental que experimentan las empresas emisoras de GEI a la atmósfera, también, explicar cómo el Estado puede intervenir en estas empresas por medio de normas imperativas que las vinculen a la construcción de áreas verdes para garantizar los derechos ambientales y desarrollo sostenible. La áreas verdes no solo mitigan los daños del cambio climático, sino que ayuda a la adaptación y resiliencia del mismo, pilares de protección medioambiental contemporánea; por otro lado, la industria es uno de los mayores contribuyentes al cambio climático y por las condiciones deplorables que hoy se presentan a causa de esto parece ser imperativo que las empresas contribuyan en igual proporción a la mitigación, adaptación y resiliencia del cambio-climático.

Palabras clave: Medio ambiente, Responsabilidad Ambiental, Responsabilidad empresarial, áreas verdes, atmósfera.

ABSTRACT

This research seeks to develop the environmental responsibility experienced by the companies that emit GHGs to the atmosphere, as well as to explain how the State can intervene in such companies through imperative norms that link them to the construction of green areas for environmental guarantee and sustainable development. Greens in the soil mitigate the damages of the climatic climate, the bell that helps the adaptation and resilience of the same, pillars of contemporary environmental protection; On the other hand, industry is one of the major contributions to climate change and the deplorable conditions that today are a cause of appearance it seems imperative that companies contribute in the same proportion to the mitigation, adaptation and resilience of climate-change.

Keywords: Environment, Environmental Responsibility, Corporate responsibility, green areas, atmosphere.

¹ Estudiante Tercer semestre de pregrado de Derecho en la Universidad del Norte. Ponente de la investigación sobre: Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la atmósfera. gabrielaaguilar@uninorte.edu.co

² Estudiante Tercer semestre de pregrado de Derecho en la Universidad del Norte. Ponente principal de la investigación sobre: Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la atmósfera. abanquet@uninorte.edu.co; 3016818209

³ Estudiante Cuarto semestre de pregrado de Derecho en la Universidad del Norte. Ponente de la investigación sobre: Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la atmósfera amfalquez@uninorte.edu.co:200082719

1. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El cambio climático genera preocupación en todas las personas por la supervivencia del planeta más allá de nuestra propia existencia, en aras a procurar un futuro sostenible para nuestros descendientes.

A partir de finales del siglo XIX, los climatólogos han observado un cambio en el clima que sencillamente no corresponde a pequeñas influencias naturales del pasado a lo largo del tiempo conocido como el calentamiento global, de manera creciente y apresurada se convierte en el más rápido del que se haya tenido constancia antes (Conciencia Eco, 2015).

Como resulta ser típico de los seres humanos, la sociedad de aquella época se tornó escéptica ya que nadie creería tener la responsabilidad de lo que ocurriera con la atmósfera, así como nadie en la modernidad creería que el cambio climático es un mito pero ahí se tiene el caso del recién presidente de los Estados Unidos, Donald Trump y impactante salto hacia atrás en materia ambiental (Catorce6, Edición 58, 2017). En aquel momento se puso en duda absoluta el riesgo que corría el planeta y más aún las aparentes causas del incremento de variables climática, como la reconocida era industrial, incluso antes del detonante que dio lugar a la revolución industrial, a principios del siglo XVIII con la invención de las máquinas a vapor y demás modelos de industria que empezaban a surgir en la época antes de finales del siglo XVIII cuando se da la revolución, otra variable de gran incidencia es negar el descubrimiento de lo que se denominó como efecto invernadero a principio del siglo XIX, así como la sobrepoblación a la que se enfrenta el planeta con el paso del tiempo (Conciencia Eco, 2015).

Solo son unos cuantos factores entre muchos más que a lo largo de la historia hemos ignorado pensando en que nosotros no nos veremos en riesgo por tales cambios, “entre más calor, más aires acondicionados vendo” dirán algunos con tal de sacar provecho de las circunstancias de deterioro del planeta, las empresas dirán “necesitamos incrementar la industria para bajar los factores de producción y aumentar la productividad” sin tener en cuenta el asesinato despiadado y cruelmente lento que tarde o temprano cobraría créditos.

Tres siglos haciendo daños a quien nos ha provisto de las herramientas para nuestro desarrollo, tres siglos en que solo unos pocos han abierto los ojos, tres siglos en que la sociedad mundial fue negligente acerca de la seriedad

y el daño que causan los gases de efecto invernadero en la atmósfera y las repercusiones que esto podía tener en el planeta y la sobrevivencia digna de la especie humana, pero de igual forma, tres siglos en el que por fin parece haber hecho eco las palabras de los insistentes ecologistas y su afán por evitar que cabemos un hueco más grande en el que podemos caer a ojos cerrados, cada vez son más las personas y los Estados interesadas en la protección ambiental, lamentablemente esto no es precisamente por su conciencia ecológica, sino porque ya es un hecho innegable que cada vez cobra más vidas y deja sin hogares e incluso familias a muchas personas a lo largo y ancho del planeta, me refiero a los efectos de estos cambios climáticos, temperaturas tan elevadas que hace imposible habitar la zona, fenómenos naturales (NCYT, 2011), tierras cada vez más áridas que despojan a los campesinos de la actividad económica que los sustenta, glaciares enteros derretidos (Centro de Noticias ONU, 2017), osos polares ahogados por no hallar hielo resistente para salir a flote, charcos grandes donde antes habían mares, los tornados más grandes de la historia provocados todos por el calentamiento global (Guggenheim, 2006).

Hoy en día resulta penoso de aceptar que tuvimos que esperar a que el planeta nos diera su mejor golpe para entender la importancia de no abusar de las herramientas o recursos que nos ofrece la naturaleza para reconocer la seriedad de los daños ocasionados en el ambiente y la completa influencia de la mano directa o indirecta del hombre en ello, así como la necesidad de proteger a este.

Por ejemplo, en Colombia se han tomado medidas normativas para la protección ambiental a partir de los años pero esta podría decirse que sólo se adoptaron por intereses económicos que se seguían de ser un país en aras al cumplimiento de los objetivos del milenio. Esto fue así hasta 2015 cuando el presidente de Colombia Juan Manuel Santos, influenciado por los desastres actuales conocidos como el fenómeno de la niña, decide adoptar medidas positivas para la mitigación, resiliencia y adaptación del cambio climático, invocó la Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático (2015), donde se trata el Inventario Nacional de Gases Efecto Invernadero 1990 - 2012 y la Guía para incluir la Variable Cambio Climático en Proyectos, Obras o Actividades Nuevas (Minambiente, 2015).

Otros eventos que han sido determinantes en la historia del cambio climático y positivización en materia del mismo es en 1972 con la declaración de Estocolmo cual fue la primera conferencia de las Naciones Unidas – ONU – sobre el medio ambiente aunque el cambio climático apenas y se registra en la declaración. De esta nace el Programa de las Naciones Unidas – PNUMA – (DEMAH, 1972). Además en 1987 con el Protocolo de Montreal se acordó, la restricción de los productos químicos que dañan la capa de ozono. Aunque no se ha establecido con el cambio climático en la mente este va a ser de gran importancia en materia de protección medioambiental (Protocolo Monterreal, 1987). También en 1988 la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) crean el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC).

Sin duda es cada vez más importante hablar de derechos ambientales, se puede hablar hoy de la relación que tienen los Derechos Ambientales con los Derechos Humanos que todos conocemos. Si se plantea el escenario de lo que se conoce el Derecho Humano a la vida, a la vida digna, considerados en materia de derechos ambientales, se podría decir que no se puede tener una vida digna si no están garantizados los Derechos ambientales por razones obvias, no es posible imaginar la vida sin agua sana, la vida digna bajo temperaturas deplorables, la vida digna sin aire limpio para respirar, etc. Podría verse de igual forma derechos esenciales del desarrollo sostenible como la salud, la educación y otros que no pueden entenderse sin relación con los derechos ambientales.

Además, es un principio de un Estado Social Constitucional de Derecho garantizar la protección de los Derechos Humanos como el derecho a la vida digna antes dicho, por ello se debe entender que el Estado está en la obligación no solo de regular sino también de sancionar las acciones que vayan en contra de los derechos humanos ambientales que sin duda se ven vulnerados por el cambio climático y los efectos del mismo productos todos de la mano del hombre.

Colombia por su parte es uno de los países que menos contribuye a las emisiones de gases efecto invernadero que causan el cambio climático, “la región de América Latina y el Caribe contribuyeron en 2010 con 3.257 millones de toneladas métricas de dióxido de carbono equivalente, representando el 8% de las emisiones totales de GEI globales” (Heres del Valle, 2015) sin

embargo ha sido de los más afectados por el cambio climático, vale recordar los daños causados a la población y al territorio colombiano con el fenómeno del niño y el fenómeno de la niña (NCYT, 2011).

Si queremos cambiarlo todo, debemos cambiar todos. No se puede partir de la idea que hay un culpable o responsable de este cambio climático porque este es un problema complejo que tiene cadena de responsabilidad compleja y como tal hay que tratarlo, por eso “que el Presidente Santos no haya incorporado a su gabinete del posconflicto al Ministro de Ambiente, es reflejo de la falta de grandeza con la que ven la paz” (Catorce6, 2017) y adicionalmente la falta de grandeza y complejidad con la que ven el cambio climático.

Ahora, si bien es cierto que todos aportamos a los cambios climatológicos y a las emisiones de GEI, también lo es que las empresas industriales son uno de sus mayores contribuyentes con el 21% de GEI que afectan a la atmósfera. Por esto el interés del presente proyecto es con respecto a la responsabilidad positiva que tienen estas empresas ante la protección de derechos ambientales y si es posible implementar sanciones que permitan compensar el daño que causan a la atmósfera

Por otro lado, ya que las empresas son un componente importante como parte del desarrollo sostenible y por eso no resulta coherente extraerlo de la sociedad, un posible instrumento de protección de los Derechos Ambientales sería la construcción de áreas verdes que mitiguen los efectos de GEI. Las áreas verdes proporcionan beneficios que no solo contribuyen a la mitigación del cambio climático, sino que también son una herramienta que facilita la adaptabilidad y resiliencia a este, ya que a medida que hay más áreas verdes dentro de las zonas urbanísticas el aire y la atmósfera se limpian, causando beneficios a corto y a largo plazo respectivamente. Es aquí donde cobra importancia la posibilidad del Estado de intervenir en la autonomía de las empresas para implementar la construcción de áreas verdes como norma imperativas que vinculen a estas empresas para garantizar los derechos ambientales y entre otras cosas conseguir los objetivos del milenio 2016-2030 (ONU, 2015).

Uno de los acuerdos actuales más importante en materia de derechos ambientales es el acuerdo de París sobre el cambio climático (2015), que por cierto Colombia aún no ratifica y tampoco establece alternativa de desarrollo

ambiental que logren suplir el acuerdo, otros como UE aún no han armonizado el acuerdo uniformemente, por lo que nace podría verse una opción viable la construcción de áreas verdes para la mitigación, adaptación y resiliencia de los individuos a el cambio climático garantizado esto por los Estados.

En conclusión, la responsabilidad de compensar proporcionalmente el daño causado a la atmósfera es de todos los individuos, colectividades y Estados, entre estos, las empresas tienen la responsabilidad de resarcir esos daños y el Estado de garantizarlo mediante la positivización imperativa de construcción de áreas verdes.

2. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

Esta investigación es desarrollada en un modelo binario entre teoría y práctica, es decir de tipo **sociojurídico** dado que se acerca a la realidad social y busca dar respuestas en el Derecho a problemas sociales como lo es sin duda el cambio climático y la presunta responsabilidad de las empresas de compensar el daño causado a la atmósfera por medio de la construcción de áreas verdes. Además, según su propósito, esta investigación es de tipo **aplicada** ya que va dirigida a la solución de un problema práctico, el cambio climático, y específicos, la responsabilidad de las empresas industriales de compensar el daño mediante la construcción de áreas verdes, en el campo del Derecho y la vinculatoriedad de sus normas positivas. En general, esta es una investigación **histórica y protectiva**, porque analiza los elementos del pasado que dan lugar a la situación climática del presente y además promete una manifestación en el futuro. **Comparativa**, porque busca comparar instituciones jurídicas como lo son la autonomía de las empresas o el derecho a hacer empresa y los derechos ambientales que debe garantizar el Estado. **Descriptiva**, porque reseña rasgos de normas jurídicas en materia de protección ambiental. **Propositiva**, porque alude a una propuesta que no ha sido implementada como instrumento de protección medioambiental imperativa para las empresas industriales que dañan a la atmósfera. **Documental**, porque se requiere el análisis de artículos normativos y ambientales para establecer el beneficio de la construcción de áreas verdes a nivel individual, colectivo y Estatal. Por último es una investigación **jurídico doctrinal** porque conlleva a un análisis de la doctrina positiva en materia ambiental y el derecho a hacer empresa.

2.2. Enfoque

Esta investigación tiene un enfoque **cualitativo** dado su carácter interactivo, que utiliza la recolección de datos no numéricos con un orden explicativo y un análisis riguroso de las investigaciones y normatividades que referencian los derechos medioambientales, además de ser holístico.

2.3. Técnicas y herramientas

Las técnicas y herramientas a utilizar en esta investigación son las propias de un enfoque cualitativo, es decir, la **entrevista** a expertos en materia ambiental y/o jurídica, con la finalidad de obtener información importante y útil para responder los objetivos **2, 3, 4 y 5**, esta entrevista será triangulada, la entrevista será de tipo semiestructurada y sus preguntas serán abiertas, o sea, que será flexible tanto en formato como en orden de realización con un banco de preguntas preparados previamente y posibilidad de explicación amplia. Y el **análisis documental** de disposiciones normativas y jurisprudenciales en materia de limitación a la libertad de hacer empresa y la protección medioambiental

2.4. Fuentes

Las fuentes a manejar en el desarrollo de esta investigación es tanto **fuentes primarias** ya que son derivadas de entrevistas y la triangulación de las mismas y su resultado no es posible sino hasta finalizada la investigación, como **fuentes secundaria** que es el análisis documental de disposiciones jurisprudenciales y normativas porque estas ofrecen información sobre protección medio ambiental así como derechos empresariales en donde se concluye sobre observaciones realizadas primeramente por otros como científicos en materia del cambio climático y operadores jurídicos como la Corte o el Congreso mediante las leyes a observar.

2.5. Delimitación espacial, material y temporal

Esta investigación está encuadrada al territorio colombiano, haciendo la salvedad de que al referirse a un tema mundial, el cambio climático, será necesario expandir el análisis documental a territorio internacional, o cuando se entable específicamente ejemplos, entonces se limitará a secciones locales como Barranquilla dado la diversidad de regulaciones en materia ambiental adoptadas regionalmente en Colombia. Además, teniendo en cuenta que esta es una investigación histórica, vale referirse a hechos pasados, situaciones presente y predicciones futuras acerca de cómo fue, es y debe ser la regulación

positiva para la protección del medio ambiente. Por último, los temas a tratar en el desarrollo de la investigación es el cambio climático, limitado a la emisión de GEI, estadísticas de los contribuyentes, etc, además de normas y jurisprudencia referente a la protección del medio ambiente, la libertad de hacer empresa, el desarrollo sostenible, y por último documentos en tema de construcción de áreas verdes, beneficios y requisitos de construcción.

2.6. Validación

La entrevista como fuente primaria y el análisis documental serán sometidos a una crítica interna donde se determina la autenticidad de los documentos utilizados por un tercero profesional, es decir, se valida la información, y un crítica externa donde se examina las posibles limitaciones de los autores de los documentos, es decir, la imparcialidad del autor considerado como autoridad.

3. PREGUNTA PROBLEMA

Esta ponencia va orientada a responder a la siguiente pregunta problema:

¿Cómo puede intervenir el Estado para lograr que las empresas contaminantes compensen el daño realizado al medio ambiente por medio de áreas verdes?

Subpreguntas

1. ¿Cómo pueden ayudar las empresas a la disminución de emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera?
2. ¿Cuáles son los estándares nacionales mínimos exigidos para construcción áreas verdes en Colombia?
3. ¿Cuál es el alcance de la regulación el Estado la protección del medio ambiente?
4. ¿Cómo sanciona el Estado a las empresas que afectan el medio ambiente?

4. OBJETIVOS

Objetivo general

Explicar cómo puede intervenir el Estado para lograr que las empresas contaminantes compensen el daño realizado al medio ambiente por medio de áreas verdes

Objetivos específicos

- Analizar cómo pueden ayudar las empresas a la disminución de emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera
- Explicar los estándares nacionales mínimos exigidos para construcción áreas verdes en Colombia
- Analizar el alcance de las regulaciones del Estado para la protección del medio ambiente
- Analizar las sanciones del Estado a las empresas que afectan el medio ambiente

5. JUSTIFICACIÓN

Sin duda alguna el medio ambiente nos pertenece a todos y por tanto nos subyace la responsabilidad de protegerlo.

Primero se debe recordar que a lo largo de la historia los climatólogos han podido establecer estándares de predicción en base a las estadísticas climáticas que se presentan en cada época, últimamente estas predicciones no son favorables para la vida futura del planeta mismo, el llamado el efecto invernadero, más concretamente las emisiones de gases efecto invernadero a la atmósfera, no permite la oxigenación correcta del planeta (Guggenheim, 2006).

Para iniciar, este proyecto es de interés llamativo para la sociedad porque se define cuáles son los gases que dañan al medio ambiente y causan el cambio climático lo cual tiene una relación directamente con la sociedad, ella es la que sufre las consecuencias, en ella en principio nacen las causas mismas del detrimento de la atmósfera y es de resaltar que en ella subyace la habilidad para revertir o compensar un poco los daños causados.

Sirve para examinar la posible intervención del Estado para lograr que las empresas contaminantes compensen el daño realizado al medio ambiente por medio de áreas verdes.

Ahora bien, aunque son pocas las palabras para mencionar el sin número de eventos humanos que afectan el medio ambiente y su vez la atmósfera, es correcto señalar a las empresas industriales más influyentes en este proceso degenerativo en el territorio colombiano, por lo tanto resulta necesario que los mayores contaminantes, que generan el agotamiento de la atmósfera

sean a su vez los mayores contribuyentes para su reparación, y es entonces, deber del Estado regular, coordinar y gestionar el cumplimiento de dicha contribución.

Es importante para el sistema de Derecho o un ordenamiento jurídico, específicamente el colombiano, atender a este problema social, meteorológico, científico y demás sistemas sociales, porque en él se enuncian regulaciones, garantías y sanciones que otorgan la validez jurídica e imponen el cumplimiento idóneo de ellas.

En fin, este proyecto es de amplio interés porque propone esto precisamente, ya que por medio de zonas verdes las empresas podrán compensar satisfactoriamente el daño que le han causado a la atmósfera, y para conseguirlo debe intervenir el Estado, bien sea por coacción o llegando a un punto medio de convención entre Estado y empresas, que lo garantice de forma idónea y así asegurar un planeta sano para nuestro futuro y el de los demás.

6.1. MARCO CONCEPTUAL**6.1. Responsabilidad**

La responsabilidad es para Luis Botero e Iván Bohorquez una “situación de una acción u omisión ilícitas, que consiste en el deber de reparar el daño causado” (Bohorquez, 2001). Por su parte, Eduardo Rozo Acuña la define como “deber de responder por los efectos perjudiciales que se desprenden de las acciones u omisiones, sometiéndose a las sanciones relativas” (Roza, 1986). Para la Real Academia de la lengua española responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal (RAE, 2014). Por último, Juan Bautista Tealdi el cual la define como obligación de reparar o satisfacer de una culpa u otra obligación legal (Bautista, 2002). Ahora bien, de las definiciones antes dichas podemos concluir que la responsabilidad es la obligación de resarcir que surge cuando hay una acción u omisión ilícita la cual daña a una persona o su patrimonio, y si se parte de la afirmación de que el ambiente es de todos, entonces también la responsabilidad de cuidarlo.

6.2. Medio ambiente

El medio ambiente es para Lex Nova “una Fuente de recursos un soporte de actividades y un receptor de efluentes”. (Nova, 2008). Según la Real Academia

de la lengua Española el medio ambiente “es un conjunto de circunstancias sociales, económicas, culturales y físicas que rodean al ser humano” (Rae, 2014), a diferencia de estos autores Para la norma ISO 14001 el medio ambiente es “un Entorno en el cual una organización opera incluyendo acuáticas, terrestres y humanas.” (Nova, 2008). Por otra parte Jose Yesid Moreno Guerrero dice que “es el agrupamiento de condiciones, leyes influencias e interacciones de orden físico, químico o biológico que permiten, albergan y regulan la vida en todas sus formas” (Moreno, 2006).

En conclusión podemos inferir que el medio ambiente es un agrupamiento de circunstancias e interacciones que albergan la vida y todas sus formas

6.3. Área verde

Según el criterio de La Comisión Nacional de Medio Ambiente área verde son “los espacios urbanos, o de periferia a éstos, predominantemente ocupados con árboles, arbustos o plantas, que pueden tener diferentes usos”. (CNMA, 1998). Juan Carlos Rico la define como “un área dentro de una planificación general” (Rico, 2004). Archivos de arquitectura antillana sostiene que área verde es “un espacio sembrado de vegetación que ocupa un espacio específico” (Antillana, 2003). Para la página inversión azul áreas verdes son “espacios ocupados principalmente por árboles, arbustos o plantas y esos espacios pueden tener distintos usos, esparcimiento, recreación, ecología, protección, rehabilitación del entorno, paisajismo, etc.” (IA, sf).

Por tanto en concordancia con las definiciones recopiladas podemos concluir que área verde es un área o espacio urbano sembrado con vegetación y ocupado de esta, con fines diversos entre los que se encuentran protección ecológica y rehabilitación del entorno.

6.4. Atmósfera

Según Armando Aguilar es “una mezcla de gases en donde se encuentran suspendidas cantidades variables de partículas de materia sólida y líquida que envuelven la tierra” (Aguilar, sf). Por su parte la Real academia de la lengua española define atmósfera como “una Capa gaseosa que rodea la tierra y otros cuerpos celestes” (RAE, 2014). En sus términos Cecilia Morales define atmósfera como “una envoltura gaseosa que rodea a la tierra” (Morales, 1990). A diferencia de los mencionados Camilo Sanín la define como “una Capa de aire que rodea el planeta” (Sanín, 200).

Por lo tanto tomando en cuenta las definiciones proporcionadas anteriormente se puede concluir que atmósfera es una envoltura gaseosa conformada por distintas partículas que rodea la tierra y otros cuerpos celestes.

6.5. Compensación

Jeremy Bentham define compensación como “un Acto de satisfacción pecuniaria” (Bentham, 1858). Según Modestio la compensación es “una junta o mezcla de deuda y crédito a fin de que cesen las obligaciones que haya en una y otra parte” (Modestio, 1853). Por su parte la real academia de la lengua española la compensación es “dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado” (RAE, 2014). Finalmente el proyecto de Código Civil argentino la compensación es “la extinción de dos obligaciones recíprocas que se pagan la una por la otra hasta la concurrencia de sus cantidades respectivas entre personas que son deudores la una hacia la otra”. (PCCA, 1865).

Por lo que en consideración de las definiciones anteriores podemos inferir que compensación puede ser entendida como es un acto de satisfacción pecuniaria en la que se resarce un daño causado a alguien.

6.6. Efecto invernadero

El efecto invernadero ha sido definido por Margarita Caballero el efecto invernadero como un mecanismo para que exista vida en nuestro planeta” (Caballero, 2007). Rafael Pla lo define como “el fenómeno por el cual ciertos gases que son parte de la superficie planetaria retienen parte de la energía que esta emite al haber sido calentada por la radiación estelar.” (Pla, 2014). Según Cambio Climático global el efecto invernadero es “una discrepancia de temperatura cuya razón es que la atmósfera es casi transparente a la radiación de onda corta, pero absorbe la mayor parte de la radiación de onda larga (calor) emitida por la superficie terrestre.” (CCG, sf).

Según Proyecto Giraverde el efecto invernadero es “una concentración de gases que se encuentran en la atmosfera” (PG, 2014).

En conclusión se puede definir al efecto invernadero como una concentración de gases recibidos por la superficie de la tierra los cuales rebotan hacia la atmósfera.

6.7. Cambio climático

Según Margarita Caballero el cambio climático son “todas las variaciones del clima que han ocurrido durante la historia del planeta y que están asociadas como cambios en la actividad solar, en la circulación oceánica, en la actividad geológica y en la composición de la atmósfera.” (Caballero, 2007). Para CMCC el cambio climático es definido como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a actividades humanas las cuales alteran la composición de la atmósfera mundial.” (CMCC, 2009). Por otro lado Perú compendio histórico lo define como “una modificación identificable y persistente del estado del clima por variabilidad natural o actividad humana.” (PC, 2008). Por último la Revista Médica llama cambio climático a “la modificación del clima con respecto al historial climático a una escala global o regional.” (RM, 2010).

Por lo tanto el cambio climático se define como una variación del clima en lapsos, atribuido a las actividades humanas o sucesos naturales.

6.8. Garantía Constitucional

La página de conceptos define garantía constitucional como “los medios que la ley dispone para proteger los derechos de las personas, pues su simple declaración, sin los correspondientes remedios previstos para el caso de violación.” (DC, sf). Desde el punto de vista de la página Enciclopedia jurídica una garantía constitucional es definida como “un Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen.” (EJ, sf). Por otro lado Fernando Flores García expresa que debe ser entendido por garantía constitucional “el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política” (Flores, 2008). Por último la Constitución política de Perú las garantías constitucionales son “los derechos de las personas establecidas en la constitución de cada país. Como son constitucionales no hay leyes, decretos ni resoluciones que puedan atentar contra ellos.” (CCP, sf)

En conclusión y recopilando las definiciones dadas anteriormente puede definirse a las garantías constitucionales como los instrumentos para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

6.9. Estado Constitucional

Ruiz orejuela define el Estado Constitucional como “una forma contemporánea de manifestación del estado de derecho” (Orejuela, 2015). Para Anselmo Henrique Cordeiro el Estado Constitucional es “un estado que se institucionaliza por medio de una Constitución” (Cordeiro, 2015). Por otro lado Perfecto Andrés Ibáñez el Estado Constitucional es “aquel estado dotado de constitución (Ibáñez, 2005).” Finalmente Gabriel Arguelles el Estado Constitucional es “una forma de organización del poder político y la Constitución como su instrumento de articulación” (Arguelles, 1999)

En conclusión podemos inferir que el estado constitucional puede ser definido como un estado que organiza el poder público por medio de la existencia de una constitución.

6.10. Responsabilidad directa

Según Luis Alfredo y Jorge Iván Bohorquez Botero la responsabilidad directa “se da cuando alguien es llamado por ley a responder frente a secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas bajo su cuidado o quienes en situación de dependencia recibe recurso empresarial.” el Blog de Teoría del Derecho se define “cuando una persona comete un acto antijurídico y se le impone una sanción (BTD, sf).” Según la página todo sobre derecho la responsabilidad directa “es la que se impone a la persona causante del daño y, es siempre, una responsabilidad por hechos propios (TSD, sf).”

En conclusión la responsabilidad directa puede ser definida como la responsabilidad que se le impone a una persona por hechos propios

6.11. Responsabilidad indirecta

Según el blog de teoría del derecho “es responsable indirectamente cuando es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero (BTD, sf). Por su parte la página Todo sobre Derecho la responsabilidad indirecta “se produce si se obliga al resarcimiento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañosa, y es por hechos ajenos. (TD, sf)” Por último Alberto Pérez Dayán expresa que la responsabilidad indirecta “es cuando se exige a una persona física o moralmente por daño ajeno (Dayán, 2008)”

Por lo tanto en congruencia con las definiciones anteriores la responsabilidad indirecta puede ser definida como cuando se obliga a una persona por un hecho ajeno o de un tercero.

7. ANÁLISIS DOCUMENTAL Y CONCLUSIONES PRELIMINARES.

El criterio de organización de nuestro análisis es el que se puede evidenciar desde el principio del proyecto, es temática, partiendo de las investigaciones relevantes referentes al medio ambiente y a la protección del mismo y finalizando con las disposiciones legales que amparan el derecho ambiental y bajo el cual se puede determinar la responsabilidad que se imparte a las empresas en materia ambiental por las emisiones de gases dañinos que atentan contra la capa de ozono.

a. Medio ambiente y las empresas.

Las empresas son grandes generadoras de empleo llevando así a grandes ganancias económicas alrededor del mundo, no se puede dejar de lado el rol que estas tienen con el medio ambiente y la gran responsabilidad social que estas deben estar obligadas a cumplir, estas deben consideración como con la vida del ser humano, como con el medio ambiente que nos rodea, pero se da todo lo contrario o no se ve una ayuda realmente porque a lo largo de estos últimos años las empresas cada vez más le hacen daño a nuestro medio ambiente, con las materias primas que esta usa y la intensidad con la que estas (las empresas) las usan, también generan mucho ruido, haciendo así que se genere contaminación auditiva y una de los daños más influyentes en la tierra es la emisión CO₂ y demás gases dañinos hacia la atmósfera, lo cuales generan grandes impactos que son notables en los cambios climáticos que podemos lograr ver en la actualidad, los cuales nos afectan en diferentes ámbitos de nuestra vida. Estas (las empresas) deben hacerse cargo brindar una especie de equilibrio a la atmósfera y al medio ambiente por la emisión de gases dañinos como el CO₂ que estas emiten, para que así se dé disminución de estos gases para que así no nos afecte el efecto invernadero y los cambios climáticos y ¿cómo lograr la disminución de CO₂ por parte de las empresas? Estas deben pasar un informe donde debe fijar una de CO₂ en objetivo de reducción. Debe tener objetivos claros y los años de referencia de destino y el gobierno debe proponerse un acuerdo en objetivos claros de reducción a medio y a largo plazo, para así proporcionar un marco para las empresas a establecer los objetivos previstos. (Martón., 2009)

b. ¿Cómo pueden ayudar las empresas al medio ambiente y la disminución de emisión de gases dañinos en la atmósfera?

Las empresas pueden hacer grandes cambios notorios en el cambio climático a través de la ayuda que estas les pueden brindar a el medio ambiente incluyendo a la atmósfera implementando ciertas medidas, por ejemplo: implementar medidas correctoras que ayuden a lo no generación de gases dañinos y demás problemas que afecta el medio ambiente, deben realizar un control de los gases dañinos que estos emiten para así poder reducirlos, además que el personal de cada empresa ayude a velar a que estas medidas de verdad se implementen y deben estudiar posibles soluciones que están dispuestas a la protección del medio ambiente como: las empresas pueden tomar una medida de implementar edificios verdes los cuales están contruidos para reducir el gran impacto ambiental, tomando ciertas medidas en todo el edificio para así poder ayudar en contra del impacto ambiental a través de este edificio (Villa, 2009). Otra forma que pueden tomar las empresas para ayudar al medio ambiente y a la disminución de emisión de gases dañinos es que cada empresa adopte un sistema de parques empresariales especializados en logística inversa los cuales se ponen en lugares estratégicos para así lograr un cambio en el medio ambiente, logrando una disminución en los gases dañinos que tanto nos afectan, aparte de minimizar los costos de cada unan de estas empresas, la logística inversa busca tener una buena relación con el medio ambiente y a partir de estas crear normas referentes al medio ambiente para así poder crear una normativa más amplia y que se puedan establecer sanciones para que se pueda proteger este medio que nos abarca a todos los ciudadanos. (Manuel Monterrey, Meana Paolo Priore Moreno, Isabel Fernandez, 2012). Alternativas abundan para las empresas para lograr hacer un cambio en el medio ambiente y el disminucion de gases dañinos en la atmósfera, una de estas es la implementacion de arboles urabanos alrededor de la empresa, los cuales se ponen en lugares especificos para asi lograr una disminucion de gases, esto ademas puede hacer el lugar empresarial mas agradable y poder salir de la monotonía del trabajo. (David J. Nowak, Gina Childs, John F. Dwayner, 1997). Otra manera de lograr hacer cambio en el medio ambiente es la planificación de zonas verdes alrededor de la ciudad, acercando al ciudadano de una manera armoniosa a la naturaleza, donde estos (los ciudadanos) tienen que hacer un gran uso de esta cuidándolo, la idea principal de crear zonas verdes es corregir la contaminación mediante el control del nivel de contaminación química y sonora tomando medidas

correctoras, tanto a nivel técnico como coercitivo. Así se protegería la ciudad y su entorno natural de cualquier agente contaminante (industrias, centrales, nucleares, focos de ruido excesivo). Pero se debe tener en cuenta las leyes y una base jurídica para lograr tener una grata implementación de estos y llegar a hacer un cambio en el medio ambiente disminuyendo los gases en el medio ambiente. (Palomo, sf)

c. Protección del medio ambiente en Colombia.

La idea al mostrar las medidas que Colombia ha hecho a lo largo de los años para la protección del medio ambiente la tomamos para que a las empresas tomen solidaridad y responsabilidad frente al medio ambiente, ya que ellas tienen gran responsabilidad con este, también se quiere para que las empresas no se tomen a la ligera la protección del medio ambiente y que verdaderamente lleven sanciones las empresas que no sigan lo estipulado, para que no se dé más contaminación en el medio ambiente y la atmósfera con la emisión de gases dañinos.

Las disposiciones normativas a analizar en el desarrollo de nuestra investigación son las siguientes, teniendo en cuenta un criterio de organización de lo general a lo particular, entendido así como general a las normas nacionales e internacionales que velan la protección del medio ambiente y por otro lado las que regulan la intervención del Estado en materia de limitación del derecho a hacer empresa. Pasando ahora a lo particular en el sentido de que los derechos ambientales entran en controversia con el derecho a hacer empresa y situándolo a normas vinculantes para el Estado colombiano.

El cambio climático es tema mundial, su interés se puede evidenciar en los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU 2016-2030, y como tal ha tenido diversas regulaciones en países que pretenden subsumir al Estado en la obligación de proteger al medio ambiente y tomar medidas que faciliten este objetivo. El **acuerdo de París** es un ejemplo reciente con 187 signatarios a este acuerdo, en el se tratan de manera expresa los derechos ambientales y la obligación de los estados de garantizar la mitigación, resiliencia y adaptación al los efectos del cambio climático (Acuerdo de París, 2015). Colombia por su parte, aún no ha ratificado el acuerdo de París y tampoco ha adoptado medidas nacionales que traten de manera cabal los campos abarcados en el acuerdo.

Por otro lado, el **protocolo de Kioto** si está ratificado por Colombia, mediante la **ley 629 de 2000**, junto con otros 36 países y la UE que se suman a la lucha de los derechos ambientales, enfocados a la disminución de la emisiones de GEI por parte de los países suscritos (PK, 1998). Con los mismos principios que la **Convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático** pero vale aclarar que solo tiene carácter exhortativo (CMNUCC, 1992), de igual manera ratificada por Colombia mediante la **ley 164 de 1995**. Estas normas le suman importancia a esta investigación porque trata a los contribuyente objeto de estudio de la misma, es decir, a las industrias.

Otros avances nacionales en materia de derechos ambientales en Colombia son la **ley 1450 de 2011**, que se refiere al Plan de desarrollo de 2010-2014. **CONPES 3700** son estrategias institucionales para la articulación de políticas y acciones en materia de cambio climático en Colombia. **Ley 1523 de 2012** política nacional de gestión del riesgo de desastre y se establece el Sistema Nacional de Gestión de Riesgos de Desastres. En 2015 se invoca la **Tercera Comunicación Nacional del Cambio Climático, Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero** (1990-2012), la **Guía para incluir la variable Cambio Climático en Proyectos, Obras o Actividades Nuevas**.

En materia del reconocimiento y protección medioambiental en lineamientos generales de la Constitución y resaltando que esta es norma de normas, se encuentran los artículos Constitucionales siguientes: **artículo 8**, en el que se establece la obligación tanto estatal como individual de proteger las riquezas naturales de la Nación, además se puede entender en un sentido interpretativo de esta norma que el legislador se refiere en ella tanto a personas naturales como a personas jurídicas ya que como se ha reiterado de varias formas, el ambiente es un temas que nos afecta a todos.

Artículo 58, integra la función ecológica como inherente a la propiedad como función social y por tanto se entiende que esta última no puede desconocer derechos ambiental o ecológicos ni atentar directa o indirectamente contra los recursos naturales de la Nación, a la vez, este artículo cobra gran importancia en esta investigación porque impone el interés general sobre el particular así como la posibilidad del Estado de intervenir para garantizar este interés general. Parece verse aquí la base principal sobre la que se puede justificar la limitación del derecho a la libertad de hacer empresas que tienen

los particulares en aras a la protección de los derechos ambientales entendidos estos como parte de un interés innegablemente general.

Artículo 79, en el cual se fundamentan los pilares de esta investigación ya que como lo dice el Capítulo 3 de la Constitución: De los derechos colectivos y del medio ambiente. Es la mayor forma de expresión exigible u oponible de los derechos ambientales, derecho a un ambiente íntegro y diverso, por la que el Estado se haya obligado a tomar medidas positivas que garanticen la protección ambiental y más específicamente, la mitigación, resiliencia y adaptabilidad al cambio climático que hoy pone de en peligro manifiesto a todo el territorio y sus individuos.

Artículo 80, nos dice que en aras a la garantía del desarrollo sostenible, conservación, restauración y sustitución, el Estado deberá planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. Mediante esta disposición normativa y Constitucional es posible la exigibilidad de construcción e implementación de áreas verdes de parte del Estado a empresas industriales emisoras de GEI como sanción restaurativa que compensen los daños causado a la atmósfera y de igual forma se pretende con esto la conservación del ambiente.

Artículo 95, “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y la leyes”. Retomando lo antes dicho, el legislador aquí hace referencia a personas naturales y jurídicas, estableciendo así la vinculatoriedad a la que puede ser sujeta toda empresa ante el imperativo normativo de construir áreas verdes para compensar a la atmósfera por daños causados.

BIBLIOGRAFÍA

- United Nations, tomado: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/antecedentes/items/6170.php
- Revista digital conciencia eco <http://www.concienciaeco.com/2015/08/21/la-historia-del-cambio-climatico/>
- Noticias de la ciencia, tomado de: <http://noticiasdelaciencia.com/not/1801/los-efectos-del-calentamiento-global-sobre-los-fenomenos-meteorologicos-de-el-ni-no-y-la-nina/>
- Revista digital ambiental Catorce6: <https://www.catorce6.com/actualidad-ambiental/11646-trump-pasa-de-la-amenaza-a-los-hechos-y-tumba-seis-medidas-contra-el-cambio-climatico>
- <https://www.catorce6.com/opinion/editorial/11587-minambiente-por-fuera-del-pos-conflicto>

- Eduardo Roza acuña. (2001). diccionario juridico colombiano. colombia: editorial juridica nacional , cuarta edicion.
- jorge ivan bohorquez (1986). diccionario de politica y derecho. escuela superior de administracion publica: escuela superior de administracion publica.
- Ministerio de ambiente: <http://www.cambioclimatico.gov.co/comunicacion-nacional-bur-2015>
- Centro de Noticias ONU <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=36790>
- Documental “una verdad incómoda” por Davis Guggenheim, 2006.
- Declaración de Estocolmo Sobre el Medio Ambiente Humano <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>
- Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono http://www.carder.gov.co/residuos/archivos_adjuntos/ProtocolodeMontreal.pdf
- Estudios del Cambio climático en América Latina, CEPAL: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39751/S1501198_es.pdf;jsessionid=FCC3F8AEDF2763BD-499B90A7408AB60F?sequence=1
- ONU Objetivos de desarrollo sostenible <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>
- Protocolo de Kioto: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>
- Ley 164 de 1992; Ley 629 de 2000
- Acuerdo de París: <http://newsroom.unfccc.int/es/acuerdo-de-paris/>
- De conceptos: <http://deconceptos.com/ciencias-juridicas/garantias-constitucionales>
- Margarita caballero: http://www.revista.unam.mx/vol.8/num10/art78/oct_art78.pdf
- Inversión azul: <https://inversionesmarazul.jimdo.com/zonas-verdes-y-jardi>
- Peru compendio: <https://books.google.com.co/book>
- Mauricio quintero ángel: <http://uniciencia.ambientalex.info/revistas/n34201214.pdf>
- RAE edición 2014
- CMCC: https://imta.gob.mx/potamologia/images/docs/evento/PolioptroMartinez_CarlosPatino.pdf
- Juan bautista: https://books.google.com.co/books?id=46FRjd7R7ygC&pg=PA49&dq=definicion+de+responsabilidad&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=definicion%20http://www.encyclopedia-
- Enciclopedia jurídica: juridica.biz14.com/d/garant%C3%ADas-constitucionales-o-individuales/garant%C3%ADas-constitucionales-o-individuales.htm0de%20responsabilidad&f=false
- pyecto giraverde https://books.google.com.co/books?id=w2c2CwAAQBAJ&pg=PA9&dq=define+efecto+invernadero&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=define%20efecto%20invernadero&f=false
- Cambio climático global; <http://cambioclimaticoglobal.com/efecto-invernadero>
- Modestio: https://books.google.com.co/books?id=c_lBAAAAYAAJ&pg=PA312&dq=modestio+define+compensacion&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewj898K20rrSAhVRgSYKHXdoAx4Q6AEIGjAA#v=onepage&q=modestio%20define%20compensacion&f=false
- Proyecto del Código civil Argentino, tomado de: <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/>
- Armando Aguilar: https://books.google.com.co/books?id=1Zc4NYGXhVkc&pg=PA137&dq=define+atmosfera&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=define%20atmosfera&f=false

Brújula escolar (camilo sanin): <https://books.google.com.co/books?isbn=9580450560>
 Revista medica: http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1684-18242010000400009&script=sci_arttext&tlng=pt
 Bolivia ecológica: <https://books.google.com/books?id=aoW5AAAAIAAJ>
 García, Fernando Flores, y Juventino V. Castro y Castro. Los fines del derecho. Editorial Porrúa, 2008, página 57.
 Bentham, Jeremy. Teoría de las penas y de las recompensas, 1. Imprenta de Manuel Saurí, 1838, pg 11.
 López, Rafael Pla. Captura. Rafael Pla López, 2014, pg 957.
 Orejuela, Wilson Ruiz. Responsabilidad del estado social de derecho por los actos de poder constituyente. Ecoe Ediciones, 2015, pg 30.
 Gabriel Arguello: Tratado elemental de derecho constitucional nicaragüense. Universidad de Sevilla, 1999. <https://books.google.com.co/books?id=KwNhLtC6BrsC&pg=PA16&dq=estado+constitucional+define&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiXylmN-zuXSAhWJ2yYKHb9zB2UQ6AEIQzAI#v=onepage&q=estado%20constitucional%20define&f=false>
 Norma iso : <https://books.google.com.co/books?isbn=8498980275>
 Jose Yesid moreno guerrero: <http://repositorio.uis.edu.co/jspui/bitstream/123456789/7597/2/122608.pdf>
 antillana <https://books.google.com.co/books?id=0plMAAAAYAAJ>
 lex nova
https://books.google.com.co/books?id=J7rMDpW49ZQC&printsec=frontcover&dq=lex+nova+medio+ambiente&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=lex%20nova%20medio%20ambiente&f=false
 comisión nacional de medio ambiente :
<http://arboriculturaurbana.blogspot.com.co/2009/01/definicion-de-rea-verde.html>
 juan carlos rico
<https://books.google.com.co/books?isbn=8477371296>
 perfecto andres ibañez:
<https://books.google.com.co/books?id=vFBGOyJQKSAC&pg=PA25&dq=estado+constitucional+se+entiende+por&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwiaz-XEiejSAhWEQiyKHcFb-BOUQ6AEIGDAA#v=onepage&q=estado%20constitucional%20se%20entiende%20por&f=false>
 blog de teoría del derecho:
<http://teoria-del-derecho.blogspot.com.co/2007/12/responsabilidad.html>
 todo derecho:
<http://todoelderecho.com/Apuntes/Civil/Apuntes/resnsabilidadetracontractual.htm>
 Anselmo henrique cordeiro
http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/el-estado-constitucional-democratico-de-derecho-en-espana-fue-institucionalizado-en-cadiz/html/1668a474-523d-11e1-b1fb-00163ebf5e63_4.html
 Alberto perez dayan
http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Dayan/responsabilidad_patrimonial.pdf (pg3)
 Beneficios y Costos del enverdecimiento urbano, David J. Nowak, Gina Chields, John F. Dwayner, 1997.
 La planificación verde en las ciudades, Pedro Salvador Palomo.
 Definición de un modelo de desarrollo y gestión de un parque empresarial de logística

inversa en España, Manuel Monterrey Meana, Paolo Priore Moreno, Isabel Fernandez Quesada, 2012.
 Construcciones verdes, Fernando Villa, 2009.
 La Empresas más grandes del mundo necesitan duplicar el ritmo de las reducciones de CO2 para evitar el cambio climático peligroso, José Larios Martón, 2009.
 Constitución política colombiana, artículo 8, 1991.
 Constitución política colombiana, artículo 58, 1991.
 Constitución política colombiana, artículo 79, 1991.
 Constitución política colombiana, artículo 80, 1991.
 Constitución política colombiana, artículo 95, 1991.
 Ley 99 de 1993.
 Ministerio de Ambiente Colombia <http://cambioclimatico.minambiente.gov.co/index.php/que-es-cambio-climatico>.
 Sentencia C-566/95, Corte constitucional colombiana.
 Sentencia SU-747/98, Corte Constitucional colombiana.

Para citar este artículo:

Aguilar Galvis, G., Banquet Suárez, A. L. y Falquez O'Byrne, A. M. (2018). Responsabilidad ambiental en las empresas que afectan a la Atmósfera. *Vis Iuris*, 4(7), 50-71.

La República en Colombia desde el ideal de Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant

The Republic in Colombia from the Platon, Jean Bodino and Emmanuel Kant's ideal

Valeria Esther Guerrero¹ - Mariana Petro Bernal²

RECIBIDO: 08-12-16

ACEPTADO: 15-01-16

PUBLICADO: 09-01-17

Resumen

La Asamblea Nacional Constituyente en Colombia nace de una iniciativa ciudadana en 1989 liderada por estudiantes que buscaban reformar de forma significativa la Constitución Política que regía en Colombia en ese momento; demandaban un cambio estructural en reconocimiento y protección de derechos que a su vez, exigía la consolidación del Estado social de Derecho, una ciudadanía participativa y una ideal forma de gobierno: la República, ¿Con basé en qué argumentos? La investigación se cuestionó sobre la cercanía que habría entre el discurso republicano asumido por el constituyente y el enfoque de la misma noción por parte de tres ilustres pensadores, –Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant–, para en últimas, contrastar y dilucidar similitudes o brechas distanciadoras entre ellos.

Palabras clave: República, republicanismo, Constitución, Estado, Nación.

Abstract

The National Constituent Assembly in Colombia was born out of a citizens' initiative in 1989 inspired by students who sought to significantly reform the Political Constitution that governed Colombia at that time; they demanded a structural change in recognition and protection of rights that, in turn, demanded the consolidation of the social state of law, a participatory citizenship and an ideal form of government: the Republic, based on what arguments? The research questioned the closeness between the republican discourse assumed by the constituent and the approach of the same notion on the part of three illustrious thinkers, –Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant–, in order to finally contrast and elucidate similarities or distancing gaps between them.

Key words: Republic, Republicanism, Constitution, State, Nation.

¹ Estudiante de Derecho. Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería. Investigadoras semillero de investigación Fuerza Normativa de la misma institución. Correo electrónico: valeria.guerrerop@upb.edu.com

² Estudiante de Derecho. Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería. Investigadoras semillero de investigación Fuerza Normativa de la misma institución. Correo electrónico: marii_pb@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

¿Qué pueden tener en común un campesino en el Cauca, un músico de la costa Caribe, un ejecutivo de la la metrópolis bogotana o un pescador en el Chocó? La colombianidad no está sujeta a oficios o lugares de asentamiento en el país, es un arraigo colectivo por una historia compartida: la historia de Colombia.

Esta historia aborda muchos personajes y situaciones, pero solo las más trascendentes definieron nuestra idea de Estado y nación, y son precisamente estos factores los justificantes de las estructuras sociales en las que convivimos y los parámetros gubernamentales en que nos regimos, de ahí la impotencia de conocer y reconocer los porqués de nuestras instituciones, pues su desconocimiento desemboca en discordias absurdas, patrias bobas³ que al no justificar sus fines de fondo, debaten por formas inconvenientes.

En curso de esta Historia en común, ocurrió un suceso de no poca importancia: el acontecido el 4 de julio de 1991. Ese día, mediante una transmisión de televisión, los colombianos escucharon asombrados el coro de El Mesías, de Händel, mientras los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, uno a uno, firmaban la nueva Constitución Política de Colombia en el Capitolio Nacional. (Banco de la República, 2016). Una Constitución redactada bajo los ideales de libertad, igualdad y dignidad humana, expresiones esperanzadoras y casi soñadas, en medio de una violencia⁴ ensordecedora que afectaba directa o indirectamente a todos los colombianos.

Una Constitución llamada al cambio, que se distinguió de sus predecesoras desde el preámbulo hasta el final, que buscaba la protección efectiva de los derechos, balancear los pesos y contrapesos en la estructura del Estado, y una participación incluyente y real de toda la ciudadanía. Este texto de aproximadamente 380 artículos fue cuidadosamente redactado y discutido por 74 constituyentes escogidos democráticamente, pero lejos de ser un órgano colegiado cualquiera, en esta Asamblea estaban realmente representados los diversos sectores sociales y culturales de la Nación, una Nación

³ Haciendo referencia al enfrentamiento entre federalistas y centralistas en Colombia entre los años 1810-1815, denominado como la Patria Boba por tratarse de una discusión desorganizada que llevó al desorden público y el desdén, sin identidad clara, cuya consecuencia nefasta fue la reconquista de la corona española

⁴ 1989-1991, Período de auge del narcotráfico en Colombia, que desencadenó múltiples muertes violentas y otras inminentes manifestaciones de alienación de derechos.

que comenzaba a reconocerse a sí misma y a su diversidad, y por tanto, a reconocer sus propios derechos.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 germinó de un movimiento estudiantil que aclamaba una reforma constitucional exhaustiva, y justo esa comunidad de estudiantes, que hasta entonces fue un sector apático de la política y la realidad nacional, (Ripoll, 2016) fue quien abanderó la iniciativa de votar por la conformación de una Asamblea que redactara una nueva Constitución, que no fuese ajena a los tiempos difíciles que atravesaban, que protegiera a los colombianos más vulnerables, que reconociera con claridad derechos individuales y colectivos, una Asamblea a la que los colombianos dijera *sí*, en una última y Séptima papeleta en las elecciones próximas de aquel entonces, en el año de 1989.

Uno de los puntos debatidos en el curso de la redacción de esta Carta Política fue el contenido que tendría el artículo primero, la entrada de esta nueva y prometedora Constitución:

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Centro de Documentación Judicial Corte Constitucional, 2015)

Bajo la luz de este artículo, Colombia sería llamada República, pero, ¿Qué significaba ser una República? ¿Por qué y cómo se decidió que Colombia sería una República? El Constituyente, por ser el redactor de este artículo, es el responsable de que así esté organizada Colombia, y es en sus debates donde es posible dilucidar sus motivos para acoger la noción republicana; desentrañar estos motivos fue el propósito magno de esta investigación, pero no de forma aislada, sino, a partir del enfoque dado por Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant, en cuanto a formas de gobierno se tratase.

Fueron escogidos estos pensadores, dado que en sus obras *La República*, *Los Seis Libros de la República* y *La Paz Perpetua*, respectivamente, concentran con especial riqueza descriptiva su idea republicana para gobernar, según la etapa histórica en que cada uno de ellos vivió, pues aunque se pudo escoger

pensadores de la edad moderna como comúnmente se relaciona al hablar de República, en lugar de ello, se pensó en explorar su concepción en tiempos distintos, realidades distintas.

Con base en la anterior premisa, se planteó una consecuente pregunta problema: ¿Cómo se relaciona la noción republicana contenida en la Constitución de 1991 según las ideas de Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant?

METODOLOGÍA

En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, en la Constitución resultante y en los trabajos de investigación consecuentes, se halla el espíritu y razón de ser de los artículos de la Constitución, su revisión se convierte así, en el método idóneo para hallar respuesta a las preguntas planteadas.

En consecuencia, el equipo investigador a cargo de esta propuesta se dispuso a examinar cuidadosamente los documentos reseñados (Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, documentos de investigación referentes al tema en colación, Constitución Política de 1991, en ese orden respectivamente).

En curso de la lectura exploratoria que realiza el equipo, se resaltan y separan con el fin de leer nuevamente, toda la información que se relacione con el problema planteado, esta vez con un enfoque hermenéutico histórico bajo la modalidad cualitativa, es decir, en búsqueda de factores determinantes, posibles de describir, que dieran respuesta a las preguntas problema enunciadas anteriormente, interpretando el sentido en que dichas intervenciones eran propuestas según el contexto histórico. Esta revisión fue hecha con mayor rigurosidad en la Constitución Política de 1991, que inicialmente era nuestro punto de partida, no obstante, al ser escasos los insumos descriptivos aportados por esta, nos obligó a remitirnos a la Constitución Política de 1886 y sus reformas.

Posterior a ello, se recurrió a la lectura concienzuda de las obras: *Los seis libros de la República* de Jean Bodino, *La República* de Platón y *La paz perpetua* de Kant, resaltando las características republicanas que enunciaba cada obra y así, contrastar al final sus ideales con los contemplados en la Constitución Política colombiana actual.

En ejecución de la anterior metodología trazada, se obtuvieron los siguientes resultados:

1. PRECEPTOS REPUBLICANOS ACOGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Ya lo aseveró nuestra Constitución Política iniciando apenas su redacción y lectura: Colombia sería llamada República, teniendo esta como primer nombre, sin embargo, ¿Contaba el Constituyente con los presupuestos filosóficos, históricos, jurídicos, o acaso sociales, para denominarla de esta manera?, ¿Es el ciudadano de hoy, consciente de lo que implica pertenecer a una República? Inquietudes como estas nos remiten a reunir todo lo necesario, en el marco de una revisión bibliográfica, sobre la definición que acogió el Constituyente hace un cuarto de siglo y lo que pretendió al hacerlo.

Citado por los Constituyentes Hernando Herrera Antonio Navarro Wolf, José Matías Artíz y Fabel Rodríguez, el concepto dado por Ángel Rivero, supone una aproximada y acertada forma de definir la República, así:

Un régimen político en el que, al mismo tiempo que se garantizaba la participación popular en el gobierno, se conjuraba el peligro que para la libertad y la justicia representaba la democracia pura, esto es, la democracia ateniense. Es decir, los conceptos de democracia y república referían a formas de gobierno distintas y hasta opuestas. (Ortiz Leroux, 2007, pág. 52)

La manifestación del constituyente, (que es primaria, incondicionada, autónoma y superior) fue que Colombia (que pasó por varios nombres y por muchas dimensiones), se organizara del modo en que hoy la conocemos, y aunque fueron múltiples las constituciones precedentes a la actual, la más próxima a ella genera singular controversia, dadas las diferencias abismales en ideales, axiología y dogmática con su predecesora. Nos referimos a la Constitución Política de 1886.

La República en la Constitución Política de 1886.

Bolívar mismo, ante el infortunio de la separación de su Gran Colombia, catalogaba desde entonces a Colombia y sus pares, Ecuador y Venezuela, como repúblicas, que inminentemente tomarían cada una, un rumbo completamente distinto, puede que con un común denominador que agoniza a las Américas del Sur por igual, pero no es este tema a discusión; lo es en cambio,

determinar, las secuelas históricas que dieron pie a la creación de una Constitución en medio de tan turbulento contexto como lo fue la Colombia de 1886, y a su vez, enmarcar sus estamentos dentro del discurso republicano que tanto aludían sus próceres.

Algunas de las bases de la reforma constitucional, que derogó la Constitución de Rionegro (1863), para darle paso al Consejo Nacional de Delegatarios⁵ fue:

1ª. La soberanía reside única y exclusivamente en la Nación, que se denominará República de Colombia. (Tascón, 2000)

Antecedentes de investigación.

Es recordada como la República conservadora, aquella Colombia en el S. XIX, que se regía bajo incisos cambiantes, pero a la vez, atemporales, como la estrecha cercanía con la Iglesia Católica, el proteccionismo económico o la tendencia poblacional a habitar en el campo.

La organización política, administrativa y fiscal vigente en la República hasta la coyuntura reformadora del medio siglo creó la imagen artificiosa de la existencia de un espacio económico y político unitario y centralizado; esto condujo a creer en la existencia política de la nación desde el comienzo mismo de la vida independiente (Uribe, 1987).

La Constitución colombiana de 1886 estuvo influenciada por un marcado sentimiento libertario, en el que se quiso resguardar el bienestar de los trabajadores y reunificar las ideas dentro del Estado, sin embargo, llegar a este punto no fue fácil, el país era golpeado por uno de los conflictos más tristemente recordado entre los partidos políticos dominantes que dieron uso de sus facultades gubernamentales para acaparar toda la política y generar una hegemonía en el poder durante muchos años.

Ahora bien, en el primer artículo hallado con respecto a la Constitución de 1886, denominado ***Un Nuevo Mundo Político***, su autor Jorge Orlando Melo, establece distinciones entre las expresiones República, republicana y republicanismo; donde la primera guarda estrecha relación con el significado de nación, está la expone como sinónimo de una sociedad, continuó entonces con la palabra republicana donde simplemente le da significado a una univer-

⁵ Esta Corporación consagró "La constitución de 8 de mayo de 1863, que cesó de regir por razón de hechos consumados, queda abolida [...]" posterior a la sanción presidencial del presidente Rafael Núñez el 1º. De diciembre de 1885.

sidad y finaliza con la palabra republicano para hacer apología de un partidario del partido conservador. (Melo, s.f)

Queda entonces, la **República de Colombia**, supeditada a distintas variantes: una nación azotada por una voraz violencia, un Estado con instituciones poco sólidas, crisis tras crisis, e incertidumbre.

Todo esto se ve plasmado en un referente normativo que poca reflexión supone sobre los términos que indistintamente usa para dar cuenta de Colombia como nación, como país, como democracia o como república, que para esta parece no existir gran diferencia. Que si es lo mismo, o no, queda a suspensión del desarrollo del segundo y tercer capítulo de esta investigación; pero lo cierto es, que el desarrollo dogmático de esta Carta Política es insuficiente para dar descripción precisa de los preceptos republicanos objeto de estudio.

Reformas de la Constitución Política de 1886

Sería errado afirmar que la Constitución expedida en 1886 llega impoluta hasta el año de su derogación absoluta. Por el contrario, fue reformada en numerosas ocasiones, sea por capricho del legislador, o inminente necesidad, pero se hizo.

Al revisar estas reformas (57 para ser exactos), se halló reiterativamente el uso de la expresión República, principalmente para dar razón de cargos de gran prestigio en el orden nacional (**Presidente de la República, vicepresidente de la República, senador de la República, etc.**); o para referirse al conglomerado humano asentado en un mismo territorio, llamado **país**. Pero poco, o nada, responde a una delimitación del discurso republicano; evocaron también la República para declarar un elemento republicano insignia: **tridivisión de poderes**. Dicho de forma exacta, así:

Artículo 52.- Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado. (Reformas a la Constitución de 1886, s.f.)

En el acto legislativo N° 01 del agosto 5 de 1936, se incluye la palabra "República" pero con aras de referirse al territorio concerniente al lugar donde han de nacer los considerados nacionales, ¿es acaso para el legislador, difuso el concepto de República y Territorio? Entendido este último como un elemento más en la figura estatal. Del mismo modo, se añaden otras disposiciones en cuanto a la regulación de la Educación y las creencias, estas últimas comprendidas bajo la titularidad de "moral cristiana", contraria a ella, está mal, es inadmisibile. ¿Puede un Estado hacerse creces de República en medio de una limitación de orden netamente ideal e intrínseco a la percepción que cada colombiano tenga?

La República en: Asamblea Nacional Constituyente.

Antecedentes de Investigación.

Al establecer antecedentes sobre la implementación de la república en Colombia a partir de la asamblea nacional constituyente de 1991, más específicamente las investigaciones antes realizadas al presente proyecto con respecto a "la república", son escasas. Cabe resaltar que existen varias donde concibe la asamblea nacional constituyente, sin instituir una línea que se rija a la república.

En primer lugar se tiene que en Febrero 6 del 2012, fue presentado en la revista Opinión Jurídica, el trabajo sobre; **el ordenamiento territorial en la asamblea nacional constituyente de 1991, lectura socio-jurídica desde el nivel intermedio del gobierno** por Liliana Estupiñán Achuri, como resultado del proyecto de investigación la constante estructura centralista de la forma de estado colombiana, adscrito a la línea de investigación territorio, descentralización y democracia del grupo de derecho público de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

La investigación responde al interrogante del por qué el modelo unitario ha sido la constante histórica de la forma de Estado que ha tenido Colombia, inspirándose en la tesis planteada por Valencia con respecto a las distintas estructuras del estado colombiano, entre estas, citó expresiones como presidencialismo, confesionalismo, libertades públicas, republicanismo y centralismo. Sin embargo, esta misma investigación establece que el modelo adoptado fue el unitario. (Estupiñán Achuri, 2012)

Sobre la república, o como bien lo establece la investigación el republicanismo unitario, establece:

En el proceso pre y constituyente de 1991 también se encuentran herramientas para corroborar la constante centralista del Estado colombiano. Así, la égida del republicanismo acudió una vez más a este enfoque, muy a pesar de los vientos que corrieron en pro de otros modelos “en teoría” más descentralizados. En última instancia, la opción territorial de la Asamblea fue la misma de la Constitución de 1886. Un buen momento desaprovechado en razón de los miedos. (Estupiñán Achuri, 2012, pág. 19)

En esta misma labor de consulta, se encontró el trabajo de investigación titulado ***El poder constituyente “extraordinario” como dispositivo generador de responsabilidad patrimonial del estado: Implicaciones de la asamblea nacional constituyente –ACN– en la configuración de la noción del modelo constitucional introductorio con la carta política de 1991***; presentado el 3 de marzo del 2012 por Edwin Hernando Alonso Niño.

Esta investigación establece que el nuevo modelo constitucional latinoamericano que ha sido adoptado por Colombia es resultado de, “la migración de ideas” que hace parte del desarrollo del derecho constitucional y la autodeterminación jurídica. (Alonso Niño, 2012)

La República en actas de la Asamblea Nacional Constituyente

Colombia es, entonces, un ejemplo de cómo un gobierno, una nación y un sistema judicial exhausto, busca a toda costa mecanismos que salvaguarden garantías, derechos, estabilidad de sus instituciones, reafirmación de sus principios y le dé nuevos aires a un panorama nacional ensordecedor. Que, si la reforma constitucional era la alternativa más idónea o no, es motivo de interrogantes más hipotéticos, pues la realidad es que se consolidó, y se hizo en aras de convertir los compromisos plasmados de las nuevas normas constitucionales en una realidad efectiva y en evitar que el sistema político vuelva a incurrir en los vicios que caracterizaban al régimen anterior.

Para efectos de describir elementos republicanos contenidos en el desarrollo de esta Asamblea, fue necesario leer a detalle los debates que acarrean los

proyectos presentados por los distintos constituyentes. Entre los cuales, se pueden destacar los transcritos a continuación,

Ha sido y debe ser el Artículo Primero de la Constitución una definición clara de la clase de Nación que se es y se pretende ser. Lo que se es y lo que se desea ser. Somos con evidencia una Nación y la Nación históricamente ha adoptado la forma republicana de gobierno. (Zalamea Costa, 1991)

Así pues, uno de los constituyentes ya delimitó a Colombia, en el proyecto número 35, como una república, pero es escasa o nula su explicación sobre lo que quiso decir al hacerlo.

En cambio, Jaime Arias, en su proyecto número 75, sobre la forma de Estado, fue un poco más dilatado al distinguir forma de Estado, de forma de Gobierno, así:

Lo Unitario hace relación a la forma de Estado. Mientras que “República” lo hace a la forma de Gobierno. El Estado es el poder político, que se ejerce mediante Instituciones que de acuerdo a su organización y estructura es la forma de gobierno. (Arias López, 1991)

Más adelante, en el acta número 87, Guillermo Perry Rubio interviene en proyecto sobre las entidades territoriales y su ordenamiento, aluden a ellas como partes y entidades de la república de la siguiente manera:

Son entidades territoriales de la república, la nación, las regiones, los departamentos y los municipios. (Perry Rubio, 1991)

Sin embargo, en la exposición de las razones no ahonda en el término, y supone más una equivalencia entre república y país.

En la relatoría de la sesión inaugural se recitó un discurso por parte de los presidentes de la Asamblea Nacional constituyente, Aida Abella y Carlos Abello, este último declaró: ***“La Asamblea Constitucional está llamada entonces a cumplir una tarea de rescate y salvación. Sin romper, desde luego, la estructura democrática de la República. Por lo contrario: asegurando y fortaleciendo la independencia, la estabilidad, la dotación y la celeridad del poder jurisdiccional”*** (Abello, 1991).

Continuamente el presidente colombiano del entonces, César Gaviria (1991), se dirigió al auditorio manifestando: **“Alguien dijo hace más de un siglo que ‘las repúblicas deben ser autoritarias, so pena de incidir en permanente desorden y aniquilamiento en vez de progresar’”**

Se encontró que, en repetidas ocasiones, distintos constituyentes mencionaban todas las características del Estado colombiano, mismas características que comprende ser una república pero sin distinguir el significado que tendría ser un país republicano, como fue el caso de Aída Abella que en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 18 de febrero de 1991 en la que expuso:

La solución a la crisis institucional que vive Colombia implica la transformación del Estado y por ello proponemos que éste debe tener las siguientes características: un Estado social de derecho democrático y pluralista, que se fundamente en la soberanía popular que respete eficazmente los derechos humanos y las garantías individuales. Un Estado que respete el derecho de las minorías, el ejercicio de la crítica y la opinión, promoviendo la tolerancia, el derecho a la información ciudadana y la libertad de expresión. (Abella, 1991)

A su vez, en la intervención de Francisco Rojas Birry (1991) dirigida a reformar el Artículo 1º de la Constitución, propuso que fuese así: **“El pueblo colombiano es pluralista, de naturaleza multiétnica y pluricultural. En él reside exclusivamente la soberanía y de ella emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución”**

Omitiendo de este modo, entre muchas otras distinciones, el establecimiento de Colombia como República pero resaltando las características de país multiétnico y pluricultural que tendría la Constitución.

La República en: Constitución Política de 1991.

Antecedentes de Investigación

El primer documento examinado fue ***Estado del Arte sobre la Reforma a la Justicia*** (1991-2011), el cual, contiene un breve estudio sobre el contexto del año 1991, en el que fue expedida la actual Constitución colombiana, y para el caso de nuestro interés, se dio lugar a la concepción de República. En éste documento, solo se deja claro que las decisiones tomadas a través de la

constitución de 1991 representaron para el país un gran cambio en la forma de gobierno y organización del Estado, sin distinguir una, de otra. (Centro de Documentación Judicial Corte Constitucional, 2015)

Luego de un rastreo documental a las fuentes que se encuentran en éste documento, se determina que cada uno de éstos, si bien hablan de la constituyente y algunas materias importantes dentro de ésta, no abordan, como máximo bordean, el tema de la República o de las consecuencias de hablar de esta. En cada tema que se toca se entiende una influencia de la República, tal como el asunto del poder soberano, la acción de tutela y normas internacionales protectora de derechos, sobre lo cual, a continuación, se dejará rastro. Sin embargo, nada a profundidad sobre el tema a estudiar en este caso. (Comisión Colombiana de Juristas, 2003)

En el artículo **“La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional”** por Jorge Andrés Hernández se pretende describir los argumentos que soportarían un fracaso constitucional sobre la constituyente de 1991, por lo que su contenido pretende llevar a un convencimiento negativo sobre la efectividad y formación de la actual constitución. Encontramos en éste documento algunos puntos referentes a la República, si bien no son muy profundos, y en virtud de la poca información que se encuentra sobre este tema, se transcribe a continuación,

“Columna editorial del diario El Tiempo, con el título de La otra batalla: “Hoy se va a realizar la más importante elección de la historia del país. Desde la fundación de la República, los colombianos hemos participado en infinidad de debates electorales y hemos votado en ellos periódicamente para elegir desde primeros mandatarios hasta concejales de los más modestos municipios” (El Tiempo 1990a, 4-A).”

República: preceptos vigentes hoy

Es en este punto, de las garantías y libertades, en el que compaginan conceptos muy particulares, especialmente filosóficos, pues a la larga, la **República** a la que se alude con frecuencia y se saluda al lector en la Carta Política vigente, no es otra cosa que un régimen político legalmente constituido y fundado sobre principios racionales que se sintetizan en el tríptico ‘libertad, igualdad, fraternidad’. Como conjunto de principios, ideas y prácticas, tiene su fuente en

el movimiento iluminista que pone el derecho natural y la teoría del contrato como fuente de la soberanía y base de la legitimidad. Tanto Montesquieu como Rousseau conciben el gobierno republicano como aquel en el cual el poder soberano es ejercido por el pueblo y se gobierna al amparo de la ley. (LEFORT, 1999).

El principal problema con el empleo indiscriminado de la expresión es la reiterada referencia a la incapacidad de la República de ser un principio de orden político o un referente claro de la identidad nacional, pues es esta la que, en última instancia, se encuentra soslayada por creencias erradas de República, vivencias cotidianas alejadas por brechas distanciadas del término lato.

2. LA REPÚBLICA DESDE PLATÓN, JEAN BODINO Y EMMANUEL KANT.

2.1. La República – Platón

En este libro, Platón intenta enmarcar una forma en que las personas puedan vivir bien, para ello, plasma un diálogo entre atenienses y su maestro, Sócrates bajo el método de la mayéutica.

En este orden de ideas, el primer tema tratado fue la Justicia, pues, aunque no hay una definición concreta de esta, se acordó que es la virtud que permite a los hombres vivir bien, afirmando así, que la ciudad debe ser justa.

A lo largo del libro, los personajes intentan llegar a un consenso sobre el concepto de justicia, primero Céfalos afirma que es decir la verdad y devolver a cada uno lo que dé él se haya recibido, aquí Sócrates difiere, pues en ocasiones, eso que se recibió no tiene un buen objeto, por lo que Sigmoides asevera que se da a cada quien lo que es apropiado, seguidamente se manifiesta Polemarca diciendo que lo justo es hacer bien al amigo que es bueno y mal al enemigo que es malo, Sócrates respondió que el justo nunca hace el mal y se derriban los conceptos de Justicia antes mencionados, en lo seguido de la conversación hablan de la Justicia como un oficio pero luego caen en cuenta que es algo más amplio pues impregna a cada uno de estos. (Platón, 1984)

Dado que una ciudad justa es donde existe la división de trabajo que cada persona se dedique a un trabajo que refleje sus capacidades e intereses, esta ciudad entonces, deberá dividirse en clases sociales, la primera de ellas

en: artesanos, aquellos que tienen un conocimiento específico sobre una actividad que será la que más les guste; los guerreros, que son irascibles, es decir que los motiva el espíritu y no el dinero, no deben tener un gran sueldo porque eso haría que todos quisieran ser guerreros, estos deberán ser educados con música para que se acostumbren a lo bello y quieran verlo en los hombres y con gimnasia para que tengan un buen físico, Sócrates considera muy importante la educación y por los guerreros recibirla de esta forma en especial son los que poseen el alma más fina y de entre ellos deberá elegirse al filósofo rey que por su experiencia será mayor de edad, además deberá ser sabio y prudente, protegerá la ciudad con la ayuda de los guerreros quienes lo largo de su formación serán probados en cuanto a la capacidad de resistir los alicientes del placer y el miedo, los que más sobresalgan ascenderán al rango de guardianes que son varios pero en todo caso un número reducido. (Platón, 1984)

La ciudad-Estado deberá también tener ciertas virtudes: **Sabiduría** que residirá en los artesanos pero para su actividad en específica y en el gobernante que constará de un conocimiento amplio que abarque el bien de la ciudad en su totalidad y el **coraje** como elemento dominante en el alma de los guerreros, así como la **templanza**, que no se limita a una sola clase sino que transversa entre todas, como un acuerdo con respecto a quien gobernará; y finalmente la **justicia**, que posibilita las otras tres virtudes. (Platón, 1984)

2.2. Los seis libros de La República – Jean Bodino

En los primeros capítulos, Bodino hace referencia a la finalidad de la República bien organizada y los elementos que la conforman; para ello, establece una de la República, así: **“un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano”**, determinando que el recto gobierno es aquel que es justo y leal. (Bodino, 2006)

El autor se basa en el concepto de felicidad de Aristóteles en tanto que es algo compuesto por diversos elementos, de la misma manera lo es la República, ya que esta debe constar de unos componentes principales como el territorio, el alimento, la materia prima y los súbditos, así mismo también debe contar con componentes secundarios (a los cuales el autor se refiere como “comodidades”) tales como medicinas y metales, puesto que si los hombres que conforman la República son sabios y felices entonces la República en si

misma será Feliz, es por esto que el elemento humano es el pilar principal de una república bien organizada, y como el hombre está en constante cambio, también lo estará la república y es por esto que requiere de las acciones de entendimiento, que le permiten al hombre desarrollar sus virtudes, sin embargo el hombre necesita también de las acciones ordinarias pero no puede basarse en dichas acciones para fundar sus contemplaciones. (Bodino, 2006)

El fin de la República bien organizada está en las contemplaciones, y para ello cada República debe forjarse en el equilibrio de estas acciones permitiendo que la república teniendo en cuenta sus fines alcance su felicidad; continua señalando lo que es la administración doméstica definiéndola como **“el recto gobierno de varias personas y de lo que les es propio, bajo la obediencia de un cabeza de familia”** y las diferencias entre la república y la figura de la familia, puesto que en la definición de República precisada se hace referencia a dicha figura, debido a que esta es el origen principal de toda república, al ser su elemento fundamental, la familia conformada por un grupo de personas, entre las cuales está el cabeza de hogar quien es el que tiene el mando y da las ordenes, es decir quien tiene el poder, las demás personas le deben obediencia a este jefe, ahora bien, este poder domestico es análogo al poder soberano, donde una persona tiene la facultad de tomar las decisiones y los súbditos deben someterse.

Así el recto gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la República, de este modo, la república estará bien si las familias están bien gobernadas, además de la soberanía es necesario que exista algo colectivo y de carácter público como lo son el patrimonio, las leyes, las penas, las costumbres, entre otros, puesto que No existe República si no hay nada público; sin embargo para que existan cosas públicas es necesario que existan cosas particulares debido a que sería contrario a las leyes naturales. (Bodino, 2006)

2.3. La Paz Perpetua – Emmanuel Kant

Kant, lejos de haber sido un idealista descabellado, fue un ferviente precursor de la República garantista, pacifista y, sobre todo: que consagre la Soberanía Popular. Ejemplo claro de ello es, que, para declarar Guerra a otro Estado, en un marco de genuino republicanismo, debe ser la Nación en consenso quién lo decida por ser esta la que verá lesionados sus derechos; en contravía de

Bodino, quién nos expresó con válidos argumentos que deben concentrarse decisiones de esta naturaleza a manos de una sola persona. Y luego, ¿No son acaso estos derechos, los que se consagran y protegen en una auténtica República? Efectivamente, esto quiso decir Kant.

Para Kant, en su obra la paz perpetua, asemeja a la paz como una necesidad, un deseo generalizado, el cual se materializara por el sacrificio de una u otra persona en busca de hacerla cumplir, sin embargo, y aun con el deseo de mantenerla, la dificultad radica principalmente en hacerla cumplir para toda la comunidad, y es de conocer que ante un ataque contra el interés global, estos mismos defenderán su interés global y su derecho natural, si bien es cierto, al momento de esclarecer una guerra, los actores principales

Para el autor “Abstenerse de romper las hostilidades no basta para asegurar la paz, en este momento radicaría en aquello que no se quiere hacer, pensamiento individualista, conociendo que el interés general deberá primar y cumplir el deber hacer.

Deben existir también características específicas, intrínsecas a cada Estado, las cuales, permitirán atribuir ideales y principios, además de materializar sus fines, manteniendo la convivencia ciudadana, aclarando a su vez, que los Estados no deben tener convicciones o anhelos propios, sino conservar una organización que permita asegurar el bienestar de la comunidad global.

En la República deseada, se concentran los intereses de la nación, y será la misma nación quien tome las decisiones que defiendan el derecho de paz, todo ellas con base en una Constitución, que para ser republicana deberá contener como fundamentos los siguientes principios:

- Principio de la libertad de los miembros de una sociedad como hombres
- Principio de la dependencia en la que todos se hallan de una única legislación común como súbditos
- Principio de la igualdad de todos como ciudadanos.

Para finalizar, Kant alude que uno de los requerimientos base para hablarse de Constitución republicana era la subordinación de la población para con la legislatura de su país, así como la igualdad, y libertad. (Kant, s.f.)

3. CONTRASTE DIFERENCIADOR ENTRE LA REPÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y DE LOS AUTORES ESCOGIDOS: PLATÓN, JEAN BODINO Y EMMANUEL KANT

COMPONENTE	CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991	LA REPÚBLICA - PLATÓN	LIBROS DE LA REPÚBLICA - JEAN BODINO	LA PAZ PERPETUA - EMMANUEL KANT
DEFINICIÓN DE REPÚBLICA	Elemento característico del territorio y la soberanía estatal	La república es aquella que divide las clases sociales en artesanos, guerreros y guardianes.	Un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano.	Republicanismo; Es el principio político de la separación del poder ejecutivo, Gobierno y legislativo.
CARACTERÍSTICAS	Constitución ecológica. Consagra derechos y deberes. Consagra soberanía popular. Tridivisión de poderes. Inclusión de la mujer.	Inclusión de la mujer.	Territorio Súbditos Materia prima Soberanía	Es adecuada al derecho de los hombres. Pensada por políticos morales. Propicia para la paz perpetua.
PRIMER MANDATARIO	LA RAMA EJECUTIVA: Art 188: el presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos	Filósofos reyes.	Príncipe sabio: desconfía de todos los que le rodean, sólo cree en sus opiniones y actúa según estas mismas; Príncipe virtuoso: es prudente y de sabio no presta atención al consejo y mantiene sus decisiones en secreto. Príncipe tonto puede estar totalmente asistido y apoyado a un consejo.	Jefe de Estado que debía ser un ciudadano y no un amo.
ADMINISTRADORES DE JUSTICIA	Jueces que forman parte de los tribunales de orden superior en cada país.	Guardianes.	Aquel oficial que tiene mando en la república, son la principal fuente de la república, son exactamente en quien confía el soberano para asignar mandatos	
FIN DE LA REPÚBLICA	Si el Estado asume ser una República, los fines del Estado serán entonces los fines de la República. ART 2: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de la constitución..."	Bien y justicia.	Es la virtud y el objetivo es hacer a los súbditos buenos y virtuosos, para llegar a su misión debe dejar al público todos sus cometidos.	
GOBERNADOS	Pueblo.	Artesanos.	Súbditos, trabajaban en colaboración	Todos, aquellos dependientes de una única legislación, denominados súbditos.
TIPOS DE GOBIERNO	Establece en su artículo No. 1 que es una "Democracia participativa" y se desarrolla a lo largo del articulado de la Constitución.	Aristocracia, es la forma de Gobierno ideal, las decisiones son tomadas por personas capacitadas (pensadores, filósofos, que tenían cualidades y naturalezas innatas para alcanzar esta capacidad).	Se establece como monarquía la soberanía absoluta que reside en una sola persona, es decir un solo príncipe. Si recae la soberanía sobre la mayoría del pueblo sería entonces un Estado Popular. Aristocracia, en cambio constituye una forma de República en la que la parte menor de los ciudadanos manda con poder soberano a los demás.	Republicanismo y despotismo.

COMPONENTE	CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991	LA REPÚBLICA - PLATÓN	LIBROS DE LA REPÚBLICA - JEAN BODINO	LA PAZ PERPETUA - EMMANUEL KANT
JUSTICIA	Aparece como valor en el preámbulo y como principio en artículos como los referentes a deberes de los ciudadanos, y fines de los órganos que lo constituyen.	La justicia es el valor que debe impregnarlo todo ya que no es una labor o un oficio sino una guía para actuar en los diferentes escenarios	Principio rector de los órganos que consoliden toda República, aparece junto a otros, como lealtad y unidad.	
SOBERANÍA	En el preámbulo aparece como valor residente en el pueblo y en el artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. También se alude una soberanía de carácter nacional en su artículo 8. Con el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.		En una república, solo uno puede ser soberano, un Soberano que está al servicio de la Nación, por quién toma decisiones que acerquen a esta a su bienestar, con quién forma (Soberano/Nación) una comunidad indivisible semejante a una familia, encaminada a los mismos intereses y por debajo de los mismos principios.	Reside en el pueblo.
ÓRGANOS COLEGIADOS	Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. (Artículo 133 C.P.) El Senado, en Colombia es uno de los dos caracteres que constituyen la rama legislativa (el Congreso es bicameral), así que no es un órgano aislado, sino que comparte funciones con la cámara de Representantes. Los artículos 133 a 149 contemplan sus características	Solo contempla como órgano colegiado la aristocracia.	Es la asamblea la reunión legítima de los consejeros de Estado para dar un consejo a quienes tienen el poder soberano de la República, esta no puede existir prescindiendo del Senado, es su alma, razón e inteligencia.	
ELEMENTOS ESTATALES Y CONSTITUCIONALES	Se encuentran contenidos implícitamente en la Constitución y distribuidos a lo largo de la Carta Política, principalmente en el preámbulo donde establece que Colombia es un Estado Social de Derecho. Se habla de: territorio, nación, soberanía y reconocimiento internacional.		El territorio, la soberanía (no de la Nación, sino del gobernante, que no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo) el alimento, la materia prima y los súbditos, así como otras "comodidades" (metales, medicinas, etc.).	No toca los elementos del Estado, pero sí lo hace sobre la Constitución y son: Principio de Libertad de los miembros de una sociedad-como hombres-. Principio de la Dependencia en que todos se hallan de una única legislación común-como súbditos-. Principio de la Igualdad de todos -como ciudadanos-.

COMPONENTE	CONSTITUCIÓN POLÍTICA COLOMBIANA DE 1991	LA REPÚBLICA - PLATÓN	LIBROS DE LA REPÚBLICA - JEAN BODINO	LA PAZ PERPETUA - ENMANUEL KANT
DIVISIÓN DE PODERES	Legislativo, ejecutivo y judicial.	La división de poderes se da entre: guerreros, guardianes y un filósofo rey.		No pueden ser simultáneamente legislador y ejecutor de la voluntad. (poder ejecutivo, separado del legislativo.)
PAZ	ARTICULO 22: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento." (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) Artículo 95 #6: "Propender al logro y mantenimiento de la paz." (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)			La Constitución republicana es propicia para la paz perpetua.

CONCLUSIONES

La idea de Estado como República no tuvo génesis en la Asamblea Nacional Constituyente, en cambio, fue asociada Colombia como una República por vez primera en la Constitución Política de Rionegro en 1863, retomada en la Constitución Política de 1886 y asumida nuevamente en la Carta Política de 1991.

Denominar a Colombia como una República no fue tema objeto de debate para los constituyentes, no generó controversia, y fue incluido así en el artículo número uno por iniciativa de uno de los constituyentes (Carlos Zalamea Costa), sin mayor discusión entre los demás presentes.

Los constituyentes admitieron a Colombia como una República pero no ahondaron en su justificación y tampoco, establecieron parámetros con ocasión de ella. No es motivo de discusión que hay vestigios de República en lo que promulga nuestra Carta Política vigente pero con ausencia de debate sobre la forma de gobierno que debía asumirse, pues no consta en las actas.

Un común denominador entre la Carta Política de 1886 y de 1991, es el empleo de la noción República sin hacer mayores distinciones de su significado, confundiendo así, con conceptos como país, territorio y Estado, asumiendo que semánticamente la república es equivalentes con estas locuciones.

Aunque son múltiples los trabajos de investigación adelantados en torno a la Asamblea Nacional Constituyente y las características de nuestra Constitución,

estos no hacen énfasis en el discurso republicano de la misma, por lo que, los insumos académicos para esta investigación fueron precarios.

Las definiciones de República de los tres (3) autores reseñados son variantes, sujetos a su contexto histórico, sin embargo, la asumen en conjunto como una forma de gobierno, caracterizando su idea de república con principios fundantes y luego, desarrollando un medio de ejecutarlos, como bien ocurre con la Constitución Política de Colombia al dividirse en una parte dogmática y otra, orgánica.

La Constitución política de 1991 es congruente de manera implícita con los preceptos Republicanos establecidos por los autores estudiados, sin embargo, su justificación en el empleo de la noción republicana no es clara.

El empleo indiscriminado de la expresión **República** en el marco de la Constitución Política de 1991, la aleja de referenciarse como principio de orden político o un referente claro de la identidad nacional, por ejemplo: asociar sin el menor percance la democracia con la República, asumiendo el sufragio como expresión republicana, en lugar de asociarla como recurso del modelo democrático participativo.

REFERENCIAS

- Abella, A. (1991). *Gaceta Constitucional*. Obtenido de Sesión lenaria gaceta N° 18: <http://www.lexbasecolombia.net/lexbase/jurisprudencia/Gacetitas%20Constitucionales/g018.pdf>
- Abello, C. (1991). *Gaceta Constitucional*. Obtenido de Sesión inaugural de la Asamblea Nacional Constituyente : <http://www.lexbasecolombia.net/lexbase/jurisprudencia/Gacetitas%20Constitucionales/g001.pdf>
- Alonso Niño, E. H. (2012). El poder constituyente "extraordinario" como dispositivo generador de responsabilidad patrimonial del estado: Implicaciones de la asamblea nacional constituyente en la configuración de la noción del modelo constitucional introductorio con la CP del 91.
- Arias López, J. (1991 de marzo de 1991). *Banco de la República-biblioteca virtual Luis Ángel Arango*. Obtenido de http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa857249_342.044_A74p.pdf
- Banco de la República. (15 de Septiembre de 2016). *Banco de la República Actividad Cultural*. Obtenido de <http://www.banrepultural.org/bogot/evento/de-toda-la-gente?platform=hootsuite>
- Birry, F. R. (1991). *Gaceta Constitucional*. Obtenido de <http://www.lexbasecolombia.net/lexbase/jurisprudencia/Gacetitas%20Constitucionales/g001.pdf>
- Bodino, J. (2006). *Los seis libros de la república*. Tecnos.
- Centro de Documentación Judicial Corte Constitucional. (2015). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

- Estupiñán Achuri, L. (2012). El ordenamiento territorial en la asamblea nacional constituyente de 1991, lectura socio-jurídica desde el nivel intermedio del gobierno. *Revista Universidad de Medellín*.
- Gaviria, C. (1991). *Gaceta Constitucional*. Obtenido de Sesión inaugural de la Asamblea Nacional Constituyente: <http://www.lexbasecolombia.net/lexbase/jurisprudencia/Gacetas%20Constitucionales/g001.pdf>
- Kant, E. (s.f.). *Biblioteca Virtual Universal*. Obtenido de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf>
- LEFORT. (1999).
- Melo, J. O. (s.f.). Un nuevo mundo político. *Nueva historia de Colombia*.
- Ortiz Leroux, S. R. (2007). República y republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo. *Argumentos* (ISSN 0187-5795.), 20-53. Recuperado el 2017 de Abril de 06, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-5795200706
- Perry Rubio, G. (8 de Marzo de 1991). *Banco de la República - Biblioteca virtual Miguel Ángel Arango*. Obtenido de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa857265_336.20986_V39p.pdf
- Platón. (1984). *La República*. Medellín: Bedout S.A.
- Reformas a la Constitución de 1886*. (s.f.). Obtenido de Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: http://admonpublica.org/page/images/Documentos/Constituciones/1886_constitucion_republica_colombia_reformas.pdf
- Ripoll, J. L. (2016). El movimiento estudiantil de 1989 y la Séptima Papeleta. *De toda la gente - Banco de LA República*.
- Tascón, T. E. (2000). *Historia del Derecho Constitucional Colombiano*. Pereira: Litoalfa.
- Uribe, M. T. (1987). La Constitución de 1886 como respuesta a la crisis del modelo federal y a la confrontación nación-región en Colombia. 6-9.
- Villavicencia, S. (2003). *La (im)posible República*. Filosofía política contemporánea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Obtenido de La (im)posible República: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20100603120826/7villavicencio.pdf>
- Zalamea Costa, A. (7 de Marzo de 1991). *Banco de la República - Biblioteca virtual Luis Ángel Arango*. Obtenido de Artículo primero de la Constitución: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa857260.pdf>

Para citar este artículo:

Guerrero, V. E. y Petro Bernal, M. (2018). La República en Colombia desde el ideal de Platón, Jean Bodino y Emmanuel Kant. *Vís Iuris*, 4(7), 72-92.

Las encrucijadas de la paz territorial en Colombia:

Modelos, problemas y apuestas en contextos de pos-acuerdo

The crossroads of territorial peace in Colombia:

Models, problems and bets in post-agreement contexts

Miguel Antonio Morón Campos¹

RECIBIDO: 23-03-17

ACEPTADO: 17-04-17

PUBLICADO: 09-01-17

Resumen

Las estrategias de construcción de paz en medio del conflicto y en contextos de pos-acuerdo implican desafíos que superan las experiencias internacionales respecto a estas. El objetivo del análisis que aquí se presenta, pretende abordar las implicaciones de la paz territorial de cara a las propuestas que el Estado colombiano ha adaptado para la transformación del conflicto armado. A partir de un enfoque cualitativo los resultados de esta investigación documental evidencian la fragilidad de la aplicación de estos modelos a la hora de aplicarlos en el contexto, pues el uso de técnicas de intervención, entre los actores en conflicto (víctimas, victimarios y espectadores), dependen de otras condiciones que superan el orden epistemológico de las mismas, ello es la capacidad para construir a partir de la imaginación moral.

Palabras clave: Paz Territorial, Reintegración, Justicia Transicional, Atrocidad, Derechos Humanos.

Abstract

Peace-building strategies in the midst of conflict and in post-agreement contexts imply challenges that outweigh international experiences in these contexts. The objective of the analysis presented here aims to address the implications of territorial peace in the face of the proposals that the Colombian State has adapted for the transformation of the armed conflict. From a qualitative approach, the results of this documentary research show the fragility of the application of these models when applying them in the context, since the use of intervention techniques between the actors in conflict (victims, victimizers and spectators) depends of other conditions that exceed the epistemological order of the same, it is the capacity to construct from the moral imagination.

Keywords: Territorial Peace, Reintegration, Transitional Justice, Atrocity, Human Rights.

¹ Abogado egresado de la Universidad de Cartagena (Colombia), estudiante de la III cohorte de la maestría en Conflicto Social y Construcción de Paz de la misma universidad. miembro del grupo de investigaciones Sociales y Jurídicas del Tecnológico Comfenalco-Cartagena. Profesor de Teoría General del Delito de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. mmoron@tecnocomfenalco.edu.co

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas tienen el propósito de describir una serie de categorías pertenecientes al campo disciplinar llamado “Estudios de Paz” (Webel & Galtung, 2007), las cuales, de acuerdo al contexto colombiano, se articularán para hacer una aproximación a las apuestas que supone la construcción de paz de cara a la transición de un conflicto que lleva más de medio siglo. Para ello, el trabajo será desarrollado en tres puntos diferentes, articulados entre sí bajo una estructura *Top-Down*, de lo general a lo particular (Denzin & Lincoln, 2012, pág. 54), esbozando unas líneas gruesas que alimentarán un trabajo mucho más ambicioso sobre las implicaciones de construir memoria en comunidades que colectivamente han sido víctimas de la violencia.

Evidentemente, la literatura en torno a los estudios de paz ha aumentado desde su surgimiento en los años 90. La producción y problematización de ese campo disciplinar en Colombia se ha cualificado desde la apropiación de la justicia transicional en la primera década del siglo XXI (Centro de Investigación y Educación Popular, CINEP, 2016), por ello, de acuerdo a las pretensiones de un trabajo de este tipo, además de usar fuentes secundarias, también será selectiva en clave con las reflexiones y aportes de la literatura recomendada por el seminario Cooperación y Construcción de Paz, desarrollado en el marco de la maestría en Conflicto Social y Construcción de Paz de la Universidad de Cartagena.

La primera parte del trabajo se enfoca en la pregunta ¿Cómo construir paz desde los territorios? Con ello se esbozarán los dos modelos dominantes a la hora de diseñar estrategias de intervención en los territorios. Por un lado, se describirán las principales características del modelo Global-Internacional y el modelo Local-Solidario, pero antes se hará una claridad analítica en que estos se condicionan a las perspectivas teóricas de la construcción de paz: 1) Policy Oriented; 2) Problem-Solving; 3) Crítica Teórica. Al articular estos dos elementos de los estudios de paz, se podrá asumir un mayor rigor analítico en la comprensión de los modelos de intervención, pero también constituye la condición de posibilidad para la delimitación de enfoques en los diferentes discursos e investigaciones, así como los posibles puentes entre uno y otro modelo [Mixto], que tienen por objeto la construcción de paz.

La segunda parte de este trabajo se concentrará en las particularidades del modelo de paz territorial que se ha ido tejiendo en Colombia, análisis que

partirá de las reflexiones sostenidas por la oficina del Alto Comisionado para la Paz en dos intervenciones desarrolladas entre 2013 y 2014. Si bien el panorama político con el que se elaboran estas líneas es otro, así como la consolidación del documento “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, las ideas que en su momento fueron defendidas por el Alto Comisionado para la Paz, siguen teniendo vigencia en los alcances argumentativos de su propuesta en términos de justicia transicional y construcción de paz en Colombia, por ello, se evidenciará cuáles son las innovaciones del modelo de paz territorial, pero también se abordará lo problemático que pueden ser estas propuestas.

En ese sentido, este segundo aparte se ha intitulado como el peligro de las ilusiones, pues apela a un uso crítico de este tipo de discursos coqueteando con respuestas que no obedecen a las condiciones democráticas de los territorios, teniendo en cuenta las particularidades con que se ha desarrollado el conflicto colombiano.

La tercera parte tendrá como eje el rol de los actores que en su momento tuvieron fueron combatientes. Si bien el enfoque de paz territorial se concentra en las víctimas y espectadores del conflicto, este segundo eje, referido a los procesos de reintegración a la vida social de excombatientes, consolida la tercera perspectiva para construir procesos de paz estable y de diálogo participativo.

Por último, se desarrollarán unas líneas gruesas que hace las veces de **Comentarios Finales** en torno a los posibles panoramas que supone la paz territorial y los retos de la participación ciudadana a la hora de deliberar las implicaciones y aplicaciones de lo discutido en La Habana.

¿CÓMO CONSTRUIR LA PAZ EN LOS TERRITORIOS? UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS ESTUDIOS DE PAZ

Emprender procesos de formación académica en torno a la construcción de paz, además de delimitarlo al campo disciplinar conocido como “estudios de paz”, es necesario iniciar en la separación analítica de tres perspectivas teóricas, que a la vez, de acuerdo a la producción académica que ella supone en tiempo y espacio, también es epistemológica. Estas tres perspectivas han sido categorizadas como la “Policy Oriented”; la “Problem – Solving”; y la perspectiva “Crítica Teórica” (Paladini Adell, 2012, pág. 4). Cada una de estas

perspectivas, contiene horizontes de proyección diferentes, guardando un objeto de conocimiento en común.

Una de las investigaciones que se ha preocupado de delimitar temporalmente estas perspectivas ha sido la de Paladini (2012, pág. 67), pues al desarrollar cada una de estas categorías, las cruza con los avances y problemas que la comunidad internacional, entre otros actores, han tenido en torno a la construcción de paz de países que están en conflicto o han percibido violaciones sistemáticas y masivas de Derechos Humanos.

En ese sentido, estas tres perspectivas se articulan a los avances de la problematización en torno a la construcción de paz, la cual si bien no puede pensarse que es lineal, las reflexiones de Paladini invitan verlas como una lectura progresista a la hora de cuestionarse sobre los alcances y desafíos de la construcción de paz.

La primera perspectiva, la Policy Oriented, se concentra en evidenciar, describir y socializar “documentos oficiales o similares de organizaciones como las Naciones Unidas y otras instituciones promotoras de la construcción de paz” (Paladini Adell, 2012, pág. 4). El contexto de esta perspectiva está en los inicios de la construcción de paz como categoría que debía ser incluida dentro de las agendas políticas internacionales, así como las reflexiones que permitieron independizar académicamente el campo disciplinar de los estudios de paz a mediados de la década de los noventa del siglo XX. La condición metodológica de esta categoría está en un nivel perceptual o indagatorio (Hurtado, 2000, pág. 223). La condición epistémica de las propuestas o reflexiones de esta perspectiva se delimitan a describir, revisar o explorar sobre los avances institucionales con que se pensaba la construcción de paz. Principalmente, esta perspectiva pudo desarrollar todo un lenguaje en torno a la paz, la cual no se limitaba al ejercicio operacional, si no en términos de infraestructura.

La segunda categoría, la Problem – Solving, tiene por objeto “revisar las propuestas y prácticas de la construcción de paz para identificar cómo mejorar la eficacia de las mismas” (Paladini Adell, 2012, pág. 4). El ejercicio académico de esta segunda perspectiva se concentra en un segundo nivel de complejidad epistémica. Si la primera categoría se preocupaba por “conocer” la construcción de paz a nivel institucional, la Problem – Solving analiza qué tan efectivas son. Es decir, la apuesta de esta perspectiva está contextualizada

consecuentemente al posicionamiento de la construcción de paz dentro de la agenda internacional, los retos académicos y políticos no quedan en construir la paz en contexto de conflicto o de transición, si no en verificar cómo ha sido la implementación de las estratégicas y modelos que le apuesten a esos objetivos. En ese sentido, esta segunda categoría está en un nivel aprehensivo del conocimiento (Hurtado, 2000, pág. 269), pues su horizonte de proyección tiene por objeto interpretar y analizar la implementación de las estrategias.

La tercera perspectiva para comprender la construcción de paz es la Crítica Teórica, la cual se concentra en “las relaciones de poder que se establecen alrededor del concepto y cómo este se reproduce reflejando una forma de entender el mundo” (Paladini Adell, 2012, pág. 4). Una perspectiva de este nivel, a pesar de su estrecha relación metodológica con la segunda perspectiva, va mucho más allá, pues le apuesta a una transformación dialéctica de los elementos discursivos de la construcción de paz que devienen del ejercicio teórico y de la práctica. En ese sentido, esta tercera perspectiva le apuesta a nivel comprensivo de las herramientas, técnicas e infraestructura de la construcción de paz en los territorios, pues su ejercicio no se limita e evidenciar la eficacia de un modelo sino que propone e imagina propuestas, diseña a partir de la confrontación entre el diseño y su aplicación (Hurtado, 2000, pág. 281). La apuesta de Crítica Teórica es explicar y comprender cómo se hace la construcción de paz. Precisamente, frente a las complejidades que caracteriza al planeta en este nuevo siglo, esta perspectiva guarda coherencia con las reflexiones en torno a la transformación de los conflictos en contextos bélicos (Rivera Beiras, 2010, pág. 90).

Si bien estas tres perspectivas ya venían siendo discutidas en la década de los ochenta, no se puede negar la relevancia y fuerza que adquieren al momento que emergen los estudios de paz en el campo académico. En ese sentido, cruzar un horizonte temporal de las reflexiones globales en torno a la construcción de paz solo es por intereses explicativos y metodológicos. Sin duda, desde el inicio de los noventa ya existían lecturas de análisis y críticas en torno a los procesos e intervenciones de paz que existían en el planeta, pero ellas no estaban alimentadas por el lenguaje y los marcos teóricos con los que se ha diseñado la construcción de paz desde entonces.

La aclaración de estas tres perspectivas permite abonar terreno para comprender los dos principales modelos a la hora de construir la paz en

los territorios, pero también, el objetivo de hacer esa explicación se fundamenta en poder describir el puente existente entre esos dos modelos y su aplicación [Modelo Mixto]. Sin duda, cualquier apuesta a diseñar un modelo de construcción de paz, debe alejarse de los esencialismos teóricos o el condicionamiento del elitismo político, por ello, la condición de posibilidad de un modelo que vincule tanto el **Top –Down Approaches**, como el **Bottom-Up Approaches**, es decir, un modelo mixto, es a partir de las reflexiones derivadas de la perspectiva Crítica Teórica, sin ella, cualquier apuesta estaría delimitada epistemológicamente a sus horizontes de proyección y por lo tanto, insuficiente en su aplicación.

El Bottom-Up Approaches, también conocido como modelo local y desde abajo o local-solidario, tiene por objeto el fortalecimiento de las instituciones democráticas en contextos locales, los cuales motivarían a una movilización positiva de "las capacidades, los recursos y activos de los actores locales para la transformación no violenta de la conflictividad" (Paladini Adell, 2012, pág. 38). A partir de las condiciones del conflicto, la apuesta de este modelo es consolidar todo un proceso de transformación comunitario e institucional desde un acompañamiento y diversas acciones humanitarias. La apuesta de las intervenciones de este tipo de modelo está en la independencia con que la comunidad forja sus propias decisiones, es decir, la apuesta local implica apartarse de posiciones asistencialistas, no solo en el proceso de deliberación de las decisiones, si no en su implementación, pues metodológicamente, los actores interactúan verticalmente [actores locales y nacionales], así como horizontalmente [entre pares] (Paladini Adell, 2012, pág. 38). De esta forma, la apuesta por la democracia se enfoca en crear las condiciones de posibilidad que permitan una gobernabilidad en clave con los límites de la legalidad. Sin embargo, el peligro de un modelo de estos, donde las decisiones políticas a nivel territorial dependen de sus propios actores, corre el peligro de pervertir el proceso de deliberación en un proceso elitista en donde ciertos sectores políticos que hipotéticamente han cooptado el poder de forma histórica, podrían asumir el liderazgo que supone las reformas institucionales de la paz, de espaldas a las necesidades de la comunidad, es decir, manifestándose prácticas corruptas que no permitiría la transición de una comunidad en la que se ha manifestado violaciones masivas de derechos humanos, producto de un conflicto armado o guerra.

Por otro lado, el Top - Down Approaches, también llamado Global - Internacional o Político Institucional, difiere del modelo anterior en cuanto la consolidación del modelo sometido a discusión. Por lo general, la motivación con la que se apela a este tipo de modelo es cuando un Estado ha recibido el calificativo de Fallido o se está frente a Estados que necesitan una transición de la guerra a la paz (Paladini Adell, 2012, pág. 29). Este tipo de modelo tiene dos dimensiones, como bien lo describe Paladini (Paladini Adell, 2012, pág. 39):

1. El contexto regional, es decir, trabajar con los países vecinos al contexto conflictivo y con aquellos que tienen intereses concretos en una determinada salida u otra a la conflictividad.
2. Trabajar la dimensión transnacional de los conflictos, que se expresa en las tensiones entre países amigos y enemigos, alianzas y relaciones que se hacen y deshacen, dinámicas políticas en otros países o dinámicas criminales que cruzan fronteras como el narcotráfico.

Si bien este modelo se caracteriza por su solidez en cuanto a la validez con que se enuncian las estrategias de construcción de paz, pues está amparado y defendido por organizaciones internacionales, la crítica estructural que se hace al mismo es en torno a diversas experiencias en las que no se han podido articular estas propuestas de paz con las particularidades con que los gobiernos locales le hacen frente a los problemas manifiestos del conflicto armado (Paladini Adell, 2012, pág. 40), o también cómo las comunidades reaccionan cuando este tipo de modelos niega tradiciones culturales.

Por ello, en la línea de Paladini (2012, pág. 70), es necesario comprender las dinámicas entre uno y otro modelo. Sus alcances, pero ante todo sus limitantes. En esa línea, apoyándose en el trabajo académico de Lederach (Lederach & Scott Appleby, 2010, pág. 23), a la hora de diseñar un modelo de construcción de paz, Paladini hace uso del concepto "construcción de paz estratégica", pues esta categoría, además de apostarle al cambio social y a la transformación de los conflictos, entiende que cualquier diseño a la hora de construir la paz tiene una pluralidad de dimensiones que pueden valorarse y definirse en corto, mediano y largo plazo (Paladini Adell, 2012, pág. 70). La complejidad que propone una categoría de estas a la hora de reflexionar en torno a la paz territorial, permite separar analíticamente cualquier tipo de propuesta, sin evitar caer en la sobredimensión de las mismas. Su uso permitiría la construcción de un modelo equilibrado entre las innovaciones de las experiencias internacionales y las particularidades de la realidad local.

EL PELIGRO DE LAS ILUSIONES. PROCESOS Y ACTORES EN LA PAZ TERRITORIAL COLOMBIANA.

La paz territorial en Colombia que se ha propuesto en el marco de los Acuerdos entre el Gobierno Nacional y las FARC, guarda ciertas particularidades que lo separan de los diferentes procesos de paz que se han desarrollado en estos 50 años de guerra que persisten en Colombia.

Siguiendo la estrategia del acuerdo que le antecede, la primera característica de la paz territorial que se está imaginando para Colombia es la inclusión de la Justicia Transicional (Jaramillo, 2013, pág. 1), la cual se caracteriza por implementar medidas judiciales y extrajudiciales frente a violaciones masivas de DDHH, sin limitarse a las medidas punitivas y proponiendo reformas institucionales para evitar el resurgimiento de la violencia masiva. En ese sentido, los principios de Verdad, Justicia y Reparación, sin duda alguna vincula la voz y participación de las víctimas, no solo para que sean reparadas frente a los daños causados por la guerra, sino para evitar que este tipo de manifestaciones vuelvan a producirse (Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2016). Por ello, la Oficina del Alto Comisionado para la paz, sostiene que las víctimas están en el centro de los acuerdos, que sus aportes e intervenciones en el proceso de deliberación, es estructural (Jaramillo, 2016, pág. 1).

En esa línea, esta Oficina comprende el proceso de Transición a partir de tres características particulares: La temporalidad con que se pretende desarrollar lo acordado; la excepcionalidad con que se diseñaran las herramientas para transformar un conflicto de más de cincuenta años; y la territorialidad con que deben ser deliberados e implementados los acuerdos diseñados (Jaramillo, 2013, pág. 3). Este último elemento supone una apuesta en la que el enfoque de derechos, debe ser diseñado con un enfoque territorial (Jaramillo, 2016, pág. 2).

La particularidad con la que diversas intervenciones de esta Oficina han mantenido el acento en torno al papel de los territorios, supone concluir que el modelo de construcción de paz colombiano tiene muchas similitudes con el modelo local-solidario (Bernardelli Velásquez, 2014, pág. 13). Las razones de esta postura no obedecen a un capricho del gobierno nacional: la necesidad de pensar e implementar la paz desde los territorios, busca quebrar la tradición centralista con la que se han diseñado las diversas políticas nacionales para contener el conflicto armado (Jaramillo, 2016, pág. 5). Sin duda, esta

estrategia abre el espectro democrático en torno a las formas como se ha vivido la violencia, permitiendo un posible vínculo entre la deliberación y la reconciliación, pues el gobierno defiende la tesis en la que abrir los espacios de diálogo construye canales de confianza institucional (pág.5); pero también crear las condiciones de reconciliación entre víctimas, victimarios y espectadores del conflicto (Cohen, 2001, pág. 168).

Todos estos elementos, generan las condiciones de imaginarse un país diferente. Sin embargo, estas estrategias podrían tornar en ilusiones o espejismos, al no tener en cuenta los peligros de este modelo. En el contexto colombiano, donde los índices de actividades delictivas relacionadas con la corrupción y el narcotráfico son altísimos (Iturralde, 2010, pág. 229), si no se crean las condiciones para generar nuevos liderazgos, el proceso deliberativo e incluso sería pervertido en una dinámica elitista (Freedman, 2008, pág. 285). Por ello, a pesar de las particularidades e innovaciones con las que se ha diseñado una paz territorial separada de la violencia manifiesta del conflicto (Paladini Adell, 2014), puede peligrar frente a las acciones de actores que no le apuestan a la transformación de los conflictos por la vía deliberativa, apelando a la respuesta bélica y punitiva. Por ello, a la hora de pensar la paz territorial en Colombia, no solo se hace necesario mirar a las víctimas, los victimarios y los espectadores, sino tener una mirada cautelosa frente a los opositores que hacen las veces de oportunistas del dolor ajeno (Freedman D. , 2015).

DOS APUESTAS PARA UN MODELO DE REINTEGRACIÓN EXITOSA

Pensar la reintegración en un país como Colombia, no es otra cosa que consolidar las reflexiones necesarias para la transformación de conflictos. Los estudios de justicia transicional concuerdan que para dar paso a sociedades democráticas o sociedades en donde la paz sea la regla (y no la excepción), además de hacer acento en procesos de verdad, justicia y reparación, también deben construirse espacios en donde los actores armados que hacían parte del conflicto, vuelvan a la vida civil (Rincón, 2010). En esa línea, la Agencia Colombiana de Reintegración (ACR) ha consolidado una ruta que se apoya en una serie de dimensiones que permitirían a un desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley, volver a la vida civil, es decir, a reintegrarse social y económicamente (Agencia Colombiana para la Reintegración, 2015).

En el marco de las estrategias en torno a la construcción de paz tras periodos de violencia, uno de los grandes ámbitos de intervención son aquellas actividades de seguridad y gobernanza encabezada por los procesos de desarme, desmovilización y reinserción (DDR) (Grasa & Mateos, 2011). Si bien esta serie de procesos se centran en los excombatientes que quieren volver a la vida civil, los *peacebuilding Studies* (Richmond, 2010) han hecho énfasis permanente en que la verdadera fortaleza de esta serie de procesos es su carácter comunitario.

Por ello, la ACR contempla ocho dimensiones que, de forma holística e integral, pretende hacer el acompañamiento a los desmovilizados que deseen reintegrarse, estas dimensiones son: personal, productiva, familiar, habitabilidad, salud, educativa, ciudadana y seguridad (Agencia Colombiana para la Reintegración, 2016). Una de las fortalezas con las que se han diseñado estas dimensiones es que ninguna está por encima de otra, pues la agencia ha comprendido que cada una de estas dimensiones son los presupuestos para generar las capacidades y oportunidades para que una persona desmovilizada vuelva a reconstruir su vida.

Por fuera de una lógica asistencialista, el modelo de reintegración que la Agencia ha diseñado para los actores del conflicto colombiano ha permanecido en una revisión permanente, pues además de la forma en cómo se ha consolidado el tema desde las organizaciones internacionales, el hecho de que la agencia esté adscrita a la Presidencia de la República, ha hecho lento el proceso de asimilación en los diferentes entes territoriales que están a lo largo y ancho del país.

Sin embargo, en el marco de asumir procesos de mejoramiento permanente, así como el uso de la deliberación, presupuesto de toda democracia, a pesar de los aspectos positivos y los beneficios consolidados en el tiempo que lleva trabajando la Agencia, se hace indispensable reflexionar sobre cómo es posible consolidar una reintegración exitosa en nuestros contextos.

Los procesos de reintegración son procesos colectivos. No es posible reconstruir el tejido social si no se hace un llamado a los diversos sectores sociales. Sin duda, el presupuesto de toda democracia es la diferencia y con ello, el conflicto. En ese sentido, la reintegración de un desmovilizado debe partir de que es un proceso traumático, pues implica entrar en el debate de las

diferencias, de las posiciones políticas o las cosmovisiones culturales con que los actores ven y asimilan el conflicto. En ese sentido, una reintegración exitosa debe buscar espacios en donde los victimarios, ahora desmovilizados, se articulen con las víctimas y con los espectadores del conflicto. Las voces y relatos que se consolidan dentro de la figura que forman cada vértice donde están estos actores, Stanley Cohen le ha llamado el triángulo de la atrocidad (Cohen, 2008): el espacio en donde empieza a construirse la verdad (y por lo tanto la memoria histórica). Si bien el modelo contempla una articulación con la Dirección de los Acuerdos de la Verdad (DAV) del Centro Nacional de Memoria Histórica, resulta insuficiente para hacer las paces con un gran sector de la sociedad (los espectadores del conflicto) que se ha negado a acercarse al trabajo que ha hecho esta entidad.

Por ello, una de las falencias estructurales que trae consigo el modelo de reintegración en un país como Colombia es la poca articulación con otras entidades y sus políticas. Si bien esto no es un problema propio de la Agencia, pues es la regla con la que el Estado Colombiano ha pensado su proceso de justicia transicional: atiende los problemas por nichos poblacionales, fragmentando actores y necesidades, un ejemplo claro es cómo el Estado trata a los excombatientes mayores de edad que dejan las armas (desmovilizados) y los excombatientes menores de edad que dejan las armas (desvinculados), los primeros pasan a ser acompañados a la ACR y los segundos al ICBF (Soto, 2016).

Si bien la página institucional de la Agencia tiene una ventana en donde reseña a los "aliados de la reintegración": academia, Centros de Pensamiento, Cooperantes, Sector Privado, Gobiernos locales, Iglesias y Organizaciones Sociales, en la misma no se visibiliza el trabajo que se ha consolidado con estas. Por ello, sin duda, un presupuesto para consolidar una reintegración exitosa es darle la palabra también a esta serie de instituciones que sin duda hacen un ejercicio de control social sobre los medios y fines que garantizan prácticas legítimas en el campo social.

En ese sentido, la visibilidad de cómo se articula el modelo con las políticas de cada una de estas instituciones, es necesaria para consolidar un modelo exitoso. Sin duda, para ello es necesario que el discurso de la ACR, así como todo el marco teórico y analítico que se ha desarrollado alrededor de los procesos de Desarme, Desmovilización y Reinserción (en adelante DDR) sean

objeto de aprendizaje por parte de estas instituciones. En ello, el liderazgo no solo debe estar en cabeza de la Agencia si no de la academia como institución de movilización social. Además de consolidar estrategias concretas para pensar permanentemente el modelo, también es una forma de consolidar epistémicamente una deliberación democrática (un espacio en donde no se consolide una sola voz). Por esas razones, aquí también se debe ceder la palabra a los desmovilizados, no hacerlo es castrar el proceso desde su inicio, pues no es posible realizar un acompañamiento formativo en valores democráticos si la construcción y consolidación del mismo no fue democrática.

Una apuesta de este tipo se concentra en consolidar un modelo de reintegración en clave democrática. Lederach es uno de los académicos que ha puesto como debate la reflexión de si la construcción de la paz es una técnica o un arte (Lederach, 2016). Independientemente de las implicaciones académicas que trae consigo el debate, es claro que tanto una como otra son necesarias. Asumir esta estrategia no debe referirse solo a los resultados de las actividades o informes finales, sino también a cómo es posible consolidar un ciudadano crítico por medio de la literatura, ello implica no solo acompañar al desmovilizado si no también acompañar a los espectadores que por voluntad (la comunidad) deseen hacer parte del proceso.

CONCLUSIONES

El conflicto colombiano es un fenómeno complejo el cual se separa de otras experiencias internacionales vividas a lo largo del siglo XX (García, 2012, pág. 66). Entre otras particularidades, la pluralidad de actores, así como el carácter ribosómico con que se expresa la violencia en diferentes lugares del territorio, hace del conflicto colombiano un laboratorio para aquellos que dentro de sus agendas académicas y políticas está la construcción de paz (Paladini Adell, 2014, pág. 6). Por ello, cualquier modelo de paz que se quiera trasplantar y aplicar en Colombia, debe, además de ser contextualizado, someterse a un proceso de deliberación democrática sobre su aceptación o rechazo. Sin duda, este proceso no supone la condición de la verdad revelada, pero sí una forma de que al tomar una decisión política se disminuya el margen de error. Los procesos de deliberación en las comunidades permiten legitimar los procesos no solo en sus implicaciones técnicas, si no también morales (Nino, 1998). Con ello, los modelos de intervención de paz en los territorios deben mantener un equilibrio sobre las apuestas y proyectos de las comunidades. No hacerlo

supone llevar a la construcción de paz a una encrucijada caracterizada por un diseño tecnificado pero socialmente no asimilado.

Con esto, vale aclarar que un modelo de paz que se diseñe desde arriba hacia los territorios, deba ser rechazado de plano o asumirlo con sospecha; la postura de los constructores de paz y de los diferentes actores sociales frente a este tipo de modelos deber ser mantener la cautela, en palabras de Lederach, asumir el rol de pesimistas constructivos (Lederach, 2016, pág. 131).

El pesimismo no solamente se reduce a la presencia de desconfianza. Evidentemente la falta de confianza se alimenta por los ciclos de violencia que se han mantenido durante décadas, de hecho, la apuesta de los procesos de paz se dirigen, entre otras, a restablecer la confianza. El pesimismo destructivo, asume su mayor punto en los procesos de transición de la guerra a la paz. La reflexión final a la que deben apostar los diferentes actores que están discutiendo e imaginando la paz en Colombia -apelando al trabajo académico e investigativo de Lederach (pág. 132)-, es asumir esa desconfianza como un mecanismo de control de la realidad [pesimismo constructivo] que permita garantizar que el cambio no sea superficial, eternamente optimista o que no encubra otras intenciones, propia de los oportunistas del dolor ajeno, la desconfianza nos permite denunciar las falsas esperanzas, la actitud de sospecha propia del investigador social, mantiene una autonomía racional alejada de las pasiones del momento.

En ese sentido, los avances y resultados de investigación del campo académico de los Estudios de Paz en Colombia, no deben concentrarse en fórmulas y modelos acabados propio de los sabios que creen tener todas las respuestas, en realidad, tiene mayor valor académico aquellos trabajos que, acercándose a la posición del ingenuo, asumen el valor de la pregunta como condición de posibilidad para comprender los misterios del mundo, evidenciando que la construcción de paz, además de ser una caja de herramientas, constituye un arte que nos permite imaginar otra realidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agencia colombiana para la Reintegración. (12 de junio de 2015). La Reintegración. Obtenido de ¿Qué es?: <http://www.reintegracion.gov.co/es/la-reintegracion/Paginas/quees.aspx>
- Agencia colombiana para la Reintegración. (12 de junio de 2016). Obtenido de ¿Cómo es la ruta de la reintegración?: http://www.reintegracion.gov.co/es/sala-de-prensa/PublishingImages/Paginas/infografias/infografia_proceso1.jpg

- Bernardelli Velásquez, L. (2014). Aproximación a iniciativas locales de construcción de paz en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional.
- Centro de Investigación y Educación Popular, CINEP. (30 de agosto de 2016). Balance crítico de los estudios de paz en Colombia. Obtenido de <http://cinep.org.co/Home2/component/k2/item/123-estudios-de-paz.html>
- Centro Internacional para la Justicia Transicional. (23 de agosto de 2016). ¿Qué es la Justicia Transicional? Obtenido de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- Cohen, S. (2001). *States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering*. Cambridge: Polity Press.
- Cohen, S. (2008). *States of Denial. Atrocities and Suffering*. Cambridge: Polity Press.
- Denzin, N., & Lincoln, Y. (2012). Introducción general. La investigación cualitativa como disciplina y como práctica. En N. Denzin, & Y. Lincoln, *El campo de la investigación cualitativa* (págs. 43-102). Barcelona: Gedisa.
- Freedman, D. (2008). Los miedos de los penalistas. Algunos comentarios a "Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad". En R. Gargarella, *De la injusticia penal a la justicia social* (págs. 283-300). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Freedman, D. (22 de noviembre de 2015). La aceptación del sufrimiento. Algunos comentarios sobre "Estados de Negación" de Stanley Cohen. Obtenido de http://www.eldial.com.ar/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=3946&id_publicar=4968&fecha_publicar=12/05/2008&camara=Comentario%20Bibliogr%E1fico&base=99
- García, A. (2012). Políticas del miedo. En G. Gallego García, & M. González Ordovás, *Conflicto armado, justicia y reconciliación* (págs. 63-84). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Grasa, R., & Mateos, O. (2011). *Guía para trabajar en la construcción de la paz*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de la investigación holística*. Caracas: Sypal.
- Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Jaramillo, S. (2013). La transición en Colombia. Foro: Dilemas Jurídicos del proceso de paz (págs. 1-8). Bogotá: Oficina Alto Comisionado para la Paz.
- Jaramillo, S. (2 de septiembre de 2016). La Paz Territorial. Obtenido de <http://equipo-pazgobierno.presidencia.gov.co/prensa/declaraciones/Paginas/paz-territorial-sergio-jaramillo-alto-comisionado-paz-proceso-paz.aspx>
- Lederach, J. P. (2016). *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*. Bogotá: Semana Libros.
- Lederach, J. P. (2016). *La imaginación Moral. El arte y el alma de la construcción de paz*. Bogotá: Semana Libros.
- Lederach, J. P., & Scott Appleby, R. (2010). *Strategic peacebuilding: An overview*. En D. Philpott, & G. Powers, *Strategies of Peace* (págs. 19-44). New York: Oxford University Press.
- Nino, C. (1998). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- Paladini Adell, B. (2012). *Construcción de paz como emprendimiento político. Una aproximación histórica, descriptiva, operativa y teórica*. Madrid: Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.
- Paladini Adell, B. (2014). *Hacia un sistema de apoyo a la construcción de paz territorial. Una propuesta para enriquecer el dialogo sobre la paz territorial en Colombia. Foro Escenarios de Post-conflicto en Colombia. Agenda, oportunidades y hoja de ruta* (págs. 1-23). Barcelona: Academia.edu.

- Richmond, O. P. (2010). *Palgrave advances in peacebuilding*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Rincón, T. (2010). *Verdad, justicia y reparación: la justicia de la justicia transicional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rivera Beiras, I. (2010). *Violencia estructural e institucional, crímenes de Estado y guerra. Una <<nueva>> ruptura epistemológica en la criminología*. En C. Fernández Bessa, H. Silveira Gorzki, G. Rodríguez Fernández, & I. Rivera Beiras, *Contornos bélicos del Estado Securitario. Control de la vida y procesos de exclusión social* (págs. 83-102). Barcelona: Anthropos Editorial; OSPDH; Universidad de Barcelona.
- Soto, J. (2016). *Desarme, Desmovilización y Reintegración: retos para el caso colombiano*. Bogotá: ACR.
- Webel, C., & Galtung, J. (2007). *Handbook of Peace and Conflict Studies*. New York: Routledge.

Para citar este artículo:

Moron Campos, M. A. (2018). Las encrucijadas de la paz territorial en Colombia: Modelos, problemas y apuestas en contextos de pos-acuerdo. *Vis Iuris*, 4(7), 93-107.

Preterintención: Un periódico de ayer

Preterintention: A newspaper from yesterday

Álvaro Salgado González¹ - Nohora García Romero² - Paulo López Torres³

RECIBIDO: 11-01-17

ACEPTADO: 26-02-17

PUBLICADO: 09-01-17

RESUMEN

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce tres modalidades de la conducta: Dolo, culpa y preterintención, en la que esta última está compuesta de las dos primeras figuras que a su vez, son distintas y excluyentes entre sí. Esto pone en tela de juicio la autonomía de la preterintención y crea la necesidad de su estudio y comparación con otras figuras y teorías propuestas en el derecho, agregando además la subsistencia de una institución para sólo dos tipos penales de nuestro ordenamiento jurídico, los cuales cumplen con los elementos básicos de otra institución como los delitos agravados por el resultado.

Palabras clave: Agravantes, culpa, dolo, preterintención.

ABSTRACT

The Colombian legal system recognizes three modes of conduct: dolo, guilt and preterintention, in which the latter is composed of the first two figures which in turn are distinct and mutually exclusive. This puts into question the autonomy of preterintention and creates the need for its study and comparison with other figures and theories proposed in the law, adding also the subsistence of an institution for only two criminal types of our legal system, which comply with the basic elements of another institution as the crimes aggravated by the result.

Key words: Aggravation, guilt, dolo, preterintention

¹ Docente investigador de la Universidad de Cartagena, magister en Derecho Penal, líder del semillero de investigación Germinación – tutela penal adscrito al grupo de investigación Filosofía del derecho, derecho internacional y problemas jurídicos contemporáneos. E-mail: alvarosalgado@gmail.com

² Miembro del semillero de investigación Germinación - Tutela Penal de la Universidad de Cartagena, dirigido por el docente investigador Dr. Álvaro Salgado González. E-mails: nohora071@hotmail.com

³ Miembro del semillero de investigación Germinación - Tutela Penal de la Universidad de Cartagena, dirigido por el docente investigador Dr. Álvaro Salgado González. E-mails: paanoto1993@gmail.com

INTRODUCCION

Nuestra normatividad penal señala que una conducta puede ser dolosa, culposa o preterintencional, aclarando que estas dos últimas solo podrán ser punibles en los casos expresamente señalados por la ley; definido así bajo el título Modalidades de la conducta punible, artículo 21, código penal colombiano. En otras palabras, la regla general parte de que toda conducta es dolosa, exceptuando conductas que logren configurar responsabilidad penal que puedan ser culposas y otras, que ni siendo dolosas ni culposas, son preterintencionales, entendiendo que esta última no es una tercera forma de imputación subjetiva, sino una clase de armonía entre la imprudencia y el dolo. (Zaffaroni, Alajía, y Slokar, 2003).

Partiendo de esa premisa, esta investigación cualitativa se basa en el estudio de la figura de la preterintención, en la que para llegar a esta, es necesario estudiar las otras modalidades de la conducta que la componen y la estructuran, teniendo como metodología el estudio de las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales no solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino de legislaciones foráneas en aras de ofrecer un planteamiento actualizado y conforme a la dogmática adoptada por nuestro código penal, considerando que muchos sistemas penales ya están considerando el estudio de la necesidad de esta figura y en la que en muchos de ellos, ya se encuentra abolida.

CONCEPTOS

1. Dolo

El concepto de Dolo, al igual que el concepto de Culpa, tuvo un gran cambio en su redacción en el Código Penal Colombiano de 2000 respecto al anterior código vigente desde 1980, debido a que su definición goza de amplias e importantes explicaciones doctrinarias que van desde Francesco Carrara hasta Vincenzo Manzini y muchos más, además de las teorías adoptadas por cada normatividad.

El causalismo (escuela penal alemana), orientación adoptada por el Código Penal de 1980 y el finalismo (escuela penal germana) el cual es adoptado en el Código Penal actual, examinan el dolo de forma diferente, el primero lo hace desde la culpabilidad abarcando tanto el conocimiento del hecho como su antijuridicidad. Por otro lado el finalismo, desde la tipicidad, solo señala

el conocimiento del hecho, no hace mención de la antijuridicidad comprendiéndola como un elemento de la culpabilidad y configurando el conocido tipo subjetivo del dolo. No obstante, pese a las fundamentales diferencias entre ambas teorías encontramos un punto de intersección, “quiere su realización”: La voluntad, en donde encontramos los elementos cognoscitivos y volitivos del dolo.

Tradicionalmente se ha definido al dolo como la conjunción de un conocer y un querer, materializado en la conciencia o psique del individuo. En consecuencia, el dolo se integra de dos elementos: uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo, que implica querer realizarlos. Por lo tanto, en materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ, 2010, M.P. Socha Julio).

Nuestro Código Penal reza:

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De lo cual se hace manifiesta la presencia de varias modalidades de dolo, además

En reciente decisión la Sala puntualizó que de acuerdo con la dogmática, los aludidos componentes del dolo no siempre presentan los mismos grados de intensidad, ni de determinación, lo cual ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: el directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual (CSJ, 2010, M.P. Socha Julio).

Dolo directo y dolo eventual.

Doctrinalmente se identifican dos tipos de dolo: Dolo directo y el dolo eventual también conocido como dolo indirecto. El dolo directo, lo define Garcés (2005) a continuación:

En este evento, la persona conoce previamente que la conducta está prohibida por la Ley, que su actuar es ilícito; no obstante ello, la quiere como suya y la realiza. Hay, entonces, una equivalencia o correspondencia entre el resultado y lo efectivamente querido o conocido (p.95).

Es decir, la persona tiene conocimiento y quiere la realización, como bien lo señala el código penal, de los hechos constitutivos del tipo penal.

En el dolo directo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias, en palabras de Zaffaroni (2003) el resultado, como consecuencia necesaria del proceder elegido para lograr su objetivo, es totalmente querido.

...El sujeto está seguro o casi seguro de que su conducta activa u omisiva traerá consigo unas consecuencias que están previstas como infracción penal, porque se presentan como inevitables; incluso le pueden parecer desagradables o puede no desearlas, pero esta disposición anímica no es relevante, porque predomina el aspecto intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo (Universidad Externado de Colombia, 2011, p.235).

El dolo eventual está compuesto, según Escobar y Monsalve (2013), por:

Las conductas imprudentes en las que siendo previsible la producción de un resultado lesivo fruto de la violación a un deber objetivo de cuidado o normas del tráfico jurídico del sujeto actuante –que precisamente buscaban evitar la producción de dicho resultado–, se viola una disposición penal (p.5).

En otras palabras, el sujeto acepta de antemano el posible resultado ya previsto, manteniéndose indiferente a este y persistiendo en su actuar.

En resumen, señala la Corte Suprema de Justicia:

“El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no

obstante habérselo representado como posible o probable” (2010, M.P. Bustos José).

2. Culpa

“Artículo 23. **Culpa.** La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”; definición de culpa en el Código Penal Colombiano, de la cual observamos dos tipos de culpa comúnmente conocidas como culpa sin representación y culpa con representación. Sin embargo, antes de entrar en estas definiciones es oportuno aclarar que la aplicación de esta modalidad de la conducta no es dable aplicarla de manera mecánica o instantánea, ya que la normatividad es clara al señalar que las conductas culposas o preterintencionales sólo serán punibles en aquellos casos que la ley haya determinado expresamente.

Nos dice Pabón (2005):

Resumiendo, para el finalismo en el delito culposo, el resultado se produce por la falta del debido control de la finalidad perseguida por el agente. El control de la finalidad hace que el resultado dañino sea evitable y previsible. Toda acción humana tiene una finalidad que controlada, asume la modalidad dolosa, e incontrolada, genera el hecho culposo (p.81).

Culpa sin representación.

En la culpa inconsciente el agente no desea el resultado y mucho menos lo ha previsto por lo que actúa con negligencia, no significando lo anterior que el resultado no sea previsible por el contrario, al serlo, se genera la sanción del actuar negligente.

Culpa con representación.

La culpa consciente abarcada en la segunda parte del artículo 23 del código penal colombiano, el agente no actúa con negligencia, puesto que si prevé el resultado, solo que éste piensa y confía que puede evitarlo, volviendo su actuar imprudente y generando el resultado no deseado.

Culpa con representación y dolo eventual.

En ambas modalidades el resultado es previsto y el actuar es imprudente, no obstante, a diferencia de la culpa con representación, en el dolo eventual el resultado es previamente aceptado, por lo que el agente insiste en su actuar sin importar el resultado final.

En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo (2010, M.P. Bustos José).

Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal (Mir, 1990, P.264).

3. Preterintención

Manteniendo la estructura de su redacción respecto al código penal anterior (1980), la preterintención, ahora comprendida como modalidad de conducta, sucede cuando el agente queriendo un resultado, produce uno más grave. “Dígase que existe responsabilidad preterintencional cuando el resultado más grave es previsible para el agente, debiéndosele reprochar por no haber reparado en esa situación pudiendo haberlo hecho” (CS), 2002, M.P. Gómez, Jorge).

Así, la preterintención se encuentra comprendida por una acción inicial dolosa y un resultado culposo, el cual debe ser más grave que el querido y consecuencia de la conducta inicial, es decir, debe existir un nexo de causalidad objetivo entre la acción que inicialmente realizó el agente y el hecho ultraintencional (Pabón, 2012).

De ahí, que se conozcan los siguientes elementos de la preterintención:

- a. Conducta inicial dolosa: Voluntad dirigida a la producción de un tipo penal.
- b. Producción de un resultado final distinto y más grave del querido por el agente: Este resultado debe ser, en la normatividad colombiana, previsible por el agente⁴.
- c. Nexo causal entre la conducta realizada y el resultado obtenido.
- d. Homogeneidad de bienes jurídicos protegidos: Entre el protegido por el resultado querido y el protegido por el resultado obtenido.
- e. El objeto material sobre el cual se realiza la acción delictiva sea el mismo objeto material que padece el resultado mayor finalmente producido.
- f. Que la figura se encuentre expresamente consagrada en la ley.

El código penal colombiano define la preterintención de la siguiente forma: “Artículo 24. Preterintención. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”. Al igual que en la culpa, recordamos que el delito preterintencional sólo será punible en los casos expresamente consagrados en la ley. En consecuencia, en nuestra normatividad encontramos contados delitos tipificados como preterintencionales, el más conocido por todos, el homicidio preterintencional (art. 105) y, el parto o aborto preterintencional (art. 118).

La ley 23 de 1991 (art. 1 N° 10), consagró como “contravención especial”, las lesiones personales preterintencionales con incapacidad no mayor de treinta días; en norma que no pasó a convertirse en delictual con el nuevo estatuto; éste sin embargo erige, dentro del capítulo sobre lesiones personales (Pabón, 2005, P.82).

3.1. Teorías que explican la naturaleza del delito preterintencional.

3.1.1. El delito doloso.

Esta teoría señala que el delito preterintencional es en esencia doloso, por ende se conduce al esquema general del dolo, empero no es doloso de forma

⁴ La previsibilidad del resultado obtenido, gran parte de la doctrina lo toma como un elemento totalmente autónomo, puesto que es necesaria para concretar la presencia o no de la causal de ausencia de responsabilidad descrita en el numeral primero, artículo 32 del código penal colombiano, caso fortuito y fuerza mayor.

exclusiva. Este comportamiento doloso es el imputado a la agente de forma puramente objetiva más allá del resultado más grave que el propuesto siendo este consecuencia del comportamiento doloso.

3.1.2. Dolo y culpa.

Se habla de una mixtura entre el dolo y la culpa. La presencia del dolo se atribuye al resultado inicial querido por el agente mientras la culpa, se observa en el resultado final obtenido.

3.1.3. Dolo eventual.

Al agente le es imputado un dolo eventual en el entendido que el resultado obtenido, es decir, el más grave, siempre fue querido por él. El segundo resultado es previsto por el agente al momento de querer la obtención del primer resultado.

3.1.4. Dolo y responsabilidad objetiva.

El elemento principal en esta teoría es el nexo causal. Siendo necesaria la presencia del dolo en el resultado menos grave, el resultado más grave se le imputa al agente excluyendo su naturaleza culposa y cualquier consideración subjetiva, siendo la preterintención una mezcla entre dolo y responsabilidad objetiva, donde la justificante para imputar el resultado más grave es el nexo de causalidad material.

3.2. Preterintención y dolo eventual.

En sentencia 30485, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, aclara la diferencia entre dolo eventual y preterintención:

En el dolo eventual el resultado no excede el propósito del agente, porque éste actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia el resultado lesivo que se va a producir si no hace nada para poder evitarlo.

En la preterintención, en cambio, el sujeto activo de la conducta riesgosa omite la posibilidad de prever el resultado mayor por la falta de deber de cuidado que le era exigible, siendo fácilmente constatable que esa conse-

cuencia no coincide con el propósito inicial del sujeto (2012, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán).

En decisión del 24 de noviembre del 2010, deja claro que:

Cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la intención o referente psíquico del agente, está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito, pues éste siempre es imprevisible o inevitable, e igualmente aquél que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esa especie de dolo el resultado no excede el propósito del agente, por cuanto éste lo acepta o lo deja librado al azar, una vez que, al advertir la probabilidad de su acaecimiento, de todas maneras actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser (CSJ, M.P. Julio Socha Salamanca).

3.3. Preterintención y culpa.

Esta diferencia es dejada en claro por pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia anteriormente citada (2010, M.P. Socha, Julio), a seguir:

...En la modalidad culposa no hay una relación intencional, es decir, la conducta no está orientada o dirigida a un predeterminado fin o resultado típico, lo que se presenta es un acto voluntario con desconocimiento del deber de cuidado, que ocasiona con base en un nexo de causalidad un resultado dañoso que el sujeto agente pudo conocer y prever.

Finalmente, la modalidad preterintencional de la conducta punible consiste en que el *"...resultado siendo previsible, excede la intención del agente"* (artículo 24 de la Ley 599 de 2000). En esta forma de culpabilidad, habiendo dirigido el sujeto su voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza pero diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería.

PRETERINTENCIÓN EN COLOMBIA Y LA NECESIDAD DE ELIMINARLA

El código penal colombiano en su artículo 21 señala que una conducta puede ser dolosa, culposa o preterintencional, aclarando que las dos últimas sólo

lo serán en los casos expresamente señalados en él. Por ende no hay duda alguna que la preterintención, en el sistema jurídico colombiano, es una modalidad de la conducta punible independiente del dolo y de la culpa.

Son muchas las teorías que giran en torno a la naturaleza de la preterintención, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia (2010, M.P. Socha Julio) expresó que

...El fenómeno de la preterintención se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, por la verificación de dos resultados típicos: el primero, hacia el cual se orientó voluntaria y conscientemente la conducta del actor, y el segundo, más grave pero colocado en la misma dirección de aquél, que no fue querido y finalmente se produjo por falta del deber de cuidado que le era exigible al agente en el desarrollo de la conducta antijurídica.

Lo que deja más que evidente que en la dogmática colombiana, a pesar de ser una modalidad independiente, la preterintención consiste en un resultado distinto al que se buscaba, en el que es indiscutible la presencia del dolo; resultado que termina siendo más grave, poniendo en manifiesto la culpa.

Palabras más palabras menos, la preterintención es una institución independiente cuya naturaleza jurídica es la mixtura entre el dolo y la culpa. Empero, muchas son las objeciones que han atacado esta teoría.

Una de las principales posturas es que en el actuar preterintencional se da una sola acción y también un solo resultado, no una acción concluyente en varios resultados; no hay un resultado querido y otro no querido, por el contrario, el querido es consecuencia del no querido. Añadido a esto, se expone el hecho que la preterintención se considera una modalidad independiente conformada a su vez por dos modalidades más, las cuales también son independientes entre sí. La preterintención entonces no sería una modalidad más, ya que no podría subsistir si no se cuenta con las reales modalidades de la conducta: dolo y culpa que a su vez, son incompatibles y excluyentes. En palabras de Gómez (2006):

La preterintención no es la simple producción de un resultado típico mayor y diferente al querido, pues si se tiene en cuenta la prohibición de responsabilidad objetiva (arts. 9 y 12), se deduce necesariamente que el resultado típico mayor tiene que ser al menos

culposo (...) Lo anterior lleva a concluir que la preterintención no es en verdad una tercera forma de elemento subjetivo del tipo (p.202)

Es decir, al acoger esta teoría estamos haciendo coincidir dos formas totalmente distintas de imputación objetiva, al mismo tiempo, en una misma conducta: la preterintención. Explica Pérez (1987, p.499) que “el resultado no puede atribuirse simultáneamente como doloso y culposo. Los términos se excluyen (...) Combinar las nociones de dolo y culpa es erróneo porque refunde dos especies de culpabilidad, cada una de las cuales tiene su fisonomía inconfundible”.

En esta misma línea Estrada (1981) afirma que no sería correcto hablar de una mezcla entre dolo y culpa, esto daría a entender el surgimiento de un punto híbrido e inviable.

Así mismo, Bernal desde 1978 descarta que la preterintención sea una mezcla entre dolo y culpa, por lo que mucho menos vendría a ser una modalidad de la conducta asegurando que la voluntad en la acción y por ende, frente al resultado simplemente existe o no.

De igual forma Gómez (1998), objeta que

“No traslada la preterintención los elementos de la culpa –sería antijurídico, por lo demás– sino que condiciona la punibilidad de un evento, no querido pero producido, a una de las formas de culpa (...). No es correcto, como ya lo expliqué, hablar entonces de mezcla de dolo y culpa.” (p.174).

Es una lista amplia la que comprenden aquellos que refutan esta teoría como sustento a la naturaleza de la preterintención. De lo anterior se deduce que no es adecuado considerar la preterintención como una modalidad de la conducta autónoma junto al dolo y la culpa como hasta ahora ha venido sucediendo en nuestro ordenamiento jurídico.

Empero, al no ser la única teoría, es necesario analizar las diferentes hipótesis y compararlas con la normatividad colombiana y el efecto de globalización que vivimos y que nos ayuda en la regulación de las conductas activas y/u omisivas del ser humano que conforman un tipo penal.

OTRAS TEORÍAS

La preterintención es el eje de una de las discusiones más antiguas y complejas, como lo dice Fernández (1995), es un tema delicado y hasta medular de la dogmática penal y la política criminal. Esto gracias a su naturaleza, a su estructura y al título de la imputación de ese resultado mayor que toma el centro de la polémica doctrinaria, generando al tiempo la propuesta de muchas tesis como las anteriormente planteadas (p.9), trayendo éstas sus puntos débiles e incluso contrarios a la normatividad colombiana.

Este es el caso de la teoría de la responsabilidad objetiva. Esta consiste, recordamos, en que la preterintención es el resultado de dolo y responsabilidad objetiva, en donde se hace necesario el elemento de la causalidad, atribuyéndole al agente la responsabilidad por la sola causación del resultado, respondiendo por éste fuera de toda voluntad, intención, ni vinculación subjetiva.

Es muy clara la violación de esta tesis al artículo 12 de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de culpabilidad en el que “queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. No siendo esto suficiente, esta responsabilidad que tiene como única limitante el nexo causal, excluyendo toda naturaleza culposa del resultado más grave e involuntario, contiene con el principio *nulla poena sine culpa* aceptado la forma de responsabilidad descrita en el artículo 12 ya mencionado además del artículo 9: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”.

Otra de las teorías mencionadas y de gran relevancia es la del dolo eventual. Ésta supone la similitud en el elemento de la previsibilidad, siendo en ambos un elemento fundamental. Sin embargo, recordemos que la preterintención consiste en ir más allá de la intención, lo que por el contrario, en el dolo eventual no hay exceso de conducta (por así decirlo) por el conocimiento y aceptación del riesgo por parte del individuo. Se predicaría la modalidad de dolo sólo para el resultado querido o menos grave dejando de lado el resultado realmente obtenido o más grave y es éste, precisamente, el ente fundador y principal de la preterintención.

Cuando el artículo 24 de la Ley 599 de 2000 —de idéntica redacción al artículo 38 del Decreto Ley 100 de 1980— señala que la conducta es preterintencional si su resultado, siendo previsible, rebasa la

intención o referente psíquico del agente, está descartando toda forma de resultado típico que pueda atribuirse al caso fortuito, pues éste siempre es imprevisible o inevitable, e igualmente aquél que pueda ser atribuido a dolo eventual, ya que en esa especie de dolo el resultado no excede el propósito del agente, por cuanto éste lo acepta o asume una vez que, al advertir la probabilidad de su acaecimiento, de todas maneras actúa a sabiendas del riesgo que asume hacia un resultado lesivo que él ya sabe cuál puede ser —para efectos de la atribución de responsabilidad penal a título de dolo, tanto da querer directamente el evento, como saber que se puede producir si no se hace nada para evitarlo— (CSJ, 2008, M.P. Socha Julio).

Por último, entre las teorías más relevantes ya mencionadas para explicar la naturaleza del tipo preterintencional, tenemos la teoría del dolo. La preterintención, por ésta hipótesis, es llevada al esquema general del dolo, sustentando que el resultado obtenido es consecuencia directa del comportamiento doloso del agente. No obstante, olvida que el dolo está enlazado al resultado el cual es consecuencia querida inmediata del accionar del individuo, lo que por el contrario en la preterintención el resultado final, ciertamente aunque es respuesta de la acción, no es querido. Esto deja a un lado el resultado obtenido más grave y a su vez, más importante de esta figura.

Por contraste de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional (CSJ, 2008, M.P. Socha Julio).

DELITOS AGRAVADOS POR EL RESULTADO

Los delitos agravados por el resultado se encuentran estructurados por un tipo penal básico realizado con dolo o con imprudencia y, un resultado ulterior diverso del querido que constituye una circunstancia de agravación punitiva la cual no altera al delito base (resultado querido).

Al recordar los elementos de la preterintención encontramos que la conducta inicial dolosa, el nexo causal entre la conducta realizada y el resultado obtenido, el objeto material sobre el cual se realiza la acción delictiva sea el

mismo objeto material que padece el resultado mayor finalmente producido y que la figura se encuentre expresamente consagrada en la ley; son elementos que clara e indiscutiblemente comparte con los tipos agravados por el resultado. En ambos es necesario el cumplimiento de estos elementos para la estructuración de la institución.

Destácase que entre estas dos clases de infracciones existe la común característica de que se pretende la comisión de un hecho cuya realización trae consigo un resultado agregado a la básica descripción típica, las dos formas delictivas deben estar expresamente previstas en la ley (...). El delito preterintencional tiene ocurrencia cuando el resultado, siendo también previsible, excede la intención del agente. De esta definición legal (art. 38) parecería que ninguna diferencia existe entre los delitos calificados por el resultado y los delitos preterintencionales (CSJ, 1995, M.P. Mejía Carlos).

Menciona la Corte Suprema de Justicia que hay dos elementos muy importantes y fundamentales en la preterintención: La previsión y la homogeneidad.

Es muy dable interpretar que en los delitos agravados por el resultado no se configure la previsión de la conducta, sino que se responda en una línea meramente objetiva bajo el principio *Versari in re illicita*, por lo que ha sido muy criticada esta figura y tachada de no garantista. Ahora bien, situados en nuestra normatividad, es conocida la existencia de muchas conductas agravadas por el resultado aún bajo la erradicación de toda responsabilidad objetiva (art. 12 Código Penal), dando a entender que en esta figura si existe una vinculación subjetiva de los efectos derivados del actuar ilícito con el agente de los cuales el legislador prevé una agravación de la pena.

En el marco de un derecho penal de culpabilidad no puede haber responsabilidad penal alguna que no se vincule a un hecho cometido con dolo o con culpa (...). Los hechos en el que el autor *quiere* producir un resultado produce otro mayor que *no quiere*, sólo podrán sancionarse con una pena mayor que la prevista para el delito querido, si el resultado más grave no querido ha sido consecuencia del obrar negligente del autor. La sola producción de un resultado mayor no autoriza a una calificación (agravación) del delito doloso (...); el sistema de responsabilidad del *“versare in*

re illicita" queda excluido **totalmente** de un derecho penal que se funda en el **principio de culpabilidad**. Por tanto, **los delitos calificados por el resultado** solo pueden entenderse como delitos en los que el autor que dolosamente ejecuta un hecho, **por imprudencia**, produce un resultado mayor (Bacigalupo, 1984, p.220).

Lo anterior es lo que se conoce como el principio **versare in re illicita** en estricto sensu⁵: Quien quería y conocía una conducta típica, si deberá responder por sus consecuencias empero siendo que estas se presentan por su falta de cuidado en relación al resultado.

Por consiguiente, la diferencia sustancial entre los delitos preterintencionales y los delitos agravados por el resultado es la falta de homogeneidad. En la preterintención el resultado obtenido lesiona o pone en peligro el mismo bien jurídico que lesionaría el resultado querido, es decir, constituye una progresión en la misma línea. Por el contrario, en el delito agravado por el resultado el evento más grave puede ser heterogéneo respecto del más leve.

Esto constituiría una ventaja respecto a los delitos preterintencionales, siendo que ambos mantienen la acción inicial dolosa y su consecuencia grave no querida; no obstante no se podría configurar preterintencionalmente una conducta en cumplimiento de estos elementos que no vaya en la misma dirección de bienes jurídicos ofreciendo un plano de opciones, inclusive representativas de un mayor grado de dificultad, pudiendo claramente resolverse con agravado por el resultado ya que este no excluye la homogeneidad, solo amplía el rango de estructuración no limitándola a la homogeneidad sino permitiendo ir más allá, hasta una heterogeneidad.

Esto permite convertir un delito preterintencional sin ningún percance en un delito agravado por el resultado, ya que este último no exige que sea solo homogéneo respecto a los bienes jurídicos, sino que acepta la heterogeneidad, permitiéndole a la preterintencionalidad perderse en una tipificación agravada por el resultado.

Por último, sería consecuente dar una forma agravada a un delito base, antes que crear toda una institución, para en nuestro caso, resolver un teoría que da vida a sólo dos figuras autónomas de delito entre más de 300 tipos penales

⁵ En lato sensu consiste en que quien da inicio a una actividad delictiva debe responder por todas las consecuencias que se deriven de esta.

que compone nuestro código penal, configuraciones especiales que cumplen con todos los elementos y no poseen ningún obstáculo para convertirse en delitos agravados por el resultado, en donde al desaparecer la preterintención, los delitos hasta ahora alimentado por esta, no desaparecerían ya que cumplen con todas las características para estructurar un delito agravado por el resultado.

Por lo demás, se ha llegado a plantear que entre los delitos preterintencionales y los agravados por el resultado no existe ninguna diferencia, por lo menos no sustancial o que imposibilite la sustracción de los primeros.

A nuestro modo de ver, no hay una diferencia fundamental entre unos y otros (preterintención y delitos calificados por el resultado), puesto que la enunciada por (...) otros es simplemente formal y no hace relación a la naturaleza de las dos entidades, que sigue siendo la misma. En efecto, tanto los delitos preterintencionales como los calificados por el resultado, son, en esencia, un desenvolvimiento espontáneo (esto es, no interferido por causas exteriores) que conducen a un resultado distinto del que pretendía el agente (Romero Soto, p.201).

RESTRUCTURACIÓN NORMATIVA

Teniendo claro que la preterintención no sería una modalidad de la conducta de forma autónoma o imposible de desplazar, es prudente estudiar y reestructurar el ordenamiento jurídico penal de nuestro Estado, considerando solo dos modalidades de la conducta punible: Dolo y culpa; en consecuencia, los artículos matriculados bajo la institución de la preterintención pasarían a ser agravados por el resultado.

En primer lugar, en el artículo 21 del código penal no se hablaría de preterintención, señalando como modalidades solo las conductas dolosas y culposas.

El artículo 105 del código penal, homicidio preterintencional, estaría configurado con un tipo doloso básico de lesión (resultado querido) agravado según el resultado obtenido, al caso, la muerte y, como ya se explicó, con la gran ventaja de romper con la necesidad de la homogeneidad.

Por último, estaría igualmente estructurado el artículo 118, parto o aborto preterintencional, con un tipo básico doloso de lesión (resultado querido) agravado por el resultado obtenido, el parto o aborto.

DERECHO COMPARADO

La evolución de la teoría del dolo, la culpa y la preterintención, es un fenómeno global del cual no podemos ser ajenos ni distintos ante los alcances que estas puedan tener. Por esto veremos cómo algunas de las legislaciones foráneas han tratado esta evolución dogmática del derecho penal y le han dado cabida en su ordenamiento jurídico.

Países como Chile al igual que muchos sudamericanos, han optado por resolver estas conductas por medio de concurso ideal de delitos aclamando una tipificación distinta y especial para este tipo de conductas.

1. Italia

En el Código Penal Italiano Decreto Real Nº 1398 de 1930), se encuentra consagrado de manera expresa en el artículo 584, el homicidio preterintencional. Este es el resultado de la comisión de delitos empleando como medio las lesiones y riñas, contemplados en los artículos 581 y 582 respectivamente. Siendo así las cosas, la modalidad preterintencional no es un tipo penal autónomo como ocurre en otras legislaciones.

Por otro lado, el código penal Italiano en su artículo 43, intenta equiparar la preterintencionalidad a la intencionalidad del autor pero viendo superado por el resultado, es decir, que supera su propia intencionalidad. Por lo cual, no se encuentra delimitado el concepto de la modalidad preterintencional en la legislación italiana, entrando en los límites del dolo eventual.

La ley 194/78, expedida para la protección de la maternidad social y sobre la terminación del embarazo, en su artículo 18 inciso tercero, contempla un hecho sobreviniente en muerte producto de lesiones que sufre la mujer en estado de embarazo. La disposición mencionada comparte criterios con el parto o aborto preterintencional presentes en el Código Penal Colombiano, artículo 118.

2. España

El Código Penal Español de 1944, experimentó múltiples reformas a lo largo de su vigencia. Hasta la reforma de 1983 existían dos tipos de preterintencionalidad, la heterogénea y la homogénea. Para la primero, el delito era determinado teniendo como referencia el delito básico y el resultado, existiendo la posibilidad de un concurso de delitos, castigándose el delito básico o del cual existía una intencionalidad, y el resultado obtenido que era diferente para poder configurarse un concurso. Ahora bien, respecto a la clasificación homogénea, se tenía que el autor de la conducta reprochable pretendía un desvalor, pero este resulta más grave de lo pensado.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, quedaron derogadas las disposiciones de la preterintencionalidad heterogénea manteniéndose la preterintencionalidad homogénea. Siendo así las cosas, la cualificación de las conductas punibles en España tenía su fundamento respecto al resultado, castigando el resultado no querido o culposo de forma más leve, y el dolo de más riguroso.

Por último, con la expedición del Código Penal de 1995, se buscó eliminar todos los rezagos de responsabilidad objetiva contemplados en el código de 1983, para así de una vez por todas delimitar que la conducta típica sea dolosa o culposa, y eliminar los delitos cualificados en el resultado.

3. Alemania

Respecto a la tesis de la modalidad preterintencional, la postura Alemana se ubica en un punto intermedio de la italiana y la española. Con la introducción de los requisitos de la imprudencia se abandona la responsabilidad objetiva.

La legislación alemana para situarse en el medio de la discusión, emplea desde un punto de vista objetivo, una relación entre delito básico y el resultado, interpretado por un criterio de intermediación o relación inmediata, es decir, entre delito fundamental y resultado. Obvian por completo la discusión o la mera existencia de los delitos preterintencionales o la posible intencionalidad del agente en su comisión, tratándolos como delitos agravados por el resultado.

4. Venezuela

La modalidad de la conducta preterintencional también se encuentra reglado en el Código Penal Venezolano del año 2005, artículo 410. En este se tiene que la modalidad preterintencional consta de dos clases, la primera consagra una intencionalidad de socavar la integridad de una persona, pero dicho actuar se deriva en el resultado de la muerte, desbordando así la intención del actor en un resultado antijurídico más gravoso. En la segunda parte que integra el articulado, se contempla el denominado por la doctrina venezolana como el homicidio preterintencional concausal. En este caso la muerte no fue ocasionada por la acción cometida, sino que existen circunstancias ajenas al sujeto activo, para lo cual se prevé una atenuación de la pena.

Al respecto de la modalidad preterintencional en la legislación Venezolana, este se encuentra limitado al tipo penal del homicidio, previéndose el evento de circunstancias ajenas al agente, siendo el caso de la clasificación concausal.

5. Argentina

Para el caso de Argentina, se presenta eventos en que los tipos penales se dimensionan en figuras complejas, en cuanto a la culpabilidad considerados en la denominación de delitos preterintencionales y delitos cualificados por el resultado, en los que los autores, actuando conociendo la ilicitud en busca de un resultado, producen otro resultado más gravoso respecto a los bienes jurídicos. En tales eventos, se dispone de un tipo penal especial, tal como ocurre con el homicidio preterintencional, encajando en cierta medida con la responsabilidad subjetiva, toda vez que el resultado más grave puede ser atribuido a título de culpa, solo si este es previsible, de lo contrario entraría en la categoría de dolo.

CONCLUSIONES

La figura de la preterintención no ha sido una de las más pacíficas dentro de la historia del derecho penal. Su naturaleza misma ha sido cuna de muchas teorías ya sea a favor o en contra de su existencia y su lugar en la dogmática penal; ha representado un reto para los doctrinantes y juristas en el tema no solo de nuestro ordenamiento jurídico.

Aun existente en Colombia, la preterintención se considera como una mixtura entre el dolo y la culpa, figuras distintas y excluyentes entre sí, lo que hace dudar de la solidez de esta teoría y su forma de aplicación.

Otros sistemas jurídicos han optado por teorías de preterintención como dolo eventual, responsabilidad objetiva y hasta una institución en esencia dolosa, que aunque no todo es perfecto, dejan grietas en su estructura tan relevantes que hacen difícil su puesta en marcha de la forma más posiblemente eficaz y justa. No obstante todas dejan claro que “son muchas las opiniones concordantes en que la preterintención no alcanza a constituir una clase dentro del ámbito sicológico del hecho punible, es decir, que no puede ser un forma de culpabilidad” (Pérez, 1987, pág. 496).

Sin embargo, aun desde el código penal anterior, muchos tratadistas han insistido en la forma agravada por el resultado, manteniendo ésta las más grandes similitudes respecto a los tipos penales preterintencionales, con mínimas diferencias subsanables para algunos y sin diferencias para otros, correspondiendo la preterintencionalidad a la agravación por el resultado, siendo que las dos instituciones se encuentran compuestas por un tipo básico doloso que causa una consecuencia grave no querida.

Lo anterior invita al estudio y reestructuración de esta institución en nuestro sistema penal, colocando a Colombia en actualidad jurídica y más aún, cuando se insiste en mantener una figura que alimenta solo dos tipos penales que serían, sin ningún problema, conformados como tipos penales agravados por el resultado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arboleda, M., y Ruiz, J. A. (2013). Código penal. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Bacigalupo, E. (1984). Manual de derecho penal. Bogotá, Colombia: Temis-Ilanud
- Bernal, J. (1978). *El Homicidio*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 9785, jun. 13/95, M.P. Carlos Mejía Escobar
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 15663, mar. 14/02, M. P. Jorge Gómez Gallego.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 29000, jun. 18/08, M. P. Julio Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 30485, mar. 28/12, M. P. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 31580, nov. 24/10, M. P. Julio Socha Salamanca.

- Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia 32964, ago. 25/10, M. P. José Bustos Martínez.
- Escobar, V. C., y Monsalve, S. (2011). *El dolo eventual en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia: periodo 1980-2011*. Recuperado de <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2339/1/EL%20DOLO%20EVENTUAL%20EN%20LA%20JURISPRUDENCIA%20DE%20LA%20CORTE.pdf>
- Estrada, F. (1981). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Fernández, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental, Teoría general del Delito y Punibilidad*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Garcés, J. (2005). *Derecho penal general*. Medellín, Colombia: Biblioteca jurídica Dike.
- Gómez, A. (1998). *Delitos Contra la Vida la Integridad Personal (Tercera Edición ed.)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, J. O. (2006). *El Homicidio*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- MIR, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, España: Reppertor.
- Pabón, P. A. (2005). *Comentarios al nuevo código penal sustancial*. Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Pabón, P. A. (2012). *Código penal esquemático*. Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Pérez, L. C. (1987). *Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Romero, L. E. (1969). *Derecho penal parte general*. Bogotá, Colombia: Temis. Universidad Externado de Colombia. (2011). *Lecciones de derecho penal parte general*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zaffaroni, R. E., Alajia, A., y Slokar, A. (2003). *Derecho penal parte general*. Buenos aires, Argentina: Ediar.

Para citar este artículo:Salgado González, A., García Romero, N. y López Torres, P. (2018). Preterintención: Un periódico de ayer. *Vis Iuris*, 4(7), 108-128.

El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (T.R.A) en Colombia:

Con un especial énfasis en la conformación de las familias homoparentales a través de las T.R.A.

The new concept of family influenced by the Techniques of Assisted Reproduction (T.A.R.) in Colombia:

With a special emphasis on the conformation of homoparental families through the T.A.R.

Vanina Moadie Ortega¹

RECIBIDO: 26-11-16

ACEPTADO: 11-01-17

PUBLICADO: 09-01-17

"La ciencia ha proporcionado al hombre innumerables beneficios, ha disipado engaños, y ha permitido que la inteligencia del ser humano contemple con mayor asombro el vasto universo que todavía queda por descubrir."

M.PV

Resumen

A partir de la expedición de la Carta Política Colombiana de 1991, se establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, por lo que a través de una investigación de enfoque cualitativa, tipo dogmático, y con técnicas de recolección de información documental, se plantea una novedosa forma de configuración familiar a través de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, enfatizando en la configuración familiar homoparental, y en el tránsito de la "familia homoparental" al "matrimonio igualitario en Colombia", por lo que se abordan los desafíos jurídicos que enfrentan las familias biparentales y homoparentales para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, distinguiendo entre parejas homosexuales femeninas y masculinas, para finalmente plantear conclusiones.

Palabras claves: Familia, técnicas de reproducción humana asistida, familia homoparental.

Abstracts

Since the issuance of the Colombian Political Charter of 1991, it is established the possibility of children with scientific assistance, so that through a qualitative research, dogmatic type, and with collection techniques Of documentary information, a novel form of family configuration is proposed through the use of assisted human reproduction techniques, emphasizing homoparental family configuration and the transition from "homoparental family" to "equal marriage in Colombia" This study addresses the legal challenges faced by biparental and homoparental families in accessing assisted reproductive techniques, distinguishing between female and male homosexual couples, in order to reach conclusions.

Keywords: Family, techniques of assisted human reproduction, homoparental family.

¹ Abogada, Magister en Derecho de la Universidad de Medellín, Investigadora del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena en Convenio con la Universidad de Medellín. Correo electrónico: vmoadie@tecnologicocomfenalco.edu.co.

INTRODUCCIÓN

En la época de expedición del Código Civil Colombiano era impensable que un niño fuese concebido luego de muerto su padre; dado los avances de la ciencia médica a través de las técnicas de reproducción humana asistida, en especial con la criopreservación del semen, es posible que en la actualidad algunas mujeres soliciten ser inseminadas con el semen de su marido muerto, técnica que es conocida como “fecundación post-mortem”, siendo esta apenas una -quizá la más controvertida y de reciente creación- de las varias técnicas de reproducción humana asistida.

De igual manera podemos pensar el caso de un menor que nazca con el semen de un donante, óvulos de una donante, a través de la inseminación artificial, pero gestado a través de un arrendamiento de vientre, (esto es, con la utilización de dos (2) técnicas de reproducción asistida -T.R.A.-); pero además se le puede dar otra visión si observamos que el anterior ejemplo puede ser motivado por una pareja heterosexual para dar paso a una familia biparental a través de técnicas de reproducción humana asistida, o por una pareja homosexual masculina (gays) para dar paso a una familia homoparental a través de técnicas de reproducción humana asistida.

La ausencia de regulación sobre las técnicas de la reproducción humana asistida en Colombia es una realidad innegable, de la cual no podemos hacer abstracción. El derecho positivo ha sido desbordado por los adelantos biotecnológicos y médicos, ubicándolo en desventaja frente a temas no reglamentados (Moadie, 2014), que podrían tener incidencia en torno a los aspectos tradicionales en la conformación de la familia, y en especial en el derrumbamiento del concepto tradicional de familia.

JUSTIFICACIÓN

Aun así, a partir de lo planteado en el acápite anterior, se debe resaltar que en Colombia desde la expedición de la Carta Política Colombiana de 1991 se establece la “posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica”; el artículo 42 de la Carta Magna define la familia como “el núcleo fundamental de la sociedad y que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, y en el inciso 5 de dicho artículo manifiesta que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o

procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” (Las negrillas y el subrayado es propio, a propósito de las énfasis que tendrá el presente artículo).

Lo anterior indica que el constituyente otorga igualdad a los hijos ya procreados naturalmente, ya adoptados o ya procreados a través de asistencia científica -lo que en este momento nos ocupa-, y manifiesta que la ley reglamentara la progenitura responsable; lo cuestionable es que si bien la Constitución Política colombiana establece la posibilidad de existencia de hijos con asistencia científica, hoy, 23 años*² después de expedida la Carta Magna no exista ley alguna que reglamente las técnicas de reproducción asistida... lo que evidencia la relevancia e importancia de la temática. (Moadie, 2014).

Si bien podemos afirmar que existe una amplia literatura sobre el aspecto ético, científico, moral, y bioético de las técnicas de reproducción asistida en el mundo y en Colombia, en esta ocasión se pretende evidenciar el planteamiento de una realidad que podría incidir en una nueva concepción de la familia, toda vez que uno de los roles de toda familia es la procreación- aunque también fue concebida como uno de los fines del matrimonio según el art. 113 del Código Civil Colombiano-, y las técnicas de procreación humana asistidas fueron pensadas inicialmente y desarrolladas como un aporte de la ciencia médica ante la dificultad de algunos matrimonios para la procreación, concebidas estas como “el conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin”³. En una definición más neutral, y sin énfasis en el matrimonio, Santamaria (2000), afirma que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, son “el Conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana”.

Es menester manifestar, que en los países que cuentan con avanzadas y actuales legislaciones, las técnicas de procreación humana asistidas están permitidas no necesariamente para matrimonios, sino para parejas sin el

² Hoy serían 25 años, teniendo en cuenta que se realiza la autocita de un artículo publicado en 2014.

³ Proyecto de ley 151 de 2001, art 2, Senado de Colombia, por el cual se pretendió “modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano, de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones”.

mencionado vínculo, o aun para la utilización de personas individuales, o para parejas del mismo sexo, lo cual se retomará en el desarrollo de este artículo.

Sin lugar a dudas, entonces, el tema que se pretende desarrollar se plantea como una nueva posibilidad de creación de familias, que arriesgadamente hemos llamado FAMILIAS PROCREADAS CON ASISTENCIA CIENTIFICA⁴, evidenciando que si bien es cierto que existen diversas clases de familias sobre las que se ha legislado y sobre las cuales existe una amplia gama de literatura doctrinaria y jurisprudencial, también hay algunas tipologías de familias sobre las cuales no hay pronunciamiento ni cobertura o protección legal, estas serían las FAMILIAS HOMOPARENTALES CONFORMADAS CON TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, sobre las cuales se debe aclarar, que en relación con la “familia homoparental” si hay pronunciamientos, pero NO existen dichos pronunciamientos en relación con la mezcla de las dos categorías, a saber: una primera categoría de familia homoparental y una segunda categoría de utilización de técnicas de reproducción asistida (T.R.A.) para la conformación de dicha familia, para así llegar al énfasis prometido en el título de este artículo que es: “la conformación de las familias homoparentales a través de las T.R.A.”

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA

La reflexión teórica presentada en este artículo se plantea como avance de investigación del proyecto denominado: “Disponibilidad Jurídica del cuerpo humano en el ordenamiento Jurídico Colombiano”, que es desarrollado por el semillero de Derecho Privado en la línea de Derecho y Sociedad del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena. y en el cual se ha construido inicialmente como problema jurídico el siguiente: “¿Existe en el ordenamiento jurídico colombiano fundamentos que permitan una regulación sobre la disponibilidad jurídica del cuerpo humano y partes separadas de este⁵, como respuesta a los avances científicos propiciados por la ciencia médica?, y de igual manera tributa al desarrollo de un nuevo proyecto de investigación en curso denominado “Técnicas de procreación con asistencia científica en relación al enfoque de género”, que es desarrollado por la fusión de los semilleros “de

⁴ Teniendo en cuenta que así se le llamo a las técnicas de reproducción humana asistida en la Constitución Política de Colombia de 1991.

⁵ En este punto se encuentra el enlace con el tema desarrollado, entendiendo la disposición del vientre, semen y óvulos, como disposición del cuerpo humano y partes separadas del cuerpo, así como las implicaciones que dicha disposición tiene, por tratarse de órganos y fluidos corporales que permite la reproducción humana asistida.

derecho privado” y semillero “nuevo género”, de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco-Cartagena, donde se plantea como problema jurídico: ¿Qué desafíos jurídicos enfrentan las técnicas de procreación con asistencia científica en relación con el enfoque de género?, y se plantea como objetivo general Analizar las técnicas de procreación con asistencia científica en relación al enfoque de género.

La metodología implementada es de enfoque cualitativa, de tipo dogmático, que utiliza como técnica de recolección de información la revisión documental, acudiendo a fuentes primarias y secundarias.

DESARROLLO: AVANCES Y DISCUSIONES

A continuación, se realizará inicialmente un abordaje sobre las técnicas de reproducción humana asistida en general, con el fin de plantear unas premisas básicas para el entendimiento del tema, posteriormente se dará paso a analizar la forma en que las familias son conformadas a través de procreación científica en Colombia señalando un breve resumen de casuística en Colombia a través de señalización de casos paradigmáticos asumiendo una postura crítica frente a las soluciones planteadas por fallos o sobre la ausencia de fallos que resuelvan a través de tres (3) de las técnicas de reproducción humana asistida (Inseminación Artificial (I.A), Arrendamiento de vientre y Fecundación post-mortem); luego se hará un abordaje el concepto constitucional de familia a través de pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana así como el abordaje de lo que hemos denominado las familias homoparentales, y se planteará el tema de la CONFIGURACION FAMILIAR HOMOPARENTAL evidenciando el tránsito de la “familia homoparental” al “matrimonio igualitario en Colombia (La histórica sentencia SU 214 de 2016), para plantear finalmente el acceso a las técnicas de Reproducción asistida, como un desafío para las parejas heterosexuales y homosexuales, haciéndose énfasis en una breve distinción entre las técnicas propicias para las parejas homosexuales femeninas (lesbianas) y para las parejas homosexuales masculinas (gays).

De las técnicas de reproducción humana asistida en general

En general la procreación a través de asistencia científica, como lo denomina Colombia, en el citado art 42 de la Constitución, es lo que países como España y Argentina han denominado técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), o técnicas de procreación medica asistida (PMA) como lo denomina Italia, o

procreación artificial (PA) como lo denominó Francia; al parecer según nuestro texto Constitucional, en Colombia debería llamarse técnicas de procreación con asistencia científica. (TPAC).

Flores Salgado (2007), menciona como técnicas de reproducción asistida (T.R.A), las siguientes: i) La inseminación artificial, ii) La fecundación in vitro: transferencia de embriones producidos en el laboratorio y iii) La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler, consistente en el alquiler del útero para la gestación del menor.

Las actuales técnicas de reproducción asistida (T.R.A) se reducen, según Sarmiento M.(2009), a la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro con embriotransferencia (FIVET) y la inyección espermática intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), considerando además que los demás nombres son variaciones de estas, que describen procedimientos similares usados con fines de reproducción extracorpórea.

La actual legislación Española, ley 14/2006, señaló como técnicas de reproducción asistida: (1) la inseminación artificial, (2) la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y (3) La transferencia intratubárica de gametos; pero manifiesta la mencionada ley, que el Gobierno mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar la lista para la adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

Familias formadas a través de procreación científica

En 2012, cuando Louise Brown alcanzó a sus 34 años de existencia luego de convertirse en 1978 en la primera bebé concebida fuera del útero (bebé probeta), los expertos en fertilidad estimaron que cinco millones de niños alrededor del mundo son el resultado de las técnicas de reproducción asistida.

El Comité Internacional para el Monitoreo de la Tecnología de Reproducción Asistida, una organización independiente, internacional y sin fines de lucro que reúne y difunde información internacional, durante la vigesimosexta reunión

anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología el 1 de julio de 2012, presentó estimaciones sobre el número de partos exitosos resultado de tratamientos de fertilización in vitro e inseminación artificial. Se calculó la cifra de cinco millones basándose en “el número de ciclos de tratamientos para IVF e ICSI registrados a nivel mundial hasta el 2008 añadiendo los siguientes tres años”.

Familias formadas a través de procreación científica en Colombia

Según datos médicos recopilados por la Fundación Colombiana de Parejas Infértiles (Funcopi), en nuestro país, del 25% de las personas que están entre la edad de 25 y 35 años (12 millones), que buscan ser padres, un 2 % (2.5 millones) sufren de infertilidad. Lo cual que demuestra que es necesario y urgente liderar una política médica, para reglamentar los referidos procedimientos e incluirlos en los planes obligatorios de salud.

En otras oportunidades hemos analizado detenidamente CASOS PARADIGMATICOS, donde se planteó una casuística básica de tres de las actuales técnicas de reproducción asistida reconocidas, aceptadas y permitidas a nivel mundial, pero abordando tres(3) casos paradigmáticos en Colombia, asumiendo una postura crítica frente a las soluciones planteadas por el código civil actual en el ámbito filial y sucesoral, o sobre la ausencia de fallos que resuelvan los hechos, a continuación un breve resumen de los mismos :

Inseminación Artificial.(I.A)

El 28 de febrero de 2013, con ponencia de Arturo Solarte Rodríguez en la sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, se decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Defensor de Familia adscrito al Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, en representación del menor demandado, respecto de la sentencia proferida el 25 de enero de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, dentro del proceso ordinario de impugnación de la paternidad que el señor XX iniciare como padre del menor ZXY;

El caso refiere que: i)La pareja de cónyuges conformada por XX y YY, durante mucho tiempo, trató de concebir un hijo, lo que no fue posible, debido a que se estableció médicamente que el señor XX “tenía una deficiencia de esperma-

tozoide[s]”. ii) “Frente a tal situación los esposos XY, estudiaron otras opciones como la inseminación artificial, llegándose a concluir que si el padre no podía concebir, se efectuaría inseminación con espermatozoides del PADRE del demandado señor XX. Los citados esposos, militares de profesión, fueron trasladados a laborar en sedes diferentes al domicilio del hogar y para la época en que la señora YY quedó embarazada, el actor no había iniciado el tratamiento mencionado. Aun así, el menor accionado nació en 2004 y el demandante lo registró como su hijo, pero el señor XX “tiene serios indicios de que el menor no es hijo suyo, dado su estado clínico”. iii.-) Admitida la demanda por el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá, la progenitora YY del menor accionado, manifestó allanarse a sus pretensiones y frente a la manifestación del actor XX en el sentido de que consideraba que no era padre del niño “porque no tenía la capacidad de concebir [por] un problema biológico”, aseveró lo siguiente: “[e]so es cierto, a mí me realizaron una inseminación artificial en el HOSPITAL MILITAR” y decretadas las pruebas del proceso se determinó que “[l]a paternidad del XX con relación al menor Z es Incompatible. iv.-) Agotado el trámite de la primera instancia, la autoridad judicial dictó sentencia el 10 de diciembre de 2008, en la que declaró que “el niño Z, representado por su progenitora YY, nacido en 2004, no era hijo del señor XX; sin saber conocer su verdadero origen, con posible vulneración de la VERDAD PROCREACIONAL O VERDAD BIOLÓGICA;

En el presente caso, La Corte Suprema de Justicia NO casó la sentencia, pero aun así manifestó: “la Sala llama la atención sobre el vacío legal existente en el derecho colombiano, toda vez que no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos.”

Arrendamiento de vientre

En esta ocasión La Corte Constitucional Colombiana, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el arrendamiento de vientre, en la sentencia T-968 de Diciembre 18 de 2009, con ponencia de la única Magistrada de la Corte, la Dra. María Victoria Calle Correa, sobre en el caso más paradigmático⁶ y más

⁶ Paradigmático en el sentido de que se obtuvieron 4 fallos al respecto del mismo caso: El caso fue fallado en primera instancia por el Juzgado Décimo de Familia de Cali en agosto de 2008, en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en diciembre de 2008, luego fue abordado por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de febrero de 2009, y por último fue fallado por la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-968 de diciembre de 2009, en revisión de acción de tutela.

aproximado⁷ a dicho fenómeno, que hasta el momento se haya fallado en Colombia.

Resumen de Hechos: “El caso de los gemelos Samuel y David⁸, que nacieron el día 21 de marzo de 2006 en el municipio de Vijes, como producto de la inseminación artificial consentida, ya que Salomón de nacionalidad colombiana, casado con Raquel, dominicana, residentes en Estados Unidos, deseaban tener un hijo y en un principio Saraí de nacionalidad colombiana aceptó realizarse varios tratamientos con el fin de que el señor Salomón fuese padre, a pesar que no se conocían personalmente y su único contacto había sido telefónico. La señora Saraí accedió y procedió a realizarse un tratamiento de fertilización in vitro en el Centro Imbanaco de Cali con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, el cual dio como resultado un embarazo gemelar. Salomón pagaba la EPS de Saraí y le enviaba mensualmente la suma de \$149.000 para su manutención, por lo que el juez de primera instancia se refiere al caso como un caso de contrato verbal de alquiler de vientres. (Corte Constitucional, sentencia T-968/09).

Fecundación post-mortem

El caso de una mujer que quiere quedar embarazada de un hombre que falleció en el 2008 genera un dilema ético y revela un vacío jurídico en el país. Si naciera el bebé de María Romero^{9*} (una profesora barranquillera de preescolar), estaría destinado a ser el hijo de un muerto ya que a pesar de que Antonio* (un empresario español, 20 años mayor que ella, que se conocieron en el 2004 a través de Internet) su esposo falleció en el 2008, esta sigue soñando en tener un hijo suyo, y con la ciencia médica disponible actualmente podría lograrlo a través de una práctica conocida como inseminación post mortem, ya que hay muestras congeladas del semen de Antonio, pero la clínica que las tiene se niega a hacerlo y a entregar el esperma, entre otras razones por la oposición que hacen dos (2) hijos españoles de Antonio

⁷ Decimos aproximado porque La Corte Constitucional Colombiana precisó, al final, que el proceso que culminó con el nacimiento de los menores Samuel y David, no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Saraí es la madre biológica de los menores. Aun así, se cita en esta ocasión dicha jurisprudencia por que permitió el abordaje de la temática del alquiler de vientres por la Corte Constitucional Colombiana.

⁸ A.- En reconocimiento del derecho a la intimidad y demás derechos fundamentales de los niños y las familias involucradas en el presente proceso, la Corte decidió cambiar en esta providencia los nombres reales de los menores y sus familiares más cercanos, por nombres ficticios.

⁹ *Nombres cambiados, para asegurar la confidencialidad. Publicado en LA LUCHA POR UN HIJO POSTUMO. El caso de una mujer que quiere quedar embarazada de un hombre que falleció hace un año genera un dilema ético y revela un vacío jurídico en el país. En: revista Semana.com [en línea]. 14 de Junio de 2008. [Consultado 5 dic. 2009]. Disponible en <<http://www.semana.com/vida-moderna/lucha-hijo-postumo/112651-3.aspx>>

de su anterior matrimonio, por lo que María comenzó una batalla legal que por ahora va perdiendo. María instaura una acción de tutela invocando los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, la cual fue rechazada en dos oportunidades por juzgados de Barranquilla, en dos fallos que, de conformidad con el concepto del abogado de María, carecen de todo el rigor jurídico que ameritaba el tema, y paradójicamente la Corte Constitucional no escogió dicha acción de tutela para revisión. Vale la pena referenciar el antecedente jurisprudencial del caso Acosta-Vaca fallado por el juzgado 3 de familia de Bogotá, confirmado por sala de familia del tribunal superior de Bogotá el 2 de agosto de 1994.

Concepto de Familia, según la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional Colombiana.

Como punto de partida se debe señalar que, en la actualidad, la Corte Constitucional Colombiana, como desarrollo del nuevo modelo constitucional, ha incorporado nuevos modelos y diversas formas de familia colombianas, así:

“Ahora bien, la presunción a favor de la “familia biológica” también puede ceder ante la denominada “familia de crianza”, que surge cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un periodo de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia”...A las anteriores formas de familia se suman aquellas denominadas monoparentales, debido a que están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos y su número va en aumento por distintas causas, incluida la violencia que azota a un país como el nuestro y también el divorcio o las separaciones que dan lugar a hogares encabezados por uno solo de los padres, siendo evidente que el caso de las madres cabeza de familia es dominante y ha merecido la atención del legislador... También suele acontecer que después del divorcio o de la separación se consoliden nuevas uniones, en cuyo caso se da lugar a las llamadas “familias ensambladas”, que han sido definidas como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de

un casamiento o relación previa”. (Corte Constitucional, sentencia C-577 /11).

Consideramos que estudiar instituciones que datan de la época de redacción del código civil, tiene su mérito, pero en este escrito nos proponemos algo más, como lo es analizar aspectos novedosos que impacta en la nueva familia del siglo XXI, en una nueva forma de filiación, en la libertad o limitantes que existen a nivel legal para acudir a técnicas de reproducción asistida ya por parejas heterosexuales u homosexuales, y de esta manera se expresa nuestro criterio en cuanto a la pertinencia de la normativa del derecho de familia en el S. XIX, sobre un aspecto poco comentado y discutido en la actualidad colombiana. No se debe perder de vista como generador de la problemática que nos ocupa, que el Código Civil, máximo instrumento de codificación de las relaciones entre los particulares, fue sancionado el 26 de mayo de 1873, hace más de un siglo, razón por la cual no pudo haber regulado aspectos que son de reciente desarrollo. Sin embargo, es cuestionable que el legislador actual, aún a pesar de conocer de los adelantos biotecnológicos y médicos, no se haya dedicado a dar respuesta a los problemas que estos plantean a la ciencia jurídica.(Moadie, 2012)¹⁰

Familias homoparentales

Resulta evidente precisar que a partir de la Sentencia C- 577 de 2011 proferida el 26 de julio del mismo año, con el Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo como Magistrado Ponente, se obtuvo el visto bueno de la Corte Constitucional Colombiana para la conformación de la familia homoparental; motivado lo anterior por la necesidad de decidir la demanda de inconstitucionalidad que interpusieron reconocidos constitucionalistas y activistas¹¹ en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil(matrimonio heterosexual), en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009;

¹⁰ Algunos de los avances médicos que le representan problemas a la ciencia jurídica son, entre otros: la investigación científica con seres humanos; el arrendamiento de úteros que da origen a la figura de maternidad subrogada; la fecundación asistida; el patentamiento de partes del cuerpo humano; la responsabilidad de los bancos de semen, la reserva de los datos del donante y sus posibles consecuencias de degeneración de la especie humana; las cirugías de cambio de sexo; la existencia o no de un patrimonio genético; la donación de órganos; el congelamiento de cadáveres; la fecundación post mórtem.; temáticas que se ha abordado en otros artículos productos de esta investigación.

¹¹ El ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo demandó algunas expresiones del artículo 113 del Código Civil y, de otra parte, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, directora ejecutiva de Colombia Diversa, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y César Rodríguez Garavito, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA, Mauricio Noguera Rojas, abogado de Colombia Diversa, así como Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal, demandaron algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009.

Entre tantos argumentos se esgrimió que, a la luz de la interpretación del artículo 42 de la Carta, el artículo 113 del Código civil acusado favorece “un trato desigual e injustificado, totalmente violatorio de lo dispuesto en el artículo 13 Superior que establece, claramente, que todas las personas deben recibir igual trato por parte de las autoridades así como serles garantizados el disfrute de los mismos derechos, en este caso, el goce del derecho del matrimonio, de celebrar un contrato con su pareja que sea reconocido, públicamente, tanto por la legislación civil como por la sociedad, con el fin de ir derrumbando prejuicios inaceptables sobre un subgrupo (homosexuales) tradicionalmente discriminado y marginado”.(Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-577 de 2011)

En esa ocasión la Corte Constitucional Colombiana en su parte resolutive consideró:

i.) Declarar EXEQUIBLE, la expresión “un hombre y una mujer”, contenida en el artículo 113 del Código Civil. ii.) Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de procrear, contenida en el artículo 113 del Código Civil. iii.) Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo respecto de la expresión “de un hombre y una mujer” contenida en los artículos 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009, por cuanto estas normas legales reproducen preceptos constitucionales. iv.) EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. v.) Declarar que Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Es evidente entonces, que La Corte Constitucional Colombiana declara el art. 113 del Código civil exequible pero se declara inhibida de pronunciarse de fondo respecto del “matrimonio homosexual”, exhortando a que lo haga el Congreso de la Republica, argumentando que NO le atañe a la Corte tomar la decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia ni del desarrollo concreto de dicha institución, lo cual si le corresponde al congreso porque este es el foro democrático por excelencia,

y porque al ser la familia la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad, su trascendencia social impone que su protección se otorgue mediante medidas que el órgano representativo (Congreso) debe asumir.

Pero lo que se quiere resaltar, en esta ocasión, es que a pesar de lo anterior lo que si dejo claro la Corte Constitucional Colombiana fue que partir de dicha sentencia SI se concibió el concepto jurisprudencial de la existencia de una familia homoparental, cuando expresó reiterativamente:

...“En lo referente a las interpretaciones del artículo 42 de la Constitución, ..., es suficiente recordar que la Corte **ha replanteado la interpretación del citado precepto constitucional, lo que la ha conducido a reconocer la familia integrada por la pareja homosexual estable** y a sostener que constitucionalmente existe una exigencia de superar el comprobado régimen de protección mediante la introducción de una figura jurídica que permita a las parejas conformadas por homosexuales optar por una forma contractual solemne de constituir su unión, distinta de la unión de hecho que, aunque actualmente está a su disposición, no alcanza a superar el déficit advertido en esta sentencia. (Subrayado y negrillas propias)

...El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta **no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual** de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado. (Subrayado y negrillas propias)

...En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que **las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia** de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, **procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual** de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales”... (Subrayado y negrillas propias)

Así las cosas, y como se puede observar, la existencia de la “familia homoparental” era una realidad reconocida por la Corte, y la lucha debía seguir en torno a la “forma legal de conformación de la familia homoparental”, que hasta el momento solo era a través de la unión marital de hecho, -y no por mandato legal sino por mandato jurisprudencial, lo cual se obtuvo a través de la sentencia C-075 de 2007-, pero más allá de esa posibilidad ya reconocida con anterioridad, la Corte Constitucional Colombiana en esta ocasión sugirió una “forma contractual solemne distinta de la unión de hecho” para las parejas del mismo sexo, por lo que exhortó al Congreso de la República para que de manera sistemática y organizada legislara sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a las mencionadas parejas, y en consecuencia concedió un plazo de 2 años para dicho fin, de manera tal que si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República NO había expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo SI podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Aun así, es conocido que en el intervalo entre el 26 de julio de 2011 y el 20 de julio de 2013(plazo concedido por la Corte Constitucional al Congreso en la sentencia C-577 de 2011, y peor aún, luego del cumplimiento de dicho plazo, se propició una etapa traumática y desorientadora para las parejas del mismo sexo, toda vez que las autoridades encargadas no protegían sus derechos, y no se daba cumplimiento a los ordenado por la Corte, ocurriendo algunas de las siguientes actuaciones de las autoridades:

i) jueces o notarios que se negaban a realizar el contrato de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, ii) jueces o notarios que si realizan un contrato entre parejas del mismo sexo, pero no un contrato de matrimonio civil, sino un “ contrato innominado”, iii) jueces que anulaban matrimonios igualitarios alegando la existencia de un error sobre la identidad de género de uno de los contrayentes, iv) una Procuraduría General de la nación que comenzó una batalla de persecución jurídica contra los notarios o jueces que accedían a la solicitud de matrimonio civil de parejas del mismo sexo, y v) una negativa de los registradores que se negaban a inscribir matrimonio civil de parejas del mismo sexo que realizaban algunos jueces o notarios que si se arriesgaban a dar cumplimiento a la celebración de un contrato de matrimonio civil igualitario.

CONFIGURACION FAMILIAR HOMOPARENTAL: de la claridad en materia de “familia homoparental” a la claridad en materia de “matrimonio igualitario entre parejas del mismo sexo”. La histórica sentencia de unificación SU 214/2016.

Ante la claridad ofrecida por la sentencia C-577 de 2011 en la que reconoce la existencia de la FAMILIA HOMOPARENTAL, solo era necesario la claridad SOBRE EL MATRIMONIO CIVIL ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO, motivado por las situaciones fácticas narradas con anterioridad, por lo que una vez más, la Corte Constitucional Colombiana es protagonista cuando para brindar seguridad jurídica y ante hechos reales y motivadores, le correspondió poner el punto final al tema del matrimonio entre parejas del mismo sexo, cuando emitió la que se ha denominado “la histórica sentencia SU 214 de 2016”, unificando el tema, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos.

En esta ocasión la Sala Plena de la Corte Constitucional en una sentencia de 339 páginas (incluidos los anexos e intervenciones) resolvió seis (6) expedientes acumulados de tutela¹², esto indica que eran casos reales, en los que era necesario un pronunciamiento de la Corte, ante las incertidumbres y abuso de autoridades de los organismos que se negaban a realizar lo ordenado en la sentencia C 577 de 2011, en la que se planteó el siguiente problema jurídico, de carácter general: ¿celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo, en lugar de una unión solemne innominada, con miras a suplir el déficit de protección declarado por la Corte en Sentencia C-577 de 2011, configura una violación del artículo 42 Superior, tal y como lo aducen quienes se negaron a celebrar o a registrar los matrimonios civiles igualitarios?; o por el contrario, como lo interpretaron los jueces civiles que los celebraron, ¿constituye una adecuada interpretación de la Sentencia C-577 de 2011, un ejercicio válido de autonomía judicial y una materialización de principios constitucionales como la igualdad, la libertad y la dignidad humana?

Derecho comparado sobre matrimonio homoafectivo de acuerdo con la SU 214/16.

La Corte Constitucional utiliza en la referida sentencia SU 214 de 20016, como uno de los fundamentos para su tomar decisión de permitir el matrimonio

12 I) (tutela formulada por una pareja integrada por un transgenerista y una mujer contra la decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Dorada, Caldas, en el sentido de anular su matrimonio civil); II) (amparo interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una petición de matrimonio de una pareja del mismo sexo); III) (tutela interpuesta por un Delegado de la Procuraduría General de la Nación contra el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil Municipal de Bogotá, que aceptó una solicitud de matrimonio de una pareja del mismo sexo); IV) (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Cuarto del Circulo de Cali se negó a casar); V) (pareja del mismo sexo a la cual el Notario Treinta y Siete (37) de Bogotá se negó a casar); y VI) (negativa del Registrador Auxiliar de Teusaquillo de inscribir un matrimonio civil en el Registro del Estado Civil).

igualitario en Colombia, el avance del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio en el derecho comparado, manifestando que “en un período de tan sólo quince años la humanidad, de forma gradual y progresiva, ha reconocido diversos derechos de las parejas del mismo sexo, entre ellos, el derecho a contraer matrimonio civil”.

Manifestó la Corte, que de los ciento noventa y cuatro (194) Estados oficialmente reconocidos por la ONU, veintitrés (23) de ellos han aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo, explicitando que es posible observar tres vías o fuentes jurídicas diferentes entre sí de dicho reconocimiento, a partir de las cuales cada Estado ha condenado los tratos diferenciados basados en la orientación sexual por lo que ha permitido las uniones homoafectivas, entre ellas el matrimonio, así:

- “países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como consecuencia de decisiones judiciales¹³ adoptadas por los respectivos organismos judiciales. En algunos casos, posteriormente, se aprobaron leyes que legalizaron el matrimonio homosexual;
- Estados que aprobaron el matrimonio entre parejas del mismo sexo vía legislativa¹⁴ y seguidamente, en ciertos casos, se profirieron fallos judiciales que declararon la constitucionalidad de las leyes aprobatorias; y
- Estados que, aunque de manera deficitaria¹⁵ reconocen uniones alternas al matrimonio, aun así otorgan personalidad o protección jurídica a las parejas del mismo sexo.”

(Corte Constitucional Colombiana, sentencia SU 214 de 2016)

¹³ El matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido por decisión judicial seis (6) países, estos son: Canadá (2004), Sudáfrica (2005), Israel (2006), México (2011), Brasil (2013) y Estados Unidos (2015). En cada caso varían los fundamentos jurídicos a partir de los cuales los tribunales reconocieron este derecho.

¹⁴ El matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido aprobado por vía legislativa en Dieciséis(16) países, estos son: Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Uruguay (2009), Portugal (2010), Argentina (2010), Islandia (2010), Dinamarca (2010), Francia (2013), Nueva Zelanda (2013), Finlandia (2014), Luxemburgo (2014), Inglaterra, Gales y Escocia (2014), y, en un(1)solo caso este derecho fue aprobado mediante referendo (Irlanda).

¹⁵ Otro grupo de Estados han expedido una reglamentación diversa para reconocer las uniones entre personas del mismo sexo, en algunos casos equiparándolos al matrimonio o creando figuras jurídicas con efectos jurídicos diversos a aquél. Estos ordenamientos jurídicos no reconocen el matrimonio homoafectivo, pero permiten las uniones civiles de personas del mismo sexo, con derechos similares a los del matrimonio, aunque sin esa denominación. Es el caso de países como: Italia, Alemania, Austria, Croacia, Estonia, Hungría, Suiza, Malta, la República Checa, algunas regiones de Australia, entre otros.

Para la solución de los diversos problemas jurídicos la Corte aplicó subreglas constitucionales, manifestando que encontraron su fundamento en varios siguientes elementos interpretativos, de los cuales es importante resaltar algunos apartes, a propósito del tema desarrollado en este artículo:

*La Corte considera que es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado), Una interpretación sistemática basada en el “derecho viviente”, y en procura de los derechos de las minorías, no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas,

*Se señaló la Competencia de la Corte Constitucional ante omisión legislativa, se funda en el principio de protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios, la Sala Plena verificó que el Congreso de la República ha omitido regular las relaciones jurídicas derivadas de las diversas modalidades de uniones de convivencia de las parejas del mismo sexo. Desde 1999 a la fecha, se han archivado o retirado - en algunas ocasiones sin discusión alguna-, 18 proyectos de ley del más variado alcance y naturaleza, que buscaban suplir el déficit de protección, tantas veces reclamado, mediante la normalización y la nominación jurídico-dispositiva de las comunidades de vida de aquéllas.

*Se realizó una determinación del significado de la palabra “matrimonio”. Siguiendo a Wittgenstein¹⁶, la Corte constató que la configuración del concepto de “matrimonio” responde no sólo a la representación de un hecho social, sino que envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad. Se trata, en consecuencia, de una noción evolutiva, cuyos elementos y comprensión ha variado con el correr de los años.

*Matrimonio como programa de vida, Hoy por hoy, las expresiones “matrimonio”, “relación matrimonial”, “celebración de matrimonio”, “consumación y consolidación matrimonial”, etcétera, corresponden

¹⁶ Wittgenstein, Tractatus Lógico-Philosophicus, París, Gallimard, 1961.

a diversas expresiones que definen en común derechos fundamentales, que implican culturalmente la disposición de un programa de vida compartida por individuos de la especie humana.

*Se señaló que la sexualidad y la procreación son fines, más no elementos esenciales del matrimonio. El *quid iuris* del matrimonio no se determina por quienes lo conforman, sino por la finalidad que representa el libre ejercicio del derecho a formar una comunidad de vida. El objetivo constitucionalmente perseguido por el matrimonio es constituir la familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad,

Es de resaltar de la parte resolutive de la sentencia en mención el numeral 8 que reza:

“OCTAVO. EXTENDER, con efectos inter pares, la presente sentencia de unificación, a todas las parejas del mismo sexo que, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013: (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil, bien ante Jueces Cíviles Municipales, ora ante Notarios Públicos, o ante los servidores públicos que llegaren a hacer sus veces.”(Corte Constitucional Colombiana, SU 214 de 2016)

De igual manera, se debe resaltar de la parte resolutive de la sentencia: i).La declaración contundente de que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica, ii)La defensa que hizo de los jueces de la República, que se arriesgaron a celebrar matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo en Colombia, manifestando que ellos SI actuaron en los precisos términos de la Carta Política y en aplicación del principio constitucional de la autonomía judicial, iii)La advertencia a las autoridades judiciales, a los Notarios Públicos, a los Registradores del Estado Civil del país, y a los servidores público en el sentido que el fallo de unificación tiene carácter vincu-

lante, con efectos inter pares, iv)La orden a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, de adopción de medidas de difusión del fallo entre los Jueces, Notarios Públicos y Registradores del Estado Civil del país.

La Reproducción asistida, un desafío para las parejas heterosexuales y homosexuales

El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida como un derecho, es en Colombia un desafío, aun para las parejas heterosexuales, así que con muchas más razones lo serán para las parejas del mismo sexo.

Si bien Colombia es un país que cuenta con avances médicos en materia de reproducción asistida, las parejas heterosexuales enfrentan retos para acceder a la procreación a través de dichas técnicas, en especial porque el sistema de Plan obligatorio de salud, cuenta con criterios de exclusión para otorgar el acceso a dichos tratamientos, ha sido la Corte Constitucional quien ha planteado a través de la jurisprudencia, avances en materia de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, bajo ciertas condiciones¹⁷;

Se sugiere entonces que si esto es así para parejas heterosexuales, con muchas más razones será complejo el acceso a las técnicas de reproducción asistida para parejas homosexuales, máxime si se tiene en cuenta que la historia de reconocimientos de derechos a parejas del mismo sexo en Colombia ha demostrado que han tenido un reconocimiento tardío y solo vía jurisprudencial, toda vez que los derechos concedidos vía legal a los heterosexuales solo han sido extendidos de manera igualitaria con una gran distancia en el tiempo y por la vía jurisprudencial a los homosexuales, siendo la excepción en materia de derechos patrimoniales el derecho a la porción conyugal¹⁸ y el derecho de herencia¹⁹, que les fue concedido jurisprudencialmente al mismo tiempo a compañeros permanentes heterosexuales y a parejas del mismo sexo, como una extensión de garantía patrimonial a parejas homosexuales cuando le fue reconocida a los heterosexuales.

¹⁷ Ver sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T -901/04, T-605/07 y T-870/10, T-528/14 y T- 306 de 2016.

¹⁸ Sentencia C 283 de 2011 de la Corte Constitucional Colombiana

¹⁹ Sentencia C 238 de 2012 de la Corte Constitucional Colombiana

Es necesario manifestar, que los países que han avanzado en materia de matrimonio igualitario tiempo después como un efecto dominó se plantean la necesidad del acceso a las técnicas de reproducción asistida por parte de las parejas del mismo sexo. De igual manera en los países que cuentan con avanzadas y actuales legislaciones, las técnicas de procreación humana asistidas están permitidas no necesariamente para matrimonios, sino para parejas sin el mencionado vínculo, o aun para la utilización de personas individuales, o para parejas del mismo sexo, por ejemplo:

En España la moderna ley 14 de 2006²⁰ en su art. 6, señala como usuarios del servicio, a toda mujer mayor de 18 años con plena capacidad de obrar podrá ser receptora de las técnicas reguladas, con independencia de su estado civil y orientación sexual, y establece reglas en caso de estar casada en cuanto al consentimiento de su marido, y en todo caso establece el régimen de filiación para los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.

En Argentina mediante la ley No. 29.994, entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, el nuevo Código Civil y Comercial de la nación Argentina, en el que en relación con la filiación en su título V dedica el capítulo 2 a las "reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" y se refiere sin discriminar "a las personas que se sometan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida", lo cual es entendible si se tiene en cuenta que Argentina es el primer País de Latinoamérica y el décimo a nivel mundial que aprobó vía legislativa el "matrimonio igualitario"-como se llamó en Colombia- mediante la Ley 26.618 del 21 de Julio en el año 2010, esto es, cinco (5) años antes de la expedición del referido nuevo código civil.

En Colombia, teniendo en cuenta la omisión legislativa sobre el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, no se debe permitir que cuando por fin se reglamenten se plantee vía legislativa una "exclusión reproductiva a parejas del mismo sexo"; todo lo explicado anteriormente en cuanto a la vigencia y aprobación jurisprudencial de la "familia homoafectiva" y del "matrimonio igualitario", así como de "la adopción por parte de parejas del mismo sexo"²¹ NO sugieren un trato discriminatorio en dicho sentido, de tal manera que al legislarse sobre el acceso a las técnicas se debe propugnar por el derecho a la igualdad, a la dignidad, a la no discriminación, a la libertad

20 Ley 14 de 2006, 26 de mayo; España, emitida por la Jefatura de Estado, en el boletín oficial del Estado número 126, 27/05/2006.

21 Ver sentencias T-276 de 2012, C-683 de 2015, C-071 de 2015.

y autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, y a la salud y autonomía reproductiva, y el derecho a conformar una familia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en Colombia hay una ausencia de legislación en materia de técnicas de reproducción humana asistida, se puede manifestar que las TRA que están científicamente disponibles para las parejas de la comunidad LGBTI serían las mismas a los que podría recurrir una pareja heterosexual: donación de óvulos y semen, inseminación artificial, fecundación invitro, arrendamiento de vientre, aunque es preciso distinguir entre las técnicas de reproducción asistida la más propicia para cada pareja de miembros de la comunidad LGBTI.

Parejas homosexuales femeninas(lesbianas)

Las parejas del mismo sexo femeninas-lesbianas- de acudir a las TRA, les resulta beneficioso para sus fines, someterse a la técnica de fecundación in vitro y acudir a la donación de semen anónimo²², mediante el método denominado por sus siglas, ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja), de este modo, una de las lesbianas proporciona los óvulos se fertilizan con el semen del donante anónimo(heteróloga) y los embriones se transfieren a la otra mujer de la pareja en la que se realiza la gestación y el parto. Así, se cree que la maternidad es conjunta, ya que el tratamiento se comparte entre la pareja, En este caso de acudir a inseminación artificial o fecundación invitro tendría que ser heteróloga, esto es, cuando el semen fecundante para obtener la concepción corresponde a un tercero donante

Parejas homosexuales masculinas (gays)

Las parejas del mismo sexo masculinas-gays- de acudir a las TRA, les resulta beneficioso para sus fines, someterse a la técnica de arrendamiento de vientres, con donación de óvulos a través de inseminación artificial o fecundación invitro.

Por lo anteriormente explicado -que será producto de un desarrollo extensivo en otra fase de la investigación-, es preciso concluir que cada uno de los miembros de la comunidad LGBTI debe escoger entre la gama de técnicas de

22 En otras ocasiones hemos tenido la oportunidad de trabajar en artículo próximo a ser publicado, que se ha titulado: "Reflexión crítica sobre el Principio de anonimidad en los datos del donante en técnicas de reproducción asistida."

reproducción humana asistida las que resulten idóneas de acuerdo con las especificidades del sistema reproductivo con el que cuente la pareja, por lo que nos proponemos próximamente identificar retos y desafíos jurídicos en la implementación de las Técnicas de reproducción humana asistida utilizadas por parejas de lesbianas y de Gays.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones proponemos, inicialmente reconocer que no es novedoso el discurso en torno a la viabilidad y conveniencia de la acogida de las técnicas de reproducción humana asistida, pero sí es novedoso analizar las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de las mismas y el impacto que estas pueden tener en una nueva conformación de la familia.

Justificado el porqué de la ausencia de regulación inicial en el Código Civil en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, del acceso a las técnicas como un derechos de las parejas heterosexuales y homosexuales y del impacto en la conformación de un novedoso concepto de familia, con un énfasis “la conformación de las familias homoparentales a través de las T.R.A.” resultado de mezclar dos categorías: una primera categoría de familia homoparental y una segunda categoría de utilización de técnicas de reproducción asistida (T.R.A.) para la conformación de dicha familia homoparental, no se exime al legislador de la misión que tiene en la actualidad.

Sin lugar a dudas no es tarea fácil legislar en esta materia, las tensiones argumentativas reflejadas en el desarrollo de este texto así lo confirman (Moadie, 2015); En este sentido “el legislador teme con razón, que la sociedad humana pueda hundirse en el medio de tempestades desencadenadas por la biotecnología. Pero lo que le aterra en lo inmediato es dar respuestas que sean, o demasiado restrictivas para los científicos, o demasiado débiles para la garantías de la dignidad de la persona. De este modo se encuentra entre dos peñascos, sin saber cómo hacer para avanzar satisfaciendo exigencias que parecen contradictorias.” (ADORNO, 1998)

La ciencia no se detiene, por lo tanto, ante los avances de la ciencia médica, el silencio del legislador es cuestionable, porque abre una brecha entre esta y la ciencia jurídica, resultando apremiante la necesidad de plantearse nuevas reflexiones y normas que cobijen las posibles soluciones a los desafíos que plantea la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida permi-

tidas por la Constitución Política Colombiana para de esa manera aproximarse a un novedoso concepto de familia conformada a través de las técnicas de reproducción asistida en Colombia, con un especial énfasis en la conformación de las familias homoparentales a través de las T.R.A. ¿Utopía o realidad?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Adorno, R. (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid. Editorial: Tecnos.
- Flores Salgado, L.(2007). Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México: 2007. P113. disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932006>
- Moadie Ortega V. (2012) “Principio de dignidad humana en el arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista Jurídica*, Mario Alario D`Filippo, Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, volumen 4, revista No. 1, ejemplar No. 7, primer semestre de 2012, ISSN 2145-6054. ISSN (electrónico): 2256-2796
- Moadie Vanina, (2014) Reflexión crítica sobre la fecundación post-mortem en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral, En: *Perspectivas y avances en el derecho desde la investigación socio jurídica*, Editorial tecnológico Comfenalco, Pag. 640 a 660 ISBN:978-958-58454-6-6.
- Moadie Vanina(2015) Reflexión crítica sobre la fecundación post-mortem como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2015. <http://cdsa.academica.org/000-061/327>.
- Santamaría Solís, (2000). *Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos*. Disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sarmiento, P. J.(2009) “La técnica de reproducción asistida 25 años después. Persona y Bioética” Bogotá: universidad de la sabana, 2009. Disponible <http://personay-bioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/834/2012>
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C.-075 de 2007, Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 968 de diciembre 18 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C.-557 de 2011, de 26 de julio de 2011. Magistrado ponente Gabriel E. Mendoza M.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU 214 de 2016, de 28 de abril de 2016. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de casación civil, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).-
- Ley 14 de 2006, 26 de mayo; España, emitida por la Jefatura de Estado, en el boletín oficial del Estado número 126, 27/05/2006.
- LA LUCHA POR UN HIJO POSTUMO. El caso de una mujer que quiere quedar embarazada de un hombre que falleció hace un año genera un dilema ético y revela un vacío jurídico en el país. En: revista *Semana.com* [en línea]. 14 de junio de 2008. [Consultado 5 dic. 2009]. Disponible en <http://www.semana.com/vidamoderna/lucha-hijo-postumo/112651-3.aspx>
- Proyecto de ley 151 de 2001, art 2, Senado de Colombia, por el cual se pretendió “modificar los códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos

de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano, de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones”.
Constitución Política Colombiana, promulgada en 1991.
Código Civil Colombiano.

Para citar este artículo:

Moadine Ortega, V. (2018). El novedoso concepto de familia influenciado por las técnicas de reproducción asistida (T.R.A) en Colombia: Con un especial énfasis en la conformación de las familias homoparentales a través de las T.R.A. *Vis Iuris*, 4(7), 129-152.

Directrices para autores

Vis Iuris (ISSN Impreso 2389-8364) es una publicación científica de periodicidad semestral, creada por iniciativa del grupo de investigación Joaquín Aaron Manjarrés, adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda – seccional Santa Marta. Su primera edición fue publicada en el año 2014, momento en el cual se ha comprometido a presentar a la comunidad científica investigaciones de impacto nacional e internacional relacionadas con el Derecho y las Ciencias Sociales.

Vis Iuris está dirigida a juristas, investigadores, profesores, profesionales y estudiantes de origen nacional e internacional que deseen publicar investigaciones relacionadas con el derecho administrativo, derecho penal y política criminal, derecho laboral, filosofía del derecho, ética del jurista, derecho familiar, sociología jurídica, responsabilidad civil, historia de los sistemas jurídicos, derecho tributario, política y aquellos temas que sean coherentes con la ciencia del derecho. Su objetivo principal es publicar y difundir investigaciones inéditas y originales escritas en español e inglés que ayuden a la comprensión de lo que sucede en la actualidad de Latinoamérica, el Caribe u otros lugares del mundo donde se efectúen investigaciones que impacten en la región.

1. PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

Vis Iuris recibe artículos de forma permanente, los cuales deben ir acompañado de la carta de presentación y cesión de derechos de artículos, la cual podrá solicitar a la revista o descargar en el portal de la misma. La dirección de envío de sus contribuciones es la siguiente: visiuris.sm@usa.edu.

co, como alternativa también puede utilizar la plataforma web de la revista, en donde inicialmente deberá registrarse, para posteriormente realizar el envío en la siguiente dirección: <http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/about/submissions>.

Es menester aclarar que la presentación y publicación en la revista, no genera ningún costo para los autores, además todo lo que allí se publique es responsabilidad exclusiva del autor y no del Editor, Grupo de investigación, Escuela, Universidad Sergio Arboleda, o cualquier dependencia relacionada con esta última.

Vis Iuris se reserva el derecho de admisión y edición de los manuscritos sometidos, puesto que toda contribución está sujeta a revisión inicial por parte del Comité Editorial y su envío no implica aceptación inmediata ni obligación de *Vis Iuris* para que sea publicada.

2. TIPOLOGÍA DE LAS CONTRIBUCIONES

La revista *Vis Iuris* publica seis tipologías de artículos los cuales están basados según el Documento Guía Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de Colciencias Publindex.

Artículo de investigación: documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene los siguientes apartes importantes: título, resumen, abstract, palabras clave, Keywords, introducción, metodología, resultados, discusión, conclusiones (opcional) y referencias bibliográficas. Su extensión máxima es de 8.000 palabras, al menos 20 referencias, y entre tablas y figuras no deberán ser más de diez.

Artículo de reflexión: documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Su estructura es la siguiente: título, resumen, abstract, palabras clave, keywords, introducción, metodología (puede variar su nombre o no estar), resultados, discusión (pueden ir unidos o solo uno) conclusiones (opcional) y referencias bibliográficas. Su extensión máxima es de 7.000 palabras y al menos 15 referencias.

Artículo de revisión: documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se Estructura de la siguiente manera: título, resumen, palabras clave, introducción, metodología, resultados, discusión, conclusiones (opcional) y referencias bibliográficas. Su extensión máxima es de 9.000 palabras y se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Cartas al editor: posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité Editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia. Su extensión no debe superar las 2.000 palabras.

Editorial: documento escrito por el Editor, un miembro del Comité Editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista. Máximo 2.000 palabras.

Reseña o reseña jurídica: resumen preciso sobre libros o texto jurídico recientemente publicado. Puede exponer una evaluación o crítica constructiva, que puede ser positiva o negativa. Su extensión máxima es de 1.500 palabras.

3. ASPECTOS FORMALES Y ESTRUCTURALES DEL ARTÍCULO

Es necesario que antes de presentar el manuscrito a *Vis Iuris* se cumpla con los siguientes lineamientos:

Manuscrito escrito en formato de Word, letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado de 1,5 y márgenes 2 cm en todos los lados. Las aclaraciones a pie de página se escriben en el mismo tipo de letra, aunque su tamaño es de diez e interlineado de uno.

Los apartes que componen el manuscrito se presentan a continuación:

Título: debe ser breve, claro y preciso al momento de su redacción, destacando lo más relevante de la investigación, que permita su fácil indexación y recuperación. Se debe evitar abreviaciones, términos como investigación sobre..., estudio, formulas, entre otros. Se recomienda usar términos prove-

nientes de tesauros; su extensión máxima es de 15 palabras y se escribe también en inglés.

Resumen: Texto corto que oscila entre 150 y 200 palabras, las cuales deben estar escrito a un solo párrafo, aunque presenta de forma implícita (sin subtítulos) un aparte de la introducción, objetivo general, metodología, resultado y conclusiones. No exponer interpretaciones críticas, citas bibliográficas o hacer referencia a cualquier elemento gráfico del manuscrito. Es recomendable que se usen términos que sirvan para su indexación y se escribe también en inglés

Abstract.

Palabras clave: se emplea para la indexación del manuscrito. Se recomiendan entre tres y seis palabras, que deben separarse con punto y coma. También se presentan en inglés bajo el título **Keywords**.

Introducción: sección del manuscrito que informa del estado del arte de la temática a tratar el problema, la justificación y el o los objetivos del mismo, que se ubican preferiblemente en el último párrafo. Se recomienda que vaya de lo general a lo particular en su forma de redacción; en ella se expone bibliografía que evidencie la importancia del estudio.

Metodología: aquí se describe como realizó la investigación, es decir, se expone de forma detallada el diseño y los métodos empleados para alcanzar los objetivos de la investigación. Es necesario que no se excluya ningún detalle en aras de que el trabajo pueda ser replicado en otro momento. *Vis Iuris* admite trabajos de tipo cuantitativo, cualitativo o mixto; su redacción es en pasado e impersonal.

Resultados: apartado donde se da conocer la información obtenida por medio de la recogida de datos que se ha llevado a cabo con la investigación; su redacción se recomienda que se presente de lo general a lo particular, atendiendo uno a uno los objetivos. Aquí se presenta los datos más relevantes.

Discusión: aquí se relacionan los resultados obtenidos con lo que ya se conocía, también se exponen los posibles acuerdos o conflictos con otras publicaciones que trataron el mismo estudio o afines. Este aparte puede ir en la misma sección anterior, bajo el título **Resultados y Discusión**.

Conclusiones: sección reservada para presentar lo esencial de la investigación, por medio de una reflexión debidamente organizada sobre los fundamentos abordados. Es imperativo ser breve y claro, y en lo posible se debe evitar el uso de citas en este ítem.

Referencias: aquí se colocan todas las referencias citadas en el cuerpo del manuscrito; recuerde que su número puede variar de acuerdo a la tipología del mismo, para ello le recomendamos ver la sección dos. Estas deben estar estructuradas de acuerdo a las Normas APA sexta edición.

A continuación se encuentran algunos ejemplos de cómo se deben estructurar las referencias:

Libro

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Lugar de publicación: Editorial.

Latorre, 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, Colombia: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda.

Libro en versión electrónica

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.ejemplo.123>

Latorre, E. L. (2015). *Litigio Estructural y Experimentalismo Jurídico: Análisis Sociojurídico a los Cambios Generados Por la Sentencia T-025 en la Población Desplazada*. Recuperado de <http://repository.usergioarboleda.edu.co/bitstream/handle/11232/546/Litigio%20estructural%20y%20experimentalismo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Capítulo de un libro

Apellido, A. A., y Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En A. A. Apellido. (Ed.), *Título del libro* (pp. ##-##). Ciudad, País: Editorial.

Latorre, E. L. (2016). La responsabilidad social empresarial: aproximaciones teóricas a un concepto dinámico. En A. Q. Valero (Eds.), *Caracterización de experiencias exitosas de negocios inclusivos en Colombia* (pp. 25 - 41). Santa Marta, Colombia: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda

Artículo científico

Apellido, A. A., Apellido, B. B., y Apellido, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen* (número), pp-pp.

Latorre, E. L., Díaz Areiza, C. C. y Plata Rangel, A. M. (2015). Caracterización de dos experiencias exitosas de negocios inclusivos en Colombia. *Civilizar*, 15(27), 197-202.

Artículo con Doi

Apellido, A. A., Apellido, B. B., y Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen* (número), pp-pp. doi: 00.00000000

Latorre, E. L., Díaz Areiza, C. C. y Plata Rangel, A. M. (2015). Caracterización de dos experiencias exitosas de negocios inclusivos en Colombia. *Civilizar*, 15(27), 197-202. Doi: 10.22518/16578953.288

Autor corporativo o informe gubernamental

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe* (Número de la publicación). Recuperado de <http://www.ejemplo.123>

Ministerio de la Protección Social. (1994). *Informe científico de casos de fiebre amarilla en el departamento del Meta*. Recuperado de <http://www.minproteccionsocial.gov.co>.

Tesis y trabajos de grado

Autor, A. y Autor, A. (Año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Lugar.

López, A. y Sinisterra, J. (2015). *Identificación de Costumbre Mercantil en el sector bancario de la ciudad de Santa Marta* (Tesis de pregrado). Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia.

Ley

Autor (año). Título o nombre de la ley. Lugar: entidad responsable.

Congreso de la República de Colombia (2006). *Ley 1090 del 6 de septiembre de 2006 por la cual se reglamenta el ejercicio profesional psicológico, se dicta el código deontológico y bioético*. Bogotá D.C.: Congreso de la República de Colombia.

Resolución

Autor (año). Título o nombre de la resolución. Lugar: entidad responsable.

Ministerio de la Protección Social de Colombia (2008). *Resolución 2646 de 2008 por la cual se reglamenta el ejercicio profesional psicológico, se dicta el código deontológico y bioético*. Bogotá D.C.: Ministerio de la Protección Social de Colombia.

Publicaciones con ocho o más autores

Se listan los primeros seis autores, se ponen puntos suspensivos y se lista el último autor.

4. CITACIONES BIBLIOGRÁFICAS

Vis Iuris al igual que para las referencias, emplea para sus citaciones las Normas APA sexta edición.

Normativa según el número de autores

Cuando son dos autores sus apellidos van separados por “y”, si se publica en inglés por “&”.

Ejemplo: Latorre y Castro (2015) mencionan que [...].

[...] es necesario que el derecho se ejerza de forma adecuada (Latorre y Castro, 2015).

Cuando son de tres a cinco autores, la primera vez que se citan se indican los apellidos de todos. Posteriormente, se cita solo el primero y se agrega *et al*, seguido de punto (*et al.*).

Ejemplo: Latorre, Castro y Calvo (2015) sostienen que el cambio climático está dado por (...). Latorre *et al.* (2015) mencionan que (...)

Cuando son seis o más autores se cita el apellido del primero seguido de *et al.* desde la primera citación.

5. NOMENCLATURA Y DIRECTRICES DE EDICIÓN

La primera vez que se emplea una abreviatura o sigla deberá colocarse entre paréntesis y en mayúscula seguido a su nombre completo; a partir de la segunda vez ya puede usarse solo la sigla.

Los números de cero a nueve se escriben en letras, a excepción de aquellos que indiquen porcentaje, unidades métricas, decimales o viñetas. Se recomienda que se dé prioridad a la escritura en letra o en número dependiendo cual sea el caso.

Los números decimales se deben separar con coma, las unidades de mil con punto, el porcentaje y unidades métricas van unidas al número, esto para el idioma español, en el inglés se invierten las premisas anteriores.

6. TABLAS Y FIGURAS

Tablas: éstas deben estructurarse con líneas horizontales y verticales, donde el texto (sin mayúscula sostenida) de la primera fila o columna se colocarán con negrilla y centrado si su función es la de un título, De igual forma, el resto de texto de la tabla deberá ir alineado a la izquierda sin negrilla, ni cursiva. La leyenda de la tabla se ubica en la parte superior debidamente numerada y se sigue de forma consecutiva para las demás tablas que aparezcan en el documento (ejemplo: Tabla 1, Tabla 2... Así sucesivamente), las cuales sin excepción tendrán que citarse en el cuerpo del manuscrito. Recuerde que el formato de la tabla debe ser en formato original, es decir, que permita su edición y que su fondo sea blanco. Debe indicarse la fuente de la tabla. El tipo de letra y tamaño deberá ser *Times New Roman* 10.

Ejemplos:

Fuente: Elaboración propia.

Fuente: elaboración propia basada en (...).

Figuras: este ítem incluye los gráficos, mapas, ilustraciones, etc., se recomienda que su diseño sea en Excel, sin líneas verticales ni horizontales en su interior, puede ser con colores, aunque sin efectos (en 2D); La leyenda se ubica en la parte inferior y se numera en el orden de aparición en el cuerpo del manuscrito de menor a mayor (Ejemplo: Figura 1, Figura 2... Así sucesivamente). Al igual que las tablas tendrán que citarse; recuerde que el formato de la figura debe ser en formato original, es decir, que permita su edición y que su fondo sea blanco. El tipo de letra y tamaño deberá ser *Times New Roman* 10.

7. EVALUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

Previo al envío de una contribución a *Vis Iuris* asegúrese de que esta cumpla con lo expuesto en la Directrices para Autores, ya que esto puede ocasionar más demoras en el proceso o en su efecto el rechazo del mismo; de igual forma, todos los autores deben declarar en el mensaje de remisión del primer envío, que el artículo es original e inédito, que no se encuentra sometido de forma simultánea a otra revista y que cada uno ha contribuido sustancialmente en su elaboración. Le reiteramos que el acto de recibir un trabajo, no compromete a *Vis Iuris* o a algún miembro de esta a publicarlo.

Una vez comprobado que el manuscrito cumple con todo lo expuesto en las Directrices para Autores, se procede a su envío a Revisores anónimos de origen

nacional e internacional, que preferiblemente no provengan de la institución que edita a *Vis Iuris*, estos practicarán el proceso bajo la modalidad de doble ciego. El Revisor como parte de su compromiso emitirá su concepto acerca del manuscrito, el cual puede sugerir recomendaciones en relación algún aparte del mismo. Se le otorgan 20 días desde el envío del manuscrito.

Luego de recibir *Vis Iuris* los conceptos de evaluación, se les responderá a los autores en un plazo no mayor a tres meses, una vez este sea notificado deberá responder los conceptos en un plazo no mayor a un mes. Es necesario aclarar que el tiempo de envío de los conceptos a los autores está sujeto a la disponibilidad de Revisores.

Cuando se presente un concepto negativo y otro positivo, el Editor de la revista con apoyo del Comité editorial, dirimirá en dicha controversia, ya sea enviándolo a un tercer Revisor, aceptándolo o rechazándolo de forma directa, todo esto estará mediado por el caso en cuestión. Cuando el artículo supera de forma satisfactoria el proceso evaluación, pasará a corrección de estilo, diagramación, comprobación de los autores, corrección de ajustes producto de las sugerencias de los autores y publicación respectivamente. Este proceso puede tardar alrededor de tres meses. Se recuerda que ninguna de las fases del proceso editorial genera costo alguno a los autores.