

ISSN 2322-6900

Conflicto & Sociedad

Vol. 3 - N° 2 / Sabaneta, Colombia / Julio - Diciembre de 2015 / ISSN 2322-6900



Conflicto & Sociedad / Sabaneta, Colombia / Vol. 3 / N° 2 / Julio - Diciembre / pp. 162 / 2015 / ISSN 2322-6900

Tarifa Postal Reducida Servicios Postales Nacionales S.A. N° 2015 – 647 4-72, vence 31 de Dic. 2015.

FONDO EDITORIAL
Unisabaneta


Unisabaneta[®]
Innovación y Emprendimiento para la paz

Conflicto & Sociedad

Vol. 3 - N° 2 / Sabaneta, Colombia / Julio - Diciembre de 2015 / ISSN 2322-6900

Facultad de Derecho

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

FONDO EDITORIAL
Unisabaneta 





ALAS

Asociación Latinoamericana
de Sociología

La Revista Conflicto y Sociedad está registrada
en la base de datos ALAS. <http://alasrevistas.blogspot.com>

Revista Conflicto & Sociedad

Volumen 3, número 2, Julio-Diciembre de 2015
ISSN:2322-6900

Publicación de la Facultad de Derecho
de la Corporación Universitaria de Sabaneta

Hernán Moreno Pérez
Presidente del Consejo Directivo

Juan Carlos Trujillo Barrera
Rector

Carlos Mario Ramírez Betancur
Vicerrector Académico

José Saúl Trujillo González
Editor Responsable
jose.trujillo@unisabaneta.edu.co

Corrección de estilo
Luz Ofelia Jaramillo Arboleda

Fotografías

Foto carátula: Foto: Museo Nacional de la Memoria
Descripción: Primer Encuentro de Iniciativas de
Memoria Histórica del conflicto armado (La Ceja, Antioquia)
Fuente: <https://fic.kr/p/eDvk6E>
Licencia: Creative Commons 2.0 <https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/>

Fotos interior: Camilo Alberto Molina Martínez
cmolina12@gmail.com

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no
comprometen en nada a la Institución ni a la revista.

Impresión, diagramación e ilustración

Editorial Artes y Letras S.A.S.
Calle 76 # 45 A 38
Tel: (4)3727716
Itagüí-Colombia

Comité editorial

- José Saúl Trujillo González. Editorjose.trujillo@unisabaneta.edu.co magíster en Derecho Público, doctorando en Derecho Público de la Universität Konstanz, Konstanz-Alemania. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.
- Andrés Botero Bernal, doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires-. Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga-Colombia
- Andrés González Serrano, magíster en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá-Colombia
- Isaac Martín Delgado, doctor en Derecho (especialidad Derecho Público) de la Universidad de Bolonia. Universidad de Castilla-La Mancha España
- Bernd Marquardt, doctor en Derecho de la Universität St. Gallen, docente de la Universidad Nacional de Colombia.
- J. Ignacio Criado, doctor en Ciencia Política y Administración Pública de la Universidad Complutense de Madrid. Universidad Autónoma de Madrid-España
- Loreto Corredoira y Alfonso, doctor en Ciencias de la Información (Derecho de la Información) de la Universidad de Navarra. Universidad Complutense de Madrid-España.
- Luz Elena Mira Olano, magíster en Derechos Humanos y Democracia, y Derecho Internacional, Universitat Oberta de Catalunya. Corporación Universitaria de Sabaneta, Sabaneta-Colombia
- Omar Huertas Díaz, magíster en Derechos Humanos de la Universidad Alcalá de Henares-, Universidad Nacional, Bogotá-Colombia
- Wilma Arellano Toledo, doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y la Comunicación Infotec. México D. F.-México.
- Miguel Carbonell Sánchez, doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Universidad Autónoma de México UNAM, México D. F.
- Rodolfo Arango Rivadeneira, doctor en Derecho por la Universität Kiel, Kiel-Repubblica Federal de Alemania. Universidad de los Andes, Bogotá D. C. - Colombia

Comité científico

- Claudio Jesús Santagati, Pontificia Universidad Católica de Argentina, doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.
jsantagati@uca.edu.ar
- Guillermo Escobar Roca. Doctor en Derecho de la Universidad de Alcalá. Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares-España.
- José Rodolfo Hernández-Carrión. Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Valencia-España. Universidad de Valencia-España
- Lorenzo Cotino Hueso, Universität de Valencia, doctor en Derecho por la Universität de Valencia-España. Universidad de Valencia-España.
cotino@uves
- Namiko Matzumoto Benítez, Universidad Veracruzana de México, doctora en Derecho del Instituto Universitario de Puebla.
mmatzum2oto@uv.mx
- Carlos A. Flórez López, Universidad de Medellín, doctor en Historia de la Universidad Nacional de Colombia. historiando@yahoo.com

Fecha de impresión: Diciembre de 2015

Tiraje: 1000 ejemplares

Canje: Biblioteca Corporación Universitaria de Sabaneta,

Teléfono: (574) 301 18 18 ext. 152

Correo electrónico: canje@unisabaneta.edu.co

Página web: <http://unisabaneta.edu.co/comunidad/vicerrectorias/investigacion/editorial/>

Dirección: Calle 75 sur 34 – 120
Sabaneta, Colombia

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la revista con finalidades educativas, investigativas o académicas siempre y cuando sea citada la fuente. Para poder efectuar reproducciones con otros propósitos, es necesario contar con la autorización expresa del Fondo Editorial Unisabaneta.



Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons Reconocimiento – No Comercial –
Sin Obra Derivada 3.0 Unported.



Misión

La Corporación Universitaria de Sabaneta –UNISABANETA– es una institución emprendedora y de innovación, para la construcción y transferencia del conocimiento, desde lo local y regional, con perspectiva social de su extensión, y comprometida con la construcción de un país más pacífico, más justo, más solidario, y con conciencia social y ecológica.

Visión

La Corporación Universitaria de Sabaneta –UNISABANETA– se propone ser reconocida como una institución emprendedora, con programas de excelencia, para la construcción de un país caracterizado por la paz, la inclusión, la justicia y la conciencia social y ecológica.

Valores institucionales

Verdad
Bien común
Justicia
Solidaridad
Honestidad
Dignidad humana
Cooperación
Convivencia pacífica
Utilidad

Mission

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, is an enterprising and innovative institution for building and transferring of knowledge from local and regional level, with social perspective of its extent and committed to building a more just, more peaceful, with more solidarity, social, and ecological consciousness.

Vision

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, aims to be recognized as an entrepreneurial institution with programs of excellence to build a country characterized by peace, inclusion, justice, and social and environmental awareness.

Values

Truth
Common Good
Justice
Solidarity
Honesty
Human Dignity
Cooperation
Peaceful Coexistence
Utility

Contenido

Presentación	9
Evaluaadores	11
Misión de la revista	13
Los retos y dificultades operativas del control de convencionalidad: una mirada desde el sistema jurídico mexicano <i>Filiberto Eduardo R. Manrique Molina</i> <i>Waldina Gómez Carmona</i> <i>Luis Eduardo Martínez Gutiérrez</i>	17
Factor subjetivo en la extinción de dominio por utilización de bienes en la comisión de actividades ilícitas <i>Omar Huertas Díaz</i> <i>Iván Ricardo Morales Chinome</i> <i>José Saúl Trujillo González</i>	33
La migración indocumentada en el contexto del capitalismo globalizado <i>Roxana Irene Cervantes Velázquez</i>	49
Prácticas antisindicales violentas y no violentas dentro del Estado colombiano <i>Juan Sebastián García-Acevedo</i> <i>Alejandra Turbay Fontalvo</i>	67
Acción de tutela como mecanismo de cumplimiento de las medidas de reparación por parte del Estado colombiano, a la luz de la sentencia proferida por la CIDDHH el día 1 de julio de 2006. Caso “Las masacres de Ituango vs. Colombia” <i>Natalia Margarita Luján Chavarría</i> <i>Ana Carolina Carvajal Arroyave</i>	81

Resarcimiento de derechos de rango constitucional <i>Ana María Aguirre Betancur</i>	99
Análisis constitucional de la extensión de jurisprudencia a la luz del artículo 230 de la Constitución Nacional <i>Gustavo Andrés Lobo Garrido</i> <i>Hugo Ernesto Ortega Guerrero</i>	115
Institucionalidad como eje central de la política pública de prevención de la delincuencia juvenil en Boyacá, Colombia, desde la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006– <i>Luisa Fernanda Martínez Paba</i>	127
Índice de autores anteriores	145
Guía para los autores	151

Contents

The challenges and operational difficulties of the conventionality control; a view from the Mexican legal system	17
<i>Filiberto Eduardo R. Manrique Molina</i> <i>Waldina Gómez Carmona</i> <i>Luis Eduardo Martínez Gutiérrez</i>	
Subjective factor in the forfeiture for use of possessions in the commission of illegal activities	33
<i>Omar Huertas Díaz</i> <i>Iván Ricardo Morales Chinome</i> <i>José Saúl Trujillo González</i>	
Undocumented Immigration in the context of the globalized Capitalism	49
<i>Roxana Irene Cervantes Velázquez</i>	
Violent and non-violent anti-union practices within the Colombian state	67
<i>Juan Sebastián García-Acevedo</i> <i>Alejandra Turbay Fontalvo</i>	
Tutelage as a mechanism of compliance with the measures of reparation by the Colombian state, by the light of the judgment pronounced by the CIDDDHH on 1 July 2006. Case “Massacres of Ituango vs. Colombia”	81
<i>Natalia Margarita Luján Chavarría</i> <i>Ana Carolina Carvajal Arroyave</i>	

Compensation of constitutional rights 99
Ana María Aguirre Betancur

**Constitutional Analysis of the Jurisprudencial extension
in the light of Article 230 of the National Constitution** 115
Gustavo Andrés Lobo Garrido
Hugo Ernesto Ortega Guerrero

**Institutionalism as the core of public policy to prevent juvenile
delinquency in Boyacá, Colombia, since the promulgation of
the Law on Children and Adolescents -Law 1098 of 2006** 127
Luisa Fernanda Martínez Paba

Presentación

La divulgación de los resultados de investigación, en los medios destinados para ello, es el resultado de los procesos establecidos para aportar, al conocimiento científico, las discusiones actuales en torno a los temas de interés. La publicación consciente y juiciosa del conocimiento útil y necesario permite abordar desde diferentes puntos de vista la construcción colectiva del saber contemporáneo.

La aparición de nuevos espacios que propenden por convertirse en referentes científicos, como lo hace la revista *Conflicto & Sociedad*, permite dinamizar la línea de producción de los diferentes espacios de conocimiento existentes, para que puedan ser controvertidos, examinados o depurados.

La presente publicación es la edición número 2 del volumen 3, que abarca el periodo julio-diciembre de 2015. Se cumplen en ella los requisitos de publicación establecidos por la revista *Conflicto & Sociedad*, bajo la metodología de pares externos, nombrados por el Comité Editorial de la Revista, que son los encargados de evaluar el proceso, para garantizar la calidad de los artículos aquí publicados.

En el presente número se presentan los aportes de los investigadores Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, Waldina Gómez Carmona, Luis Eduardo Martínez Gutiérrez, Omar Huertas Díaz, Iván Ricardo Morales Chinome, José Saúl Trujillo González, Roxana Irene Cervantes Velásquez, Juan Sebastián García-Acevedo, Alejandra Turbay Fontalvo, Natalia Margarita Luján Chavarría, Ana Carolina Carvajal Arroyave, Ana María Aguirre Betancur, Gustavo Andrés Lobo Garrido, Hugo Ernesto Ortega Guerrero y Luisa Fernanda Martínez Paba, quienes abordan temas sobre derecho constitucional mexicano, derecho penal, derecho internacional, derecho laboral, derecho internacional y Ley de Infancia y Adolescencia.

Presentation

The dissemination of research results in the resources allocated to it, are the result of the processes established to contribute to scientific knowledge, current discussions on topics of interest. The conscious and judicious publication of useful and necessary knowledge, can be approached from different points of view of the collective construction of contemporary knowledge.

The emergence of new areas that tend to become scientific references, as does the magazine *Conflict & Society*, allow boost the production line of the different areas of existing knowledge, that may be controversial, reviewed or surpassed.

This publication is the No. 2 edition of Volume 3, which covers the period from July to December 2015, which complies with the publication requirements established by the *Conflict & Society* Magazine, under the methodology of external peers, appointed by the Editorial Committee magazine, who are responsible for evaluating the process, to ensure the quality of the articles published here.

In this issue there are contributions of researchers Eduardo R. Manrique Filiberto Molina, Waldina Gomez Carmona, Luis Eduardo Martinez Gutierrez, Omar Huertas Diaz, Ivan Chinome Ricardo Morales, Jose Saul Trujillo Gonzalez, Irene Cervantes Roxana Velasquez, Juan Sebastian Garcia Acevedo, Alejandra Turbay Fontalvo, Natalia Margarita Lujan Chavarria, Ana Carolina Carvajal Arroyave, Ana Maria Aguirre Betancur, Gustavo Andrés Lobo Garrido, Hugo Ernesto Ortega Guerrero and Luisa Fernanda Martinez Paba, with topics upon Mexican constitutional law, criminal law, international law, labor law and law of childhood and adolescence.

Evaluadores

ELÍAS CASTRO BLANCO, Filósofo. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría. Magíster en Filosofía del Derecho. Magíster en Historia. Doctor en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Libre, correo electrónico: ecastro_filosofia@unilibre.edu.co

EYDER BOLÍVAR MOJICA, Abogado. Especialista en Derecho Penal. Magíster en Relaciones Internacionales. Magíster en Derechos Humanos. Candidato a Doctor. Universidad de Santo Tomás – Tunja, correo electrónico: bolivarabogados@yahoo.com.ar

VÍCTOR MANUEL CÁCERES TOVAR, Abogado. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Especialista en Pedagogía. Magíster en Derecho Penal. Magíster en Derechos Humanos. Candidato a Doctor. Universidad Nacional de Colombia, correo electrónico: vmcacerest@unal.edu.co

IVÁN RICARDO MORALES CHINOME, Abogado. Especialista en Instituciones Jurídico Penales. Magíster en Derecho. Universidad Nacional de Colombia, correo electrónico: irmorales@unal.edu.co

ASTELIO DE JESÚS SILVERA SARMIENTO, Abogado. Magíster en Sistemas de Universidades Estatales del Caribe colombiano. Candidato a doctor en Ciencias de la Educación. Corporación Universitaria Americana, Universidad Simon Bolívar, correo electrónico: genionet@hotmail.com

CECILIA CORREA DE MOLINA, Licenciada en Educación. Socióloga. Magíster en Administración y Supervisión Educativa. Doctora en Ciencias Pedagógicas. Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: ccorrea@unisimonbolivar.edu.co

REINALDO MORA MORA, Licenciado en Ciencias de la Educación. Magíster en Administración y Supervisión Educativa. Doctor en Ciencias de la Educación. Candidato a Doctor en Derecho. Postdoctor en Gerencia de la Educación Superior. Postdoctor en Gestión de la Ciencia y la Tecnología. Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: reymora1@hotmail.com

JESÚS DARÍO MORA CALVO, Historiador. Abogado. Especialista en Derecho. Magíster en Ciencias de la Educación. Universidad Autónoma de Colombia, correo electrónico: antropia1@gmail.com

CAVIEDES ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO, Abogado. Especialista en Instituciones Jurídico Penales. Magíster en Pedagogía. Magíster en Corrupción y Estado de Derecho. Magíster en Derecho. Universidad Simón Bolívar, correo electrónico: ceescalanteb@unal.edu.co

BORIS ALBERTO PINZÓN FRANCO, Abogado. Especialista en Derecho Público. Magíster en Educación. Universidad Incca de Colombia, UNINCCA, correo electrónico: b.pinzon@fuac.edu.co

Misión de la revista

La revista Conflicto & Sociedad, con ISSN 2322-6900, editada por la Corporación Universitaria con ayuda del Fondo Editorial Unisabaneta, tiene como propósito ser un espacio para la divulgación de resultados de investigación científica, de investigaciones terminadas de Grupos de Investigación, con la finalidad de convertirse en un referente académico y científico en torno a la investigación.

Mission of the magazine

The magazine Conflict & Society, with ISSN 2322-6900, published by the University Corporation supported by the Unisabaneta editorial fund, is meant to be a space for the dissemination of results of scientific research, research completed by Research Groups, in order to become an academic and scientific leader reference around research.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: La alegría
País: Colombia, departamento del Amazonas

Los retos y dificultades operativas del control de convencionalidad: una mirada desde el sistema jurídico mexicano*

■ Por: *Filiberto Eduardo R. Manrique Molina***
*Waldina Gómez Carmona****
*Luis Eduardo Martínez Gutiérrez*****

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

El control de convencionalidad es uno de los mecanismos más valiosos con el que cuentan los Estados integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Su eficaz cumplimiento y operatividad permite a los seres humanos vivir con dignidad, pues es una herramienta que, si se aplica correctamente, permite el respeto, garantía y efectivización de sus derechos humanos.

Nuestra investigación identifica importantes retos y dificultades por los que atraviesa dicho control de convencionalidad. Por esta razón, propone una serie de soluciones que tiendan a solventar las complejidades operacionales en su aplicación con la finalidad de que se logre consolidar su efectividad y que se superen las dificultades en su empleo práctico.

Palabras clave: Constitución, Control de convencionalidad, Derechos humanos, Dignidad humana.

* Este artículo es resultado de la investigación realizada en colaboración entre el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”, financiado por la Universidad Nacional de Colombia, Proyecto “Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario”, Convocatoria 31 de 2014, actualmente registrado con el Código COL0078909 en Colciencias, reconocido, clasificado en D, Grupo MANDELA en Derechos Humanos UNINCCA, registrado con código COL0078894 COLCIENCIAS y el Doctorado de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos México.

** Licenciado y Maestro en Derecho. Actualmente realiza estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-México. Becario por parte de la Organización de Estados Americanos, OEA, en “Medición y Evaluación del Acceso a los Derechos Humanos”. Ha realizado estancias de investigación en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia- sede Bogotá. Ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Perú y Colombia.

Correo electrónico: filiberto.manriquemol@uaem.edu.mx

*** Abogada y profesora de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, investigadora del Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”, financiado por la Universidad Nacional de Colombia, Proyecto “Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario” Convocatoria 31 de 2014, actualmente registrado con el Código COL0078909 en Colciencias, reconocido, clasificado en D.

Correo electrónico: waldi_go037@hotmail.com

**** Abogado de la Universidad INCCA de Colombia UNINCCA, especialista en Derecho Procesal y Magíster en Derecho Procesal Universidad Libre; Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Estado de la Universidad INCCA de Colombia UNINCCA, Investigador del Grupo MANDELA en Derechos Humanos UNINCCA, registrado con código COL0078894 COLCIENCIAS.

Correo electrónico: cienciaj@unincca.edu.co

The challenges and operational difficulties of the conventionality control; a view from the Mexican legal system

Abstract

The control of conventionality is one of the most valuable mechanisms of the States members of the Inter-American Human Rights system, its effective implementation and operation allows human beings to live with dignity, because it is a tool that if correctly applied allows respect, guarantee and realization of their Human Rights.

Our research identifies major challenges and difficulties that undergo the control of conventionality, for this reason we propose a number of solutions aimed at solving the operational complexities in its application with the purpose of consolidate its effectiveness and overcome the difficulties in its practical use.

Key words: Constitution, Control of conventionality, Dignity, Human rights.

Introducción

Como es de sobra conocido, la constante interacción de los Estados de América Latina con el derecho internacional de derechos humanos, como es el caso de aquel que deviene del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) y sus órganos, ha desembocado en importantes cambios en sus sistemas jurídicos, así como en reformas a sus constituciones. Ejemplo de ello es el caso de México, país que realizó dichas reformas el 10 de junio de 2011. Entre ellas se obliga al Estado mexicano a reconocer los derechos humanos y la dignidad humana, asimismo se incluyen varios principios en la materia y la obligación, por parte de este país, de respetar, observar y cumplir con los tratados internacionales que México ha aceptado y ratificado.

Otro ejemplo de la región es el del Estado colombiano, pues en el artículo 93 de su Constitución, se prevé la posibilidad de que los derechos no solo se restrinjan a lo establecido en esta, sino que, por el contrario, que estos se extiendan a lo establecido en tratados internacionales, es decir, nos referimos a su bloque de constitucionalidad, el cual se ha hecho valer y se ha ampliado en importantes sentencias como la C-481 de 1998 y la C-370 de 2006 en las que se ha determinado que el país se debe acoger a los criterios jurisprudenciales de las cortes supranacionales al momento de interpretar y aplicar las normas de derechos humanos, jurisprudencia que es de naturaleza vinculante para el país.

Toda esta interacción entre los Estados y los organismos del Sistema Interamericano, evidentemente, tal y como se ejemplificó, derivan en cambios en sus sistemas jurídicos y en retos que no se agotan, pues los mismos se encuentran en una constante evolución, como es el caso particular del control de convencionalidad, pues a medida que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)

emite una nueva jurisprudencia, este control presenta cambios positivos que obligan a los Estados a brindar una protección amplia a todos los seres humanos.

En el presente artículo se utilizan dos perspectivas metodológicas: la analítica y la comparativa. La perspectiva analítica permite buscar, analizar y descomponer todos los conceptos y definiciones de los temas que se pretenden abarcar, y aclarar los conceptos, sus alcances y límites desde un punto de vista crítico y propositivo. Con la perspectiva comparativa se buscará la comparación sistemática de casos de análisis con la finalidad de verificar hipótesis.

Acercamiento al control de convencionalidad

Para entrar en materia y desarrollar la problemática, es necesario conocer a que nos referimos cuando hablamos de un control de convencionalidad. Para ello es preciso que nos detengamos a analizar cómo este se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH con el fin de poder brindar un concepto adecuado de él.

De acuerdo con la doctrina y el cúmulo de jurisprudencias que ha acuñado la propia Corte IDH, podemos afirmar que el término control de convencionalidad se ha desarrollado y ha tomado fuerza de manera paulatina y se ha aplicado en la práctica por la propia Corte. El entonces juez interamericano Sergio García Ramírez empleó por primera vez este término en el año 2003, dentro del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, y en su voto concurrente determinó que las actuaciones del Estado de Guatemala estaban fuera del “control de convencionalidad” (Voto concurrente, Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, 2003); ello, claro está, sin especificar con mayor grado de detalle a qué se refería con este control.

El entonces juez interamericano Sergio García Ramírez continuó empleando tal locución en diversos casos, tales como *Tibi vs. Ecuador* del 7 de septiembre de 2004, igualmente en el caso *López Álvarez vs. Honduras* del 1 de febrero de 2006 y el caso *Vargas Areco vs. Paraguay* del 26 de septiembre de 2006. Es, pues, en estos cuatro casos en donde se establece que el control de convencionalidad es aquel que despliega la propia Corte IDH para verificar la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención.

Pero es en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* donde el juez Sergio García Ramírez hace un parteaguas, no solo para el sistema jurídico chileno, sino para todos los Estados integrantes del SIDH, que en ese año eran 21 naciones, pues en esta importante sentencia se consideró lo siguiente por primera vez:

...el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 2006).

Se establece la obligación de que el poder judicial despliegue el llamado control de convencionalidad en sede interna, es decir, este ya no solo es una atribución de la Corte IDH, sino que el control de convencionalidad pasa a ser un control difuso. Es la primera sentencia en la que este control se coloca en manos de los jueces y magistrados nacionales, ello quizá en atención a las funciones especiales que estos desempeñan en el campo de la interpretación del derecho y en la búsqueda de la justicia.

Tomando en cuenta las sentencias que se mencionan, el Dr. Bazán construye la idea de un control de convencionalidad en dos facetas:

a. *Ámbito internacional*

Una de las modalidades se desarrolla en el plano internacional, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque solo en época reciente la ha bautizado como control de convencionalidad...

...

b. *Contexto interno*

La restante tipología se despliega en sede nacional, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas)... (Bazán, 2012, p. 24)

Aun cuando Víctor Bazán, de manera muy atinada, delinea esa diferenciación en los dos ámbitos, es claro que el control de convencionalidad en sede interna debe asumir un rol mucho más importante, ello de acuerdo con el preámbulo de la propia Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), el cual es claro al establecer que la actividad que realiza la Corte IDH se justifica en una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrecen al derecho interno de los Estados americanos (Americanos, 2012).

Así mismo, tenemos que señalar que no solo la Corte IDH puede desarrollar dicho control en sede internacional, sino que también la Comisión Interamericana, a través de la Secretaría Ejecutiva, está facultada para desarrollarlo. Ello de acuerdo con las últimas interpretaciones que ha hecho el Tribunal (Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, 2015).

Lo que no podemos dejar pasar es que este tipo de justicia interamericana es una jurisdicción complementaria y coadyuvante, tendiente

no a desplazar al derecho interno, sino a reforzarlo, por lo que los Estados guardan un compromiso mucho mayor en torno a la justicia que se lleva a cabo en su jurisdicción, ya que es la primera sede de actuación para impartir justicia así como para defender, proteger y resarcir las violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, Sergio García Ramírez ha tenido a bien elaborar un concepto en el que establece que

el control de convencionalidad es la expresión de un sistema de recepción nacional sistemática y organizada del orden jurídico convencional supranacional, de este orden jurídico al que nos hemos comprometido que se halla estampado en los tratados internacionales que México ha suscrito con vistas a la formación de un *Ius Commune* (Ramírez, 2012).

La crítica a este concepto del Dr. García Ramírez es que solo nos aporta un concepto referente al control de convencionalidad en sede interna que no abarca el control que también realizan la Corte IDH y la Comisión Interamericana, debiendo recordar que estas lo han hecho desde la emisión de sus primeras sentencias, aun cuando no se le bautizaba de esa manera. Quizás García Ramírez, por la preocupación de que en las naciones se adopte y se lleve a cabo este tipo de control dada su importancia, ha tenido a bien definirlo de esta manera.

Creemos que la definición del control de convencionalidad, en estos tiempos, ha quedado corta, pues debido a los cambios que ha sufrido debe ser más amplia y abarcar los planos internos e internacional, como lo apunta Víctor Bazán, y no solo limitarse, en el ámbito interno, a un mero control judicial. Bajo esta influencia tenemos a bien emitir el siguiente concepto:

El control de convencionalidad es el deber, de los Estados en todos sus niveles y en todas sus estructuras, de la Corte IDH y de la Comi-

sión IDH, de verificar, en casos concretos, si un acto o la norma de derecho interno resultan compatibles y se apegan a lo establecido en el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, en aras de cumplir con la tutela efectiva de ellos.

Consideramos de todo lo anterior, que esta teoría del control de convencionalidad, tal y como se ha mostrado, de manera paulatina ha ido evolucionando, incluso ha rebasado el concepto de su creador, lo que significa que se ha transformado y ha tomado fuerza a través de las sentencias de la Corte IDH. Esta evolución del control de convencionalidad ha traído retos significativos para las autoridades de los Estados integrantes del SIDH, pues deben estar al día en cuanto a la nueva interpretación que hace la Corte IDH de la Convención y los nuevos pronunciamientos de este control, los cuales, sin lugar a dudas, en sede interna, dejan importantes y diversos retos y problemáticas en la implementación de un control de convencionalidad, los mismos que consideramos continuarán en el futuro, pues este control seguirá transformándose como hasta ahora lo ha hecho. Por ello esperamos que, en las sentencias venideras que emita la Corte IDH, vengan muchos cambios positivos en beneficio de la protección de los derechos humanos de millones de personas que habitan los países que integran el SIDH.

Problemáticas del control de convencionalidad, el caso mexicano y colombiano

Una vez que hemos desentrañado el sentido y fin de este importante control protector de derechos humanos, realizaremos el examen de la problemática que observamos en sede interna, en los Estados mexicano y colombiano, referente a los retos y dificultades operativas por los que está pasando actualmente este importante

instrumento. Ello en virtud de sus cambios en las sentencias que ha emitido la Corte IDH, los cuales desarrollaremos en cuatro puntos:

1. Tal y como se comentaba en el inicio de este trabajo, México se encuentra viviendo un proceso de importantes cambios y profundas transformaciones jurídicas, resultado de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Desde nuestra óptica consideramos que una de las principales motivaciones que generaron ese cambio constitucional y que es quizá la piedra angular para el desarrollo del control de convencionalidad en este país, es la derivada de los pronunciamientos que ha hecho la Corte IDH, en específico sobre las obligaciones para el Estado mexicano que derivan de la sentencia **Rosendo Radilla Pacheco**. Nos referimos a la **obligación para los jueces domésticos de realizar un control de convencionalidad ex officio**.

En esta jurisprudencia, la Corte IDH ha determinado que

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como es el Pacto San José, sus jueces internos, como parte integrante del Estado, también están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención sean cumplidos, y salvaguardar estas mismas para evitar a toda costa que no sean degradadas por la aplicación de leyes que vayan en contra de su espíritu y propósito, por lo que a los jueces para cumplir con tan importantísima obligación se les dota de una herramienta denominada control de convencionalidad (Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, 2009).

Control que, de acuerdo con esta sentencia, se debe realizar de oficio por todos los jueces domésticos, dentro, claro está, de sus respectivas competencias. En esta parte es importante precisar que se obliga al Estado mexicano a realizar un control judicial de convencionalidad.

Tomando en cuenta los antecedentes antes citados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en adelante (SCJN), se encontró en la necesidad de ser congruente con el propio texto de la Carta Magna, así como con la obligación establecida en el caso Radilla, y estableció la siguiente tesis de jurisprudencia:

Control de constitucionalidad y de convencionalidad (Reforma Constitucional de 10 de junio de 2011)

Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control

previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos (Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad. Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011, 2012).

Con este nuevo criterio adoptado por nuestro máximo tribunal, no solo se acepta la vigencia de un control difuso de constitucionalidad en el Estado mexicano, sino que se amplía a un control de convencionalidad que, en su conjunto, tiene como fin una verdadera y eficaz protección de los derechos humanos dentro del territorio nacional. Al mismo tiempo, tal como lo precisa Highton (2010), pierde sentido el segmentar la tarea del juez constitucional de acuerdo con los poderes de cada modelo, toda vez que ambos tienen la finalidad de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso (p.108), por lo que el reto de todos los jueces es cumplir con tan importantes obligaciones impuestas por el vigente orden constitucional y las sentencias que ha emitido la propia Corte IDH.

Es aquí donde encontramos el primer problema en la aplicación del control de convencionalidad, pues la SCJN, al emitir este importante criterio, no analiza anteriores sentencias que ha emitido la Corte IDH y las cuales contemplan importantes pronunciamientos en la materia. Con ello deja a un lado al resto de las autoridades, haciendo del control de convencionalidad un control netamente judicial, lo que

es erróneo, pues el control de convencionalidad tiene una amplitud mayor, que rebasa el ámbito judicial, es decir, es más expansivo, su responsabilidad compete a toda la estructura del gobierno y se amplía, como obligación, a todos los servidores públicos por medio de los cuales cumple con su cometido.

Este argumento se refuerza con lo ya dicho por la Corte IDH en el año 2011, dentro del caso *Gelman vs. Uruguay*. En él, la Corte IDH abre las puertas de operatividad del control de convencionalidad en la búsqueda de una verdadera tutela de los derechos humanos. Así expande, de manera concreta e ilimitada, las fronteras de él, conminando a las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales a sujetar sus decisiones y actos a lo establecido por la CADH, decisión que a la letra reza:

[...] particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un «control de convencionalidad» que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial... (Corte IDH, Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Serie C No. 2219, 2011).

Esta sentencia es vinculante no solo para Uruguay, sino también para el resto de las naciones que integran el SIDH, como es el caso de México y Colombia, por lo que existe la obligación de adoptar dicha sentencia en esta parte pues, como es de sobra conocido, en el caso de México, la SCJN, en la resolución de la controversia 293/2011, acepta que todas las sentencias que emite la Corte IDH son vinculantes, aun en los casos en que el Estado mexicano no es parte del conflicto.

En el anterior sentido, siendo ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, Sergio Valls Hernández, fijó la siguiente postura: "... tales criterios son un referente obligado para la interpretación en materia de derechos humanos por parte de las autoridades nacionales, en tanto que el Tribunal Interamericano fija los alcances de aquellos derechos fundamentales y establece los parámetros para verificar cuándo han sido vulnerados" (Resolución de la contradicción de tesis 293/2011, 2013).

Este criterio, evidentemente, tiende a la maximización de los derechos humanos al establecer la vinculatoriedad de todas las sentencias de la Corte Interamericana. Es por lo anterior que, en el caso específico que nos ocupa, el criterio adoptado por la Corte IDH en *Gelman vs. Uruguay*, con relación al control de convencionalidad, debe ser acatado y cumplido por el Estado mexicano. Esto tal y como lo ha dicho la propia Corte IDH al considerar que el control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial, por lo que sin duda, este es el primer reto que se debe superar para que exista un auténtico y amplio control de convencionalidad. Lo anterior, sin lugar a dudas, permitirá que se expanda la protección de los derechos humanos, así como que se dé una considerable disminución de las violaciones a ellos, pues el control de convencionalidad administrativo y legislativo es *per se* la llave de la prevención a la violación de tan importantes derechos establecidos en la Constitución, en la Convención Americana de Derechos Humanos y, en general, en el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En atención a la situación actual que impera en México sobre la aplicación del control de convencionalidad, podemos afirmar que solo el 33.33% del poder público aplica este importante control, por lo que es inaplazable que los demás poderes comiencen a llevarlo a cabo en sus actuaciones.

Es de relevancia destacar que, en países de América Latina, se tiene la misma percepción

en cuanto a que el control de convencionalidad debe ser netamente judicial, pues autores de la doctrina autorizada en la materia, como es el caso de Ernesto Rey Cantor, han tenido a bien considerar que

el control de convencionalidad puede ser aplicado en sede nacional cuando un juez inaplica el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adopta una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana (Cantor, 2008, p. 49).

Tal y como se ha dicho, este control no solo compete a una parte de la estructura del Estado, como es el caso del poder judicial, sino que de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Corte IDH es una obligación de todas las autoridades, tanto ejecutivas, legislativas y judiciales, de los tres niveles y órdenes de gobierno.

Esto se convierte en el principal reto para las naciones que integran el SIDH, si bien son importantes los avances que han tenido los poderes judiciales en la región en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad, pues es este poder el que resuelve en última instancia de las violaciones a los derechos humanos cometidas por los otros poderes. Es importante también que los poderes ejecutivos y legislativos lo lleven a cabo en todas sus actuaciones, porque ello reflejaría significativamente una disminución en las violaciones a los derechos humanos consagrados tanto en tratados internacionales como en las constituciones. Esta sería la forma ideal de protección de derechos, pues con ello se lograría prevenir las violaciones a los derechos humanos. De allí la importancia de que todas las autoridades lleven a cabo un control de convencionalidad.

2. Al panorama descrito con anterioridad, en específico para el Estado mexicano, se suma una problemática que surge en el poder judicial

federal al llevar a cabo el control de convencionalidad, pues más adelante, con datos duros, nos percataremos de que es muy pobre su aplicación.

Es de destacar que Colombia no se sitúa en este punto, pues tiene un avance más significativo que la República mexicana. Los juzgadores colombianos, sus “Salas o Tribunales Constitucionales hacen la confrontación entre la Constitución y demás normas, mostrándose, no obstante, una mayor importancia al Control de Convencionalidad sobre el Control de Constitucionalidad, debido a que el primero puede, incluso, ordenar reformar la propia constitución de los Estados parte de la Convención” (Méndez, 2012, p. 219). Ello se debe quizá a la amplia experiencia que se ha desarrollado en la materia, contrario sensu a México, donde existe aún una resistencia por una amplia parte de los juzgadores para llevar a cabo un examen de control de convencionalidad al momento de resolver sus asuntos.

De acuerdo con el informe de labores de la SCJN del año 2013, en México se resolvieron un total de 657.759 amparos, tanto directos como indirectos (Nación, 2013, p.26). De esta totalidad de amparos veremos que el número de asuntos donde se ocupa el control de convencionalidad es mínimo.

Mientras que en el Sistema de Seguimiento de la actividad Jurisdiccional SISAJ que se lleva a cabo por el Consejo de la Judicatura Federal, se detalla que tan solo en el período del 2 de enero de 2013 al 31 de diciembre de ese mismo año, se ejerció el control de convencionalidad únicamente en 264 sentencias. En el informe se dice que:

...el módulo Sentencias de los tribunales de amparo en las que se ejerza el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de normas generales, así como su interpretación en términos de lo previsto en los artículos 1º párrafo tercero y 133

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual registra 298 sentencias... (Nación, 2013).

Este informe de labores muestra la situación tan grave en el tema de aplicación y cumplimiento del control de convencionalidad que desarrolla el poder judicial, pues de los 657.759 amparos, tanto directos como indirectos, que se resolvieron en el año 2013, solo se llevó el control de convencionalidad en 298. Estamos hablando de un porcentaje de 0.045% de aplicación en el año 2013.

Tal situación se ha venido replicando en el año 2014, pues de conformidad con los datos del SISAJ, del 2 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014, se ha empleado el control de convencionalidad únicamente 409 sentencias (0.06%), siendo que, en el informe de labores de tan solo el periodo 2014, hubo un egreso de 681.570 sentencias de amparo directo e indirecto (Nación, 2014, pp. 21 y 27). De ello se deduce que la situación sigue en la misma dinámica de deficiencia de aplicación del control de convencionalidad dentro del poder judicial federal. Y esta problemática se vive en el poder judicial federal, el tribunal más importante del Estado mexicano puesto que es el que más recursos recibe, el que cuenta con más infraestructura y el que más capacita a los operadores jurídicos.

Consideramos que una de las causas principales de este fenómeno es que el control de convencionalidad se realiza a discrecionalidad del juzgador, independientemente de que la SCJN haya emitido importantes pronunciamientos como el que se presenta a continuación.

Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos.

La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de

esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011).

Aun cuando ya se sabe que es obligatorio realizar el control de convencionalidad y de oficio y cuando la SCJN ha definido, mediante criterio jurisprudencial, cómo deben desarrollar dicho control los juzgadores, estamos observando que son muy pocos los que lo llevan a cabo al momento de resolver sus sentencias, con lo que concluimos que el papel de la ma-

yoría de los operadores jurídicos respecto a la defensa de los derechos humanos es muy débil y no se tiene el compromiso para afrontarlo o, tal y como lo señala González Chévez, ciertos sectores de la judicatura pugnan por una interpretación restrictiva (Chévez, 2015, p. 726).

Toda esta problemática en mayor medida se resolvería si se emitieran las regulaciones procesales correspondientes al control de convencionalidad, para que los juzgadores y las demás autoridades se vieran obligados a llevarlo a cabo en todas sus actuaciones. En el caso de los juzgadores, en la interpretación y aplicación del derecho.

El fundamento de esta propuesta lo encontramos en dos importantes jurisprudencias que ha emitido la Corte IDH, en una de las cuales el Estado mexicano es parte del juicio. Me refiero de manera particular a los casos Cabrera García y Montiel Flores vs. México y el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

En el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, la Corte IDH precisó que:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el **marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes** (Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010).

Mientras que en el caso de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, la Corte IDH, cuatro años antes, emitió el siguiente fallo: "...los **órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente **en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales**

correspondientes...” (Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 2006).

Es contundente la Corte IDH al señalar que el control de convencionalidad se debe llevar a cabo en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, para garantizar con ello su adecuada aplicación.

Es por las anteriores consideraciones y problemáticas que, de manera general, se presenta que estamos ante la necesidad urgente de llevar a cabo dichas regulaciones. A manera de propuesta, consideramos que esta regulación no solo debe ser para el poder judicial, sino que debe abarcar a todas las autoridades para que cumplan con la aplicación de un control de convencionalidad.

3. Un tercer punto que frena el desarrollo del control de convencionalidad en sede nacional es el desconocimiento, por parte de las autoridades, del amplio y rico corpus iuris internacional de derechos humanos, el cual no solo se compone de los tratados internacionales y convenciones en materia de derechos humanos, sino que las autoridades, al momento de llevarlo a cabo, deben observar lo establecido en la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, en los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y en las decisiones judiciales, todo ello como se contempla en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Tal y como se muestra, hablamos no solo de que los actos y normas internas se adecuen a lo que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que, con una visión más amplia, este control debe verificar el cumplimiento de las fuentes del derecho internacional de derechos humanos. Lo anterior se logra

tomando en cuenta el corpus iuris internacional de los derechos humanos, el cual es más amplio. Ya la Corte IDH ha desarrollado el concepto de corpus iuris internacional de los derechos humanos precisando que este

Está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (Comisión IDH, Opinión consultiva, 1999).

Es por ello que, en aras de buscar un control de convencionalidad mucho más efectivo y protector, hemos tomado en cuenta al corpus iuris de derecho internacional de derechos humanos, el cual se ha usado de manera reiterada en las decisiones que toma la Corte IDH, sin olvidar que también echa mano de las fuentes de derecho internacional, las mismas que, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se integran de la siguiente manera:

- a. Las convenciones internacionales.
- b. La costumbre internacional.
- c. Los principios generales de derecho.
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia.

Pues el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH no solo se apoya en el Pacto de San José y otros tratados de derechos humanos, sino que al momento de decidir tan paradigmáticos casos, su argumentación descansa en las fuentes que se mencionan, lo que hace que sus decisiones contengan una fundamentación más sólida y completa para con ello tutelar de la manera más amplia los derechos humanos.

Es importante destacar que toda la jurisprudencia que emite la Corte IDH, así como la Corte Internacional de Justicia, contempla dichas fuentes, las cuales son parte integrante del *ius cogens*, y es el ex juez interamericano Antonio Cancado Trindade (2005) quien dio un gran impulso a este, “pues precisamente ha sido el tribunal internacional contemporáneo que más ha contribuido para la evolución conceptual del *ius cogens*, en el fiel ejercicio de sus funciones de protección de la persona humana, inclusive en situaciones de la más completa adversidad o vulnerabilidad”.

Así pues, la aplicación de todos esos elementos tiende a optimizar el sistema jurídico, lo que maximiza la defensa de las personas cuando el derecho interno no es suficiente para ese fin. Es importante señalar que no se trata de sustituir de manera completa la normatividad interna; únicamente, lo que se busca es suplir la insuficiencia, lagunas o imperfección de esta. En la dirección y ejemplo que han puesto tan importantes tribunales, todas las autoridades del Estado mexicano, al llevar a cabo el examen de control de convencionalidad, deben seguir dicha guía, para con ello poder restituir al ser humano en su condición de sujeto de derechos humanos.

4. Por último, un cuarto punto que consideramos ha debilitado la implementación y consolidación de un control de convencionalidad en sede interna, es el reto que afrontan los poderes judiciales locales, pues aún falta mayor cooperación y diálogo entre ellos.

Como todos sabemos, actualmente existe un avance en el diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los tribunales supremos de Latinoamérica. Ejemplo de ello son las últimas decisiones emitidas por la SCJN en el caso de México y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, es decir, existe lo que muchos autores denominan un diálogo entre Cortes, que si bien es cierto aún es muy débil, tiende a su intensificación dentro de los siguientes años.

Es tan palpable este diálogo que la propia Corte IDH actualmente está invocando sentencias tan paradigmáticas como el expediente varios 912/2010 y la contradicción de tesis 293/2011 de México, el caso Simón de Argentina, Lecaros Carrasco de Chile, el caso Santiago Martín Rivas en Perú (Corte IDH Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia, Serie C No. 2219, 2011), etc., con la finalidad de fundamentar sus resoluciones. Con esta interacción es más que evidente que se intensifica dicho diálogo.

Pero consideramos que este diálogo debe ser amplificado, no solo entre las altas cortes de los Estados que integran el SIDH y la Corte IDH, sino también entre los tribunales internos, es decir, un diálogo horizontal, pues con ello se lograría conocer las experiencias y como se está llevando a cabo dicho control en cada una de las jurisdicciones estatales, departamentales o provinciales, conocer las problemáticas y retos que se afrontan y buscar de manera conjunta las soluciones más adecuadas que tiendan a mejorar la operativización del control de convencionalidad.

Pero, además, es necesario que ese diálogo horizontal se genere de manera internacional, es decir, con el resto de las cortes y tribunales de los países que componen el SIDH. Esto es de gran relevancia ya que en las últimas dos décadas, en la región de América Latina, se han abierto los sistemas jurídicos al derecho internacional, con miras a desarrollar en la región lo que tratadistas llaman el *Ius Commune*. Esta práctica tendería a estandarizar las sentencias, haciendo con ello mucho más efectiva y eficiente la protección de los derechos humanos en este espacio regional.

Conclusiones

Si todas las autoridades no cumplen de manera íntegra con dicho control, evidentemente,

no están cumpliendo con el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos tanto en la Constitución, como en los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, dejando de garantizar el libre y pleno ejercicio de sus derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, lo que podría acarrear consecuencias gravísimas.

Además, si las autoridades son omisas al llevar un adecuado y correcto control de convencionalidad, esto es que todas las autoridades lo lleven a cabo, bajo las regulaciones correspondientes y observando el corpus iuris de derechos humanos, es claro que se está vulnerando el principio de efecto útil y el de la seguridad jurídica, a la que todas las personas tienen derecho.

Si en México, como en otros países de Latinoamérica, solo el poder judicial lleva a cabo el control de convencionalidad, significa que el resto de las autoridades no observan el estándar mínimo en materia de respeto y garantía fijados en la CADH, lo que implica que no se está observando, ni cumpliendo, lo dispuesto en el artículo 1° de la CADH, ni mucho menos las fuentes del derecho internacional anteriormente citadas.

Todas las problemáticas y retos que se presentan, si no se atienden de manera pronta, de conformidad con las propuestas viables y eficaces que ha señalado la propia Corte IDH en la emisión de su jurisprudencia, estarán llevando a los países de la región a una situación grave en la cual, como en el caso de México, ya se están percibiendo sus efectos, como son la inseguridad, la ilegalidad, la arbitrariedad y la impunidad, los cuales se están intensificando, llevándonos a la descomposición de la sociedad y la inoperatividad del Estado. El ejemplo más claro es lo que ocurre actualmente en Iguala Guerrero, Tamaulipas y Michoacán, donde pareciera que la política del Estado es la violación de los derechos humanos.

Tampoco pretendemos argumentar que con la aplicación del control de convencionalidad se lleguen a resolver de manera inmediata las violaciones a los derechos humanos en México y en el resto de los países que integran el SIDH. Lo que sí creemos es que su operación tendería a disminuirlas. Es por ello que consideramos que para superar el letargo en el que se encuentra actualmente el control de convencionalidad es impostergable la emisión de la regulación procesal que requiere este control y, con ello, cumplir con lo ordenado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, así como en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Tal regulación procesal se encargará, además, de ampliar dicho control como obligación de todas las autoridades. Con esta regulación también se estará cumpliendo con lo ordenado por la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

Por último, si existieran las herramientas que permitieran a los poderes judiciales una cooperación y el diálogo entre los tribunales internos, así como de otras naciones, se podría conocer cómo se está llevando a cabo este tipo de control en los tribunales de los países que integran el SIDH y se podrían compartir e intercambiar las experiencias no solo a nivel interno sino también a nivel internacional.

Referencias bibliográficas

- Bazán, Víctor, *“El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”*, en Nash, Claudio (comp.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales, el control de convencionalidad*, Colombia, 2012, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2012.
- Cancado Trindade, Antonio Augusto, *“la ampliación del contenido material del ius cogens”*, Curso General de Derecho Internacional Público, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 2005.

- Convención Americana de Derechos Humanos, preámbulo, Portal de la Organización de Estados Americanos.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- Corte IDH, opinión consultiva OC_16/99, de 1 de octubre de 1999.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Caso de la Masacre de Segovia.
- García Ramírez, Sergio, “*Conferencia magistral: El Control de Convencionalidad en México*”, En el Marco de la Clausura del Máster Democracia y Parlamento IIJ- UNAM.
- Highton, Elena, “*Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*”, en Von Bogdandy, Armin; Ferrer, Eduardo y Morales, Mariela (coord.) *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, IIJ-UNAM, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- Informe anual de labores 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2013.
- Mora Méndez, Jorge Andrés, “*El control de convencionalidad un replanteamiento de principios y fuentes de derecho*”, Revista Republicana, enero junio de 2012, número 12, Colombia.
- Rey Cantor, Ernesto, “*control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*”, homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derechos Procesal Constitucional, México 2008.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, “*en su resolución de la contradicción de tesis 293/2011*”, versión taquigráfica de la sesión pública celebrada el 3 de septiembre de 2013.
- Tesis de Jurisprudencia 1. / J. 18/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Decima Época, Primera Sala, Diciembre de 2012, p.420.
- Tesis: P. LXIX/2011(9a.), Época: Décima Época, Registro: 160525, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, p. 552.
- Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: El trabajo
País: Colombia, departamento de Antioquia

Factor subjetivo en la extinción de dominio por utilización de bienes en la comisión de actividades ilícitas*

■ Por: *Omar Huertas Díaz***
*Iván Ricardo Morales Chinome****
*José Saúl Trujillo González*****

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

La extinción de dominio es una acción constitucional, judicial, autónoma y real que declara la pérdida del derecho de dominio en favor del Estado sin contraprestación ni compensación en favor de su titular. Esta acción procede cuando los bienes han sido adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social o cuando han sido objeto de un delito o han sido utilizados para la comisión de actividades ilícitas. En este último supuesto se debe demostrar la utilización del bien con fines ilícitos (factor objetivo), y la aquiescencia o la falta de cuidado y vigilancia por parte del titular del bien (factor subjetivo). Sin embargo, las normas aplicables no establecen los requisitos de este factor, situación que ha provocado su necesaria creación por parte de la jurisprudencia.

Palabras clave: Buena fe, Derecho de dominio, Derecho penal, Extinción de dominio, Jurisdicción penal.

* Este artículo es resultado de la investigación realizada en colaboración entre el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”, financiado por la Universidad Nacional de Colombia, Proyecto “Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario”, Convocatoria 31 de 2014, actualmente registrado con el Código COL0078909 en Colciencias, reconocido, clasificado en D, y el Grupo POLEMOS de la Corporación Universitaria Unisabaneta – UNISABANETA., registro COLCIENCIAS COL0111291.

** Abogado, Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal, Líder de Grupo de Investigación. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Ph.D © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología.
Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

*** Magíster en Derecho con profundización en Sociología y Política Criminal de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Observatorio de Política Criminal en Colombia e investigador Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal *Nullum crimen sine lege UN* de la Universidad Nacional de Colombia.
Correo electrónico: irmoralesc@unal.edu.co

**** Abogado de la Universidad de Santo Tomás. L.LM Derecho Público Económico Universität Konstanz y Doctorando en Derecho Público Universität Konstanz República Federal de Alemania. Líder del Grupo de Investigación POLEMOS (COL0111291) de la Corporación Universitaria de Sabaneta – UNISABANETA.
Correo electrónico: jose.trujillo@unisabaneta.edu.co

Subjective factor in the forfeiture for use of possessions in the commission of illegal activities

Abstract

The forfeiture of possessions is a constitutional, judicial and independent action declaring the loss of ownership rights to the State without compensation or against provision in favor of the owner. This action comes when the goods have been acquired through illicit enrichment, to the detriment of the public treasury or severe impairment in social or moral when they have been the subject of an offense or have been used to commit illegal activities. In the latter case it should demonstrate the use of the property for illegal purposes (objective factor), and the acquiescence or lack of care and monitoring by the holder (subjective factor). However, the rules do not provide for the requirements of this factor, a situation that has led to its creation required by the jurisprudence.

Keywords: Criminal jurisdiction, Criminal law, Forfeiture, Good faith, Ownership rights.

Introducción

La acción de extinción del derecho de dominio, que tiene fundamento en el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia y es desarrollada por la Ley 793 de 2002 derogada por la Ley 1708 de 2014, es un mecanismo para combatir el crimen organizado y recuperar los bienes que han sido adquiridos ilícitamente o usados para realizar actividades delictivas.

Dicha acción es declarativa pues determina si existen bienes derivados de actividades ilícitas y priva a su titular del derecho de propiedad; es autónoma pues se ejerce de forma independiente del proceso penal; es imprescriptible pues no se sana por el paso del tiempo; es retrospectiva pues genera efectos futuros sobre hechos sucedidos antes de la promulgación de sus normas; es patrimonial pues se ejerce sobre los bienes que conforman el haber patrimonial de las personas; y es real pues no busca establecer responsabilidades penales individuales sino perseguir bienes que han sido adquiridos por actividades ilícitas o han sido utilizados en la ejecución de ellas.

Esta acción puede ser ejercida por varias causales, entre las cuales se encuentran que los bienes hayan sido obtenidos como consecuencia de un delito, o enriquecimiento injustificado, o hayan sido usados para realizar actividades ilícitas.

Respecto de la procedencia de la acción de extinción del derecho de dominio sobre los bienes que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinados a estas, o correspondan al objeto del delito, deben demostrarse dos elementos: el primer elemento (objetivo) consiste en la ocurrencia de la actividad ilícita y el uso de los bienes para la ejecución de ella, el cual generalmente se demuestra con la prueba trasladada del proceso penal que dio origen a la extinción de dominio; y el segundo elemento (subjetivo)

es la participación en el delito del titular del derecho de dominio del bien o su aquiescencia o falta de cuidado sobre el objeto que fue utilizado en la conducta delictual.

Sin embargo, las normas aplicables (Ley 793 de 2002 derogada por la Ley 1708 de 2014) adolecen de un vacío legislativo en esta materia, pues solamente regulan el factor subjetivo al permitir la oposición de los *terceros de buena fe exenta de culpa* cuando los bienes han sido adquiridos como consecuencia de un delito.

Por tal razón, el factor subjetivo respecto de la causal de extinción de dominio por utilización de bienes en actividades delictivas ha sido una creación jurisprudencial de la jurisdicción penal, particularmente de las salas de decisión penal de extinción de dominio de los tribunales superiores de distrito. Tratar este tema es el objeto del presente documento.

Para la realización de esta investigación se utilizó la herramienta metodológica de investigación documental (ID), la cual consiste en el estudio de datos, documentos escritos, fuentes de información impresas, contenidos y referencias bibliográficas (Uribe, 2011). Particularmente se analizaron las sentencias de la Corte Constitucional que decidieron acerca de la constitucionalidad de las normas relativas a la extinción de dominio y 12 sentencias de apelación y consulta de la Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho de Dominio del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, por cuanto es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia.

El presente documento seguirá el siguiente orden: en primer lugar se determinarán las características de la acción de extinción del derecho de dominio, a continuación se establecerá en qué consiste la causal de utilización como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, en tercer lugar se expondrá el desarrollo jurisprudencial de la demostración

del factor subjetivo en dicha causal y finalmente se presentarán algunas conclusiones y comentarios sobre el tema.

La acción de extinción del derecho de dominio

La acción de extinción del derecho de dominio —en adelante AED— está consagrada en el artículo 34 de la Constitución Política de Colombia.

Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

El legislador colombiano desarrolló esta acción a través de la Ley 333 de 1996, el Decreto 1975 de 2002, el Decreto 1837 de 2002, la Ley 793 de 2002 estudiada por la Corte Constitucional en sentencia C 740 de 2003, y actualmente está regulada en la Ley 1708 de 2014 que derogó las leyes anteriores.

La AED es una acción constitucional, declarativa, retrospectiva, judicial, patrimonial, real y autónoma. La AED es definida de la siguiente manera por la legislación y la jurisprudencia:

Ley 1708 de 2014:

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.

Por su parte la ley 793 de 2002 establecía: La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley.

La jurisprudencia ha determinado lo siguiente respecto de las características de la AED:

Es de carácter REAL, porque, a diferencia del proceso penal, la misma no busca establecer responsabilidades de índole personal en la comisión de conductas punibles, sino que su teleología es la persecución de bienes que hubieren tenido su devenir en actividades ilícitas o que hubieren sido utilizados en la comisión de las mismas, independientemente de quien ejerza la titularidad del derecho de dominio o que ejerza la posesión o tenencia de los mismos (Corte Constitucional, C-740, 2003).

Es una acción DECLARATIVA habida cuenta que “...mediante ella se determina si existen bienes afectos a una actividad ilícita en forma directa o indirecta y, con base en ese pronunciamiento, se priva al titular del derecho...”, esto en el entendido de que la actividad ilícita que se pudiera predicar frente al origen del bien o que se hubiere desarrollado utilizando el mismo, es anterior a la iniciación de la acción, y lo que se hace en el pronunciamiento es únicamente declarar si el bien está o no incorporado a dicha ilicitud (Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala Penal, Rad 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

Es AUTÓNOMA, porque la misma tiene su origen directamente en los mandatos de la Constitución Política (artículo 34) y se ejerce independientemente de cualquier otra acción, en especial de la punitiva, aspecto este que fue desarrollado por el alto tribunal constitucional:

...La extinción del derecho de dominio es una acción constitucional pública, consagrada por el constituyente en forma directa y expresa, en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio, independientemente de que tal ilegitimidad genere o no un juicio de responsabilidad penal y el legislador, que está legitimado para desarrollar la acción de extinción del derecho de dominio en todo aquello que no fue previsto expresamente por el constituyente, puede consagrar la autonomía de la acción para significar que sus presupuestos, la asignación de competencias y los procedimientos son diferentes de otras acciones, tanto de la acción penal -entendida como ejercicio de ius puniendi- como de otras formas de extinción del derecho de dominio... (Corte Constitucional, C- 740, 2003).

La acción de extinción del derecho de dominio es IMPRESCRIPTIBLE porque la ilicitud que recae sobre el bien pasivo de la misma no se sana por el mero transcurso del tiempo y "...una interpretación armónica de las disposiciones citadas y los fallos que sobre las mismas se produjeron, permite concluir, de un lado que la acción de extinción del dominio es imprescriptible y, en consecuencia, no es posible oponer a ella la prescripción extintiva..."(Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

Es RETROACTIVA, porque las causales que dan lugar a la declaratoria de la extinción del derecho de dominio están consagradas en el artículo 2 de la Ley 793 de 2002, normatividad que entró en vigencia a partir de su publicación el 27 de diciembre de 2002, las mismas que se pueden predicar de bienes adquiridos o utilizados para la comisión de actividades ilícitas antes de esa.

...Contra lo que señalan los demandantes, la norma examinada no vulnera el princi-

pio de irretroactividad de la ley penal, primero porque, como ya se dijo, no se está ante la aplicación de penas, y segundo por cuanto la figura allí prevista no corresponde al concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino al de retrospectividad.

En efecto, puede verse en el texto del artículo que la Ley aprobada "rige a partir de la fecha de su promulgación", es decir que sus disposiciones tendrán efecto y concreción en el futuro y sobre la base del conocimiento público y oficial de su contenido. Luego no es retroactiva.

Sin embargo, el segundo inciso advierte que la extinción del dominio habrá de declararse con independencia de la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la Ley (Corte Constitucional, C-374, 1997).

Por último, se tiene que esta acción es de carácter PATRIMONIAL, partiendo por supuesto del concepto de patrimonio, este entendido como "...una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva...", lo cual quiere decir que la acción no recae sobre la persona sino sobre los bienes que conforman su haber patrimonial, este entendido como una universalidad jurídica independiente al individuo..." (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED), 2011)

Las causales de la acción de extinción del derecho de dominio

La AED procede por las siguientes causas consagradas en la Ley 1708 en su artículo 16 que establece:

1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.

2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.
10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.
11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos.

Por su parte, la Ley 793 de 2002 regula las causales en su artículo 2 de la siguiente manera:

Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial, cuando ocurriere cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.
3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.
4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.
5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.
6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospe-

chosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso.

Causal de acción de extinción de dominio por utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas

Esta causal se encuentra contemplada en la Ley 1708 de 2014 en los numerales 2,5 y 6 del artículo 16, a saber:

2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 793 de 2002 establece lo siguiente:

“Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito”.

En el parágrafo 2 de la misma Ley se enumeran las actividades ilícitas de la siguiente forma:

Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

1. El delito de enriquecimiento ilícito.
2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito

en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo.

Respecto de dicha causal la jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

En estos supuestos la acción no procede por la ilegitimidad del título sino por dedicarse los bienes a actividades ajenas a la función social y ecológica de la propiedad. Bien se sabe que ésta debe ejercerse de tal manera que se orienta a la generación de riqueza social y a la preservación y restauración de los recursos naturales renovables y no a la comisión de conductas ilícitas (Corte Constitucional, C 740, 2003).

Por otro lado, para configurar dicha causal se requiere la presencia de dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo. El requisito objetivo hace referencia a la correspondencia entre el acontecer fáctico y la descripción legal de la causal 3ª del artículo 2º de la Ley 793 de 2002, mientras que el aspecto subjetivo de

la acción requiere que la voluntad del titular esté orientada a que su patrimonio cumpliera fines contrarios a la legalidad (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704012201100080 01(E.D. 062), 2011).

El factor subjetivo en la causal de acción de extinción de dominio por utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá ha establecido determinados requisitos para demostrar el factor subjetivo en esta causal a través de la resolución de recursos de apelación y de consulta.

1. No se presenta el factor subjetivo cuando el titular del bien no se encuentra en un estado psíquico de normalidad que le permita propugnar por el uso legal del bien.

La AED no es aplicable cuando el propietario del bien adolece de una enfermedad o anormalidad psíquica que le impide encontrarse en condiciones de normalidad y, por tanto, no le es exigible y verificable el cumplimiento de las obligaciones que emanan de la propiedad.

Este elemento fue señalado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá en un caso en el cual negó la extinción de dominio de las cuotas de tres herederos –entre once– sobre un inmueble que había sido utilizado para la venta y tráfico de estupefacientes, puesto que sufrían de enfermedades psicológicas. En esta sentencia la Sala manifestó:

En este orden de ideas, ha de establecerse que las cuotas herenciales que les corresponden a GUSTAVO, ORLANDO y

ÁLVARO RUEDA JIMÉNEZ, no serán objeto de extinción en razón de su estado psíquico, pues el mismo les impedía tener una vida en condiciones de normalidad, por lo que su autonomía e independencia se ven limitadas al punto que se les dictaminó la asistencia de una persona para vivir, en consecuencia, no les es exigible que actualicen un comportamiento para propugnar por la función social y ecológica que debió observar al inmueble afectado (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014200842 02 (ED.008), 2011).

2. La oposición de la buena fe exenta de culpa no es aplicable en esta causal.

En este punto la sala de decisión ha sido incoherente, por cuanto en algunos casos acepta la improcedencia por esta causal cuando el titular del bien ha obrado con *buena fe exenta de culpa* de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 792 de 2003.

Este es el caso en el cual se negó la procedencia de la acción de extinción de dominio de un inmueble de propiedad de las señoras Blanca Mery Arias López y Oveida Arias de Arias y en el que se encontró una maleta con una gran cantidad de marihuana escondida debajo del tablado de una de las habitaciones. Sin embargo, ellas adquirieron el bien después de iniciado el proceso de extinción de dominio.

Así las cosas, como quiera que los derroteros de la causal de extinción invocada por la Fiscalía únicamente fueron acreditados en cuanto al aspecto objetivo, faltando el elemento subjetivo, esto es, que la destinación ilícita del inmueble identificado M.I. No. 157 42317 –expendio y almacenamiento de marihuana–, era atribuible a sus actuales propietarias, emerge imperativa la confirmación de la sentencia de primera instancia, pues se itera, no existe en el presente asunto, evidencia que demuestre que las afectadas hayan incumplido la obli-

gación “que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables”, según los fines sociales y ecológicos que se desprenden del canon 58 Superior, máxime cuando del análisis probatorio se colige que su actuar está amparado por la buena fe exenta de culpa o cualificada, pues al momento de la celebración del contrato, mediante el cual adquirieron la propiedad del inmueble afectado, desplegaron las actividades suficientes y necesarias tendientes a verificar la titularidad del dominio y la inexistencia de medidas que lo afectaran (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704003201100084 01 (E.D. 066), 2011).

En otro caso, se negó la extinción de dominio sobre un inmueble en el cual funcionaba un inquilinato y se expendían sustancias psicoactivas por cuanto el titular del bien, el señor Gonzalo Díaz Jaimes, no tenía la obligación de vigilancia sobre el bien por cuanto su administración la ostentaba una inmobiliaria.

Este aspecto por sí solo resultaría suficiente para predicar la extinción del derecho de dominio del bien con base en la causal 3ª, porque como se indicó, el mismo fue utilizado para la comisión de una actividad ilícita como el tráfico y comercialización de estupefacientes, sin embargo, debe verificarse también que el propietario las haya realizado, permitido o consentido, o si por el contrario, actuó bajo los postulados de buena fe cualificada.

En torno a este punto, se refiere que el señor DÍAZ JAIMES actuó diligentemente, dada su avanzada edad y precario estado de salud, al entregarle en el año 2004 la administración del bien a una inmobiliaria, lo cual se encuentra soportado con el contrato de mandato que celebró con la inmobiliaria ESTEBAN RÍOS LTDA; lo que es indicativo de que actuó con buena fe cualificada.

Entonces, si el señor GONZALO DÍAZ JAIMES, no tenía la administración ni la tenencia del bien, no le eran exigibles labores de vigilancia y además no se encuentra prueba en la actuación que permita afirmar que conocía de las actividades ilícitas que eran desplegadas en el inmueble, lo cual también se predica de los herederos de este (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

Sin embargo, en un caso muy similar, la Sala de Decisión manifestó que la figura del *tercero de buena fe exenta de culpa* solo es aplicable cuando se adquiere el dominio, no cuando se dispone del bien para ejecutar una actividad ilícita.

Así pues, en esta oportunidad la Sala de Decisión conoció de la AED sobre una bodega de propiedad del señor Winston Orlando Giraldo Toro, en donde se encontraron almacenadas 30 canecas con insumos químicos para el procesamiento de alcaloide. El propietario del inmueble manifestó que tenía arrendada la propiedad a través de una inmobiliaria.

Por manera que según lo reseñado, cuando el legislador lo refiere y la Corte Constitucional interpreta la figura del tercero de buena fe, señalan tal calidad con relación a la forma como adquiere un título, es decir, dicha particularidad se circunscribe a la adquisición de la propiedad, o creación de derechos, que cuando no sean exentos de culpa son aparentes.

Bajo esta óptica, resulta lógico estimar que la calidad de tercero de buena fe exento de culpa, a que refiere la norma, opera con relación a las causales que contemplan la adquisición de los bienes comprometidos y no a aquellas que sancionan su indebida utilización o destinación (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704013200900016 01 (ED.012), 2011).

3. El aspecto subjetivo consiste en el dolo, la culpa grave o la culpa del derecho civil.

En otra oportunidad se estableció que el aspecto subjetivo debe estudiarse a partir de las reglas del dolo o la culpa de la legislación civil. Así pues, la Sala determinó:

Ahora, la causal no se estructura solo por la utilización del bien en el desarrollo de actividades ilícitas (componente objetivo), sino que además requiere que se determine si el propietario del titular del derecho real cuya extinción se pretenda, ya sea por acción o por omisión, que, permitió dicho uso, desatendiendo los deberes que le impone el ordenamiento jurídico frente al ejercicio de dicho derecho (componente subjetivo), aspecto este, dependiendo del caso en particular, se debe abordar ya sea desde la intencionalidad (dolo de acuerdo a la legislación civil) o desde la omisión (culpa civil), atendiendo las reglas del artículo 63 del Código Civil, cuyo texto es del siguientes tenor:

“ARTICULO 63. <CULPA Y DOLO>. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100004 01 (ED.024), 2011).

4. El elemento subjetivo no se satisface cuando se demuestra que el titular del derecho de dominio cumplió con todas las obligaciones provenientes de la propiedad.

Este criterio fue fijado en la sentencia que determinó la improcedencia de la AED sobre dos motonaves de la Sociedad Marítima Providencia S.A., en las cuales se encontraron en varias oportunidades estupefacientes camuflados en su interior.

La sociedad de conformidad con la normatividad que regula su operación comercial, cumplió con los protocolos y deberes que le eran exigibles, en la medida de sus posibilidades, sin que asista razón a la apoderada de la Dirección Nacional de Estupefacientes, en cuanto afirma que al hacerse responsable el transportador de la carga también debía obligarse por los vicios de la cosa a trasladar (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100047 01 (ED.065), 2013).

Además se demostró que la conducta de tráfico de estupefacientes fue ejecutada exclusivamente por el capitán de los navíos.

En las investigaciones adelantadas por estos hechos se logró establecer que la conducta ilícita obedeció de manera exclusiva a la voluntad del capitán del navío, quien aprovechó la calidad especial que le daba el ostentar el cargo de mayor jerarquía en la tripulación para destinar el bien encomendado a su propósito delictivo, aspectos que lo llevaron aceptar los cargos que en su momento le endilgara el investigador (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 110010704014201100047 01 (ED.065), 2013).

5. No es posible afirmar la existencia del factor subjetivo cuando el propietario desconoce o está en desacuerdo con que

se realicen actividades ilícitas con los bienes, de los cuales es titular.

En esta oportunidad se negó la extinción de dominio sobre un inmueble, dentro del cual fueron incautadas dosis de marihuana y cocaína en una de sus habitaciones, por cuanto los propietarios del bien, tan pronto tuvieron conocimiento de la situación, informaron a las autoridades.

De relevancia resulta la actitud asumida por el afectado al momento cuando tuvo conocimiento sobre las actividades que en su predio se venían presentando, como quiera que no guardó silencio, sino que decidió cumplir con el deber de denuncia que le exigía la ley, es decir, patentizó el deber de vigilancia sobre su propiedad y a partir de allí actuó conforme a derecho, lo que permite concluir que en efecto ninguna responsabilidad se le puede endilgar en la destinación ilícita dada a su propiedad (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 11001070401220110003201 (ED.048), 2012).

6. Es posible excluir el factor subjetivo cuando el titular del bien delega sus obligaciones de cuidado y vigilancia sobre sus familiares en virtud del principio de confianza legítima.

La Sala de Decisión en grado de consulta negó la AED de un inmueble situado en Bucaramanga (Santander), cuya propiedad se hallaba inscrita en cabeza del señor Carlos Camacho Niño, y que era destinado para el almacenamiento y comercialización de hidrocarburos de contrabando, procedentes del vecino país de Venezuela, por considerar que el factor subjetivo de esta causal no quedó satisfecho porque el titular del bien permaneció en Venezuela por varios años y dejó la administración de este en cabeza de su ex compañera y sus hijas.

Por ello, con las probanzas debidamente recaudadas en esta acción extintiva, no se encuentra en la actitud de CAMACHO NIÑO negligencia, falta de cuidado o permisividad para que en el bien de su propiedad se ejecutaran actividades ilícitas, pues no escapa a la órbita de este juzgador recriminarle el hecho de haber salido del país a trabajar en otro lugar o reclamar visitas constantes al inmueble cuando en éste residían su ex compañera e hijas y por el grado de confianza que de tal relación familiar emana, no era su deber realizar como sí hubiese sido en calidad de arrendador y respecto de terceras personas (Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, Rad. 11001070401220110008001 (E.D. 062), 2012).

Conclusiones y comentarios

De lo anterior se puede afirmar que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá acertadamente, respetando los derechos de defensa e interpretando armónicamente con otros valores y principios del derecho, exige que se demuestre en la causal 3 de la Ley 793 de 2002 tanto el factor objetivo como el factor subjetivo para que proceda la acción de extinción de dominio.

Sin embargo, cae en contradicciones y no son claros los fundamentos jurídicos y los elementos del factor subjetivo en dicha causal, puesto que en la resolución de varios casos afirma que se debe probar la *buena fe exenta de culpa*, o se debe acudir a las normas del derecho civil y comercial, sin mantener una línea jurisprudencial constante respecto al tema.

Por tanto, considero que ante esta laguna legislativa se deben aplicar ciertos fundamentos del derecho penal, tales como el dolo, la culpa, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

Así pues, ciertos principios del derecho penal se deben aplicar en este caso por dos razones principalmente. En primer lugar, la causal de la acción de extinción de dominio por utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas se estructura como una típica norma del derecho penal.

Lo anterior por cuanto el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o medida de seguridad (Roxin, 2001, p. 41).

En este caso, la conducta se corresponde con la utilización de bienes como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinados a estas, o correspondan al objeto del delito. Por su parte, la sanción consiste en la pérdida del derecho de dominio en favor del Estado.

En segundo lugar, el factor objetivo de la causal se demuestra a través de prueba trasladada proveniente del proceso penal, por tanto, si este elemento se establece con los principios y valores del derecho penal resultaría lógico que el factor subjetivo también se funde en ciertos elementos del propio derecho penal.

De esta forma es posible organizar estos principios extraídos de los pronunciamientos de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá a partir de ciertos fundamentos de derecho penal general.

1. Esta acción no procede cuando el titular del derecho de dominio es un inimputable.

Considero que resulta aplicable el concepto de inimputabilidad por cuanto la AED no sería aplicable cuando el propietario del bien no posee unas condiciones de sanidad mental suficientes que le permitan motivarse conforme a la norma (Velásquez Velásquez, 2009, p. 849). Así pues no le sería exigible el uso de sus propiedades de forma lícita.

2. La aplicación del dolo y la culpa en el derecho penal.

Resulta lógico que este factor subjetivo se satisfaga cuando el titular del bien conozca de lo injusto de su conducta y quiera su realización, en este caso participar de la destinación ilícita de su propiedad (Ley 599, 2000, art. 22).

Por su parte este requisito podría establecerse si se demuestra el actuar culposo del titular del derecho de dominio cuando el uso de su propiedad en actividades ilícitas se produce como consecuencia de su infracción al deber objetivo de cuidado cuando era previsible o debió haberlo previsto (Ley 599, 2000, art. 23).

3. El principio de confianza y la prohibición de regreso.

También es posible aplicar las instituciones dogmáticas de la imputación objetiva en Derecho Penal. En primer lugar, el derecho y la sociedad distribuyen roles, en este caso el rol de “propietario”, “arrendador”, “titular del derecho de dominio”, de “arrendatario”, “tenedor”, etc. Ante ello los ciudadanos deben administrar en debida forma su rol y esperar que los demás lo hagan de igual manera, pues existe un principio de confianza (Jakobs, 1994).

Así pues, no es aplicable la AED cuando el titular del derecho de dominio cumple con las obligaciones que emanan de su rol.

Finalmente, considero que la prohibición de regreso, consistente en que el ciudadano que asume un vínculo estereotipado inocuo con otro ser humano no quebranta su rol aunque el otro desvíe su actuar en una organización no permitida (Jakobs, 1994), puede ser aplicada en los procesos de extinción de dominio, por cuanto quien asume un rol, tal como el de “arrendador”, no es responsable si el “arrendatario” desvía su conducta hacia una actividad ilícita como ocurre en varios de los casos estudiados.

Referencias bibliográficas

- Congreso de Colombia. (27 de Diciembre de 2002) por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio. [Ley 793 de 2002].
- Congreso de Colombia. (20 de Enero de 2014) Por medio de la cual se expide el código de extinción de dominio. [Ley 1708 de 2014].
- Congreso de Colombia. (24 de Julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000].
- Constitución política de Colombia. (1991) 2da Ed. Legis.
- Corte Constitucional. (28 de Agosto de 2003) Sentencia C 740. [MP Jaime Córdova Triviño].
- Corte Constitucional. (13 de Agosto de 1997) Sentencia C 374. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Jakobs, G. (1994). *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, C. (2001). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Civitas.
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (31 de Marzo de 2011) (Sentencia Rad. 110010704013200900016 01 (ED.012), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (9 de Junio de 2011) (Sentencia Rad. 110010704014200842 02 (ED.008), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (29 de Agosto de 2012) (Sentencia Rad. 11001070401220110003201 (ED.048), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (30 de Noviembre de 2012) (Sentencia Rad. 110010704012201100080 01(E.D. 062), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (13 de Febrero de 2013) (Sentencia Rad. 110010704003201100084 01 (E.D. 066), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (14 de Junio de 2012) (Sentencia Rad. 110010704014201100004 01 (ED.024), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala de Decisión Penal. (22 de Marzo de 2013) (Sentencia Rad. 110010704014201100047 01 (ED.065), [MP Pedro Oriol Avella Franco].
- Uribe, J. (2011). *La investigación documental y el estado del arte como estrategia de investigación en ciencias sociales*. En: PÁRAMO, P (Comp.). *La investigación en ciencias sociales. Estrategias de investigación*. Bogotá: Universidad Piloto de Colombia.
- Velázquez Vázquez, F. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Medellín: Comlibros.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: La libertad
País: Colombia, departamento del Amazonas

La migración indocumentada en el contexto del capitalismo globalizado*

■ Por: *Roxana Irene Cervantes Velázquez***

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

El desenvolvimiento de la migración presenta mayores especificidades ahora, considerándola bajo el contexto del capitalismo globalizado. Pese a que se trata de un fenómeno antiguo, la migración no puede ser tratada de la misma forma que antes, ya que no solo se involucra en ella la demanda de mano de obra barata sino que también se ven involucrados el desarrollo de las tecnologías y los medios de comunicación dentro de esta expansión globalizadora.

Palabras clave: Capitalismo, Capitalismo globalizado, Derechos fundamentales, Globalización, Migración forzada.

* Artículo de investigación resultado del avance de la tesis de Maestría en el marco de la estancia de investigación realizada en Colombia dentro del proyecto “Perspectiva Criminológica del Sistema Penitenciario y Carcelario” del Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum crimen sine lege de la Universidad Nacional de Colombia, Reconocido y clasificado en categoría D y registrado con el código COL0078909 en Colciencias. Fecha de inicio: noviembre de 2014.

** Licenciada en Derecho por la UAM, maestrante en la UNAM en Política Criminal. Asesora legal de la Organización Internacional para las Migraciones en México, así como participante en varios proyectos de dicha organización. Ha trabajado en Management Systems International, que opera en conjunto con USAID, para el área de Monitoreo y Evaluación.
Correo electrónico: roxanacrvtnts@gmail.com

Undocumented Immigration in the context of the globalized Capitalism

Abstract

The development of migration presents greater specifics now considering it in the context of globalized capitalism. Despite the fact that it is an old phenomenon, migration may not be treated in the same way that before, since not only engages the demand for cheap labor also the development of technologies and the communication are involved within this global expansion.

Keywords: Capitalism, Forced migration, Fundamental Rights, Globalization, Globalized capitalism.

Introducción

La movilidad humana no es un fenómeno nuevo; se ha desarrollado a lo largo de la historia desde que el hombre deja de ser sedentario para convertirse en nómada. Sin embargo, las especificidades que se presentaban con anterioridad difieren con las connotaciones que ahora enfrenta.

Los medios de comunicación, las tecnologías, la satisfacción del mercado global, entre otros, son factores que influyen en la movilidad humana, y no precisamente de manera positiva. Con el capitalismo hablamos de la mano de obra barata para la acumulación del capital pero, con la globalización, este capital se convierte en capital humano, donde el propio hombre no solo satisface ese mercado global generando ganancias para las grandes economías, sino que es parte de él, ya que se convierte en mercancía para el crimen organizado, verbigracia, para la trata de personas.

Por otro lado, y pese al avance que se ha dado en materia de derechos humanos, por ejemplo en México, con la reforma de 2011 en la Constitución, la vulneración de ellos no deja de suceder y menos aún se combate. El reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución ha sido un gran paso, pero no es suficiente si no se aplican y si no se profesionalizan los sectores involucrados, no solo los de justicia sino todos aquellos sectores públicos que tienen contacto con la sociedad.

El presente tema de investigación tiene como finalidad analizar las especificidades que presenta la movilidad humana en el contexto del capitalismo globalizado. De igual forma, es de suma importancia analizar los derechos fundamentales y sus características bajo el mismo contexto globalizador. Con el análisis de ambos, se obtendrá una visión general del fenómeno que se desenvuelve como migración forzada, donde la vulneración de los derechos de

los migrantes se da desde los países de origen y tránsito hasta el de destino.

El tema de investigación será abordado desde la corriente del materialismo dialéctico, con el objeto de estudiar el fenómeno migratorio y la vulneración de los derechos fundamentales bajo el contexto del capitalismo globalizado. Entendamos con ello que no se puede analizar el fenómeno migratorio si no se hace referencia al contexto bajo el cual se está estudiando; de ahí la importancia de estudiar la movilidad humana con referencia al capitalismo globalizado, lo cual le genera especificidades que analizar, como la migración forzada.

El tema se abordará a partir del método cualitativo con las siguientes finalidades:

- Reconocer y analizar los elementos característicos del capitalismo globalizado y su evolución.
- Analizar el desarrollo, las características y el impacto del fenómeno migratorio.
- Identificar la conexión entre capitalismo globalizado y migración.
- Analizar los derechos fundamentales bajo el contexto del capitalismo globalizado.
- Reconocer la vulneración de los derechos fundamentales en la migración forzada.

Para lo anterior, se empezará con el análisis de los conceptos base de la investigación.

Aragón (2000) menciona que el capitalismo se caracteriza por haberse desarrollado bajo contextos desiguales en los países. Desarrollo y progreso han derivado en una economía mundial donde convergen tanto regiones desarrolladas como regiones en subdesarrollo. El eje de esta convergencia es una economía desigual, donde se hace notoria la diferencia del ingreso per cápita entre ambas regiones. Estas diferencias radican en que el capitalismo se ha impulsado en procesos dinámicos, es decir, por un lado, regiones con mejores condiciones de vida que crecen de manera más acelerada en los

países desarrollados y, por el otro, estas mejores condiciones operan con mayor lentitud cuando se trata de países en vías de desarrollo (p.52).

En la definición anterior se puede notar que la desigualdad en las economías de los países, durante el desarrollo del capitalismo, es evidente, ya que, por un lado, se habla de países desarrollados, y por otro, en vías de desarrollo; el crecimiento de estos últimos se da de manera paulatina, mientras que, en los primeros, su crecimiento es de forma acelerada.

Aunado a lo anterior, esta desigualdad económica afecta a las poblaciones de ambos países (los desarrollados y los subdesarrollados), por lo que va a acentuar la diferencia en las clases sociales. Y no solo eso, esta diferencia estructural genera mayores respuestas por parte de los detentadores del poder, porque las exigencias que se presentan en el ámbito social van correlacionadas con el capitalismo, exigencias enfocadas a mejores condiciones de vida.

Se puede destacar que el desarrollo del capitalismo involucra a todos los países: unos jugarán el papel de países desarrollados, mientras que otros solo serán subdesarrollados o en vía de desarrollo.

Por otro lado, la diferencia existente entre países desarrollados y subdesarrollados generará, en sus sociedades, condiciones distintas; es decir, el énfasis en las clases sociales se acrecentará, tanto por aquellos que son actores activos del mercado global como por los que inevitablemente rentan su mano de obra para la producción y satisfacción del mercado, y coloca a los países desarrollados con mayor producción, utilizando mano de obra barata y aumentando el capital.

La exigencia y satisfacción del mercado provocará el aumento de la movilidad humana. Esta migración buscará mejorar las condiciones de vida; por un lado, ayudará a la producción de capital y, por otro, se unirá a la cultura del con-

sumismo. Es notorio que el poder de atracción del capitalismo genera ganancias, impacto que no solo se refleja en el nivel económico sino también en la misma sociedad y, aunado a ello, impacta en la multiculturalidad.

Por otro lado, la globalización se refiere a la distribución en el ámbito mundial del nuevo capitalismo global, que se basa en tres aspectos fundamentales: primero, el crecimiento de la tecnología, que traerá consigo una evolución de los medios de comunicación, así como el bajo costo de ellos, incluido el transporte aéreo. Como segundo punto, los nuevos desarrollos socio-institucionales, donde las empresas se organizan a escala mundial, lo que incrementa la competencia, a través de la demanda de mano de obra barata, y también realza desigualdades sociales entre los países desarrollados y aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, lo cual genera, en estos últimos, altos índices de desempleo y subempleo. En el tercer y último punto, se encuentran los procesos geopolíticos, como los movimientos migratorios que replantean la estructura mundial. Parte de la reorganización a escala mundial se deriva de factores socio-institucionales y geopolíticos importantes como son el derrumbe keynesiano, el socialismo estatista y el nacionalismo corporativo que originan la propagación del neoliberalismo (Aragonés, 2000, p. 18).

Se observa que la globalización enmarca el impacto en diferentes sectores, ya no solo en lo económico, ni en las estructuras sociales, sino también en el desarrollo y evolución de la tecnología; además, las instituciones atienden a un mercado global según la demanda de trabajo de mano de obra barata. Esto hace nuevamente, al igual que el capitalismo, énfasis en las diferencias sociales. En el último punto, la autora se refiere a los movimientos geopolíticos, que incluyen la masiva movilidad migratoria como un reestructurador mundial.

Esto provoca que la vida humana y la organización institucional sean afectadas, primero porque la sociedad se ve involucrada, ya sea de manera voluntaria o no, en un proceso globalizador inevitable, que conlleva a que este conjunto de personas planteen una obvia resistencia a los grupos hegemónicos de poder que se encargan de proteger sus propios intereses. En otro plano tenemos los intereses de la sociedad que se ven afectados tanto por el desarrollo de la globalización como por los actores que ejercen el poder y que utilizan estrategias inoperantes para el bien común de la sociedad. Es, en este punto, donde vemos reflejado lo dicho por Estefanía J. al mencionar el desplazamiento de las políticas económicas gubernamentales (citado en Instituto Popular de la Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, 2003, p.102).

La globalización es un proceso estructural de nivel internacional que impacta en diferentes ámbitos de la vida; a la vez, es un proceso inevitable por lo que la sociedad no ha decidido de manera arbitraria ceder la independencia de su economía a las hegemonías globales, como menciona Touraine (citado en Instituto Popular de la Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, 2003, p.102). Se trata de un proceso que integra a las naciones, unas de ellas crecen a pasos acelerados y se constituyen en los actores del poder, mientras que las restantes se integran al proceso de globalización, pero con avances paulatinos, sin siquiera tener la opción de elegir el sometimiento.

La globalización basa el desarrollo en el mercado global. La satisfacción de este mercado global hará que los países atiendan estas necesidades para beneficiar mayormente los intereses personales y dejar de lado las exigencias de la sociedad. Aunada a ello, la evolución de la tecnología en la globalización conlleva un papel muy importante, porque, por ejemplo, las dis-

tancias se acortan, la interacción entre los países se vuelve más cercana y sencilla, el mercado global, que exige mano de obra barata, también implica un mercado de consumismo con altas ganancias. Cabe mencionar que las exigencias que plantea la reestructuración de la globalización van dirigidas no solo a las relaciones económicas de poder entre los países, sino también a que la satisfacción de este mercado global ya no solo se caracteriza por mercancías materiales, sino por la visión de que la mercancía también puede ser el hombre, no solo la mano de obra barata sino él mismo. De ahí que el consumismo va dirigido a satisfacer y acrecentar los negocios criminales, como la trata de personas, considerando la criminalidad como uno de los factores de riesgo dentro del desarrollo de la movilidad humana a nivel internacional.

De acuerdo con los señalamientos anteriores, se puede decir que el desarrollo de la tecnología inmersa en el mercado global es un punto característico en este fenómeno. La diferencia en el desarrollo de la tecnología deriva en las ventajas económicas de unos y otros países. Si bien el desarrollo de la tecnología puede ser utilizado como una herramienta efectivamente útil en diversos campos, verbigracia la educación, también esta puede ser utilizada como un instrumento para la criminalidad, por ejemplo, las redes de tratantes.

El impacto que genera la globalización no solo causa efectos en las cuestiones económicas, también produce cambios en ámbitos como la sociedad. A raíz de las estrategias inclusivas y exclusivas de este fenómeno, la acentuación de las diferencias sociales (en los países desarrollados y en los que están en vías de desarrollo) se hace mucho más evidente. Luego, entonces, las desigualdades económicas y sociales son también un rasgo distintivo del fenómeno.

Cabe mencionar en este último punto que las desigualdades sociales tienen una amplitud

de efectos que señalar, tales como la ausencia de oportunidades para el desarrollo laboral, y junto con ello, un bajo nivel salarial para los grupos que han sido excluidos y marginados, es decir, aquellos sectores de la población que no cuentan con los suficientes recursos económicos y mucho menos con herramientas para mejorar las condiciones de vida. A este respecto también se puede incluir la carencia de servicios sociales (verbigracia, salud, vivienda, educación, etc.), como parte de estas desigualdades económicas. Estos factores pueden ser considerados como un detonante para la movilidad humana, la misma que conlleva ciertas peculiaridades bajo el contexto de la globalización, considerada por unos autores como migración forzada. Me atrevo a afirmar que esta es una más de las características de la globalización.

El desarrollo de tal fenómeno, en un marco internacional, es una peculiaridad más. A pesar de tratarse de un fenómeno que se basa en el mercado y en el marco internacional, los efectos se extienden a las economías nacionales de cualquier país. Obviamente, los efectos son distintos, de acuerdo con la participación activa en el mercado global.

Según Aragonés (2013, pp.112-115), existen ciertos rasgos esenciales que caracterizan este proceso, como son:

1. Internacionalización del capital. Esta referencia se hace al involucramiento de países periféricos, que resultan ser atractivos por las zonas de producción que se pueden explotar (recursos naturales), por la abundante y barata fuerza de trabajo (hombre), mediante plataformas de exportación que funcionan como economías de enclave.
2. Financiarización. El capital financiero genera estrategias especulativas que propician la canalización de fondos de inversión, fondos soberanos y excedentes

sociales hacia nuevos instrumentos financieros que ofrecen altos márgenes de ganancia en el corto plazo, pero con el riesgo inminente de provocar crisis recurrentes y fraudes masivos que obstruyen y afectan el funcionamiento de la llamada economía real.

3. Degradación ambiental. La privatización de los medios naturales propicia la explotación desmedida de los mismos, sin reparar en los costos sociales (hambres, enfermedades, contaminación) y ambientales.
4. Reestructuración de procesos de innovación. El desarrollo de los avances tecnológicos es utilizado para satisfacer las necesidades de las corporaciones multinacionales con el fin de acrecentar las ganancias del mercado.
5. Precarización laboral. La diferencia de los mercados laborales entre la economía internacional y la economía de los países periféricos genera las precarias oportunidades de estos últimos. Aunado a ello, las desigualdades sociales también se manifiestan en el mercado laboral, donde se presentan las jerarquías raciales y de género, que posibilitan la explotación de la fuerza de trabajo barata por las grandes corporaciones.
6. Nueva dinámica migratoria. La migración adquiere nuevas peculiaridades en el contexto de la globalización neoliberal. Se caracteriza por:
 - a. La falta de oportunidades laborales en los países expulsores, presiona a la población afectada para migrar, y
 - b. La situación de vulnerabilidad de los migrantes, los coloca en situaciones de riesgo y condiciones de explotación extrema. En este punto, la autora solo hace referencia a la

migración laboral, pero se considera que las afectaciones se extienden a cualquier tipo de migración.

Se puede dilucidar que la globalización juega con una ambivalencia; es decir, por un lado, puede transformarse en un proceso reestructurador de inclusión general, a través del mercado global, para proveer igualdad de oportunidades a las economías nacionales, bajo condiciones que beneficien a la sociedad, como el no abaratamiento e igualdad en el mercado laboral; pero, por otro lado, se convierte en un proceso desestructurante, donde se manejan estrategias de exclusión hacia los más desprovistos de los que también se puede obtener algún beneficio, para contribuir al crecimiento de las grandes economías.

La movilidad humana está envuelta en restricciones. La demanda del mercado global, de mano de obra no calificada, genera atracción y expectativas en la población de los países no desarrollados. Son atraídos con la imagen de mejores condiciones de vida, traducida en trabajo mejor remunerado que el que pueden obtener en el país de origen, lo cual los llevaría a un estrato social más alto, debido a que el nivel de adquisición será mayor. Mayoritariamente, la población atraída a este mercado son aquellas personas que viven en condiciones precarias, por lo que viajar con documentos es para ellas una situación difícil y representa un gasto más que tendrían que hacer para llegar al destino.

Cabe mencionar que el fenómeno migratorio es un fenómeno que se genera principalmente por la búsqueda de mejores condiciones de vida. Esta es una de las principales causas, mas no debe considerarse como la única, ya que el país de origen no provee las herramientas necesarias para el desenvolvimiento de la persona, por lo que buscan alternativas y deciden migrar. Por otro lado, los fenómenos naturales, la violencia y persecuciones políticas, etcétera, en el

país de origen, también son situaciones, piezas fundamentales, para salir del país.

El desenvolvimiento del fenómeno migratorio, bajo el contexto del capitalismo globalizado, genera exigencias que atender. Es ahí donde los países expulsores, de destino, tránsito y retorno, tienen una gran tarea que cumplir. Como se mencionaba anteriormente, no se pueden atender fenómenos y problemáticas antiguas, con estrategias obsoletas que más que influir positivamente generan exclusión y vulneran, discriminan y re-victimizan a estos grupos de personas migrantes.

Al igual que el capitalismo globalizado influye en el desenvolvimiento de la migración, también deberá influir en las estrategias y herramientas que el gobierno implementa ante estas circunstancias, debido a que la migración impacta económica, social y culturalmente. Por ello, las herramientas y estrategias que se implementen deberán estar enfocadas a la satisfacción de estas exigencias y no a acciones restrictivas que agraven las circunstancias y los impactos.

Durante el desarrollo y reestructuración del capitalismo deviene una globalización económica que se enfoca principalmente en dos ejes: el primero se refiere a una economía progresiva con expansión internacional, que no solo se encargará de rediseñar las sinergias de las grandes potencias, sino que también deberá involucrar a las demás regiones al comercio internacional; de tal forma, que logrará establecer nuevos flujos, como las mercancías, los capitales y la fuerza de trabajo. El segundo eje se refiere a una nueva estructuración de la división del trabajo a nivel internacional, lo que muestra la dependencia existente en los procesos de producción y la evidente transnacionalización de la reproducción del capital (Aragónés, 2000, p.119).

De acuerdo con Aragónés, se llega a la definición del capitalismo globalizado. Es de

notar que esta expansión del capitalismo presenta, como se ha mencionado, el involucramiento de todos los países del mundo: mientras que unos países se encuentran en un lugar privilegiado como países desarrollados, otros se encuentran en condiciones deplorables con extrema pobreza.

La dicotomía de países desarrollados y subdesarrollados muestra la jerarquización y las relaciones de dependencia de unos con otros. Resulta imposible no ser parte de este movimiento si nos encontramos inmersos en la cultura del consumismo. La acumulación del capital de las grandes hegemonías, a través del mercado internacional, que hacen uso del mercado laboral, es el interés primordial de esta estructura. Los países desarrollados basan el mismo desarrollo en una economía fuerte, que genera grupos internos para la satisfacción del mercado. Como señala el Instituto Popular de la Capacitación, de la Corporación de Promoción Popular, no se toma en consideración el desplazamiento de las economías gubernamentales.

El desplazamiento de estas economías gubernamentales que se señala denota la falta de interés por la sociedad, ya que quienes cuenten con los recursos se verán favorecidos por estas nuevas estructuras, mientras que el resto de la población se verá notoriamente excluido e incluido, a la vez, por el impacto del capitalismo globalizado. Es decir, excluidos porque las acciones y estrategias que se implementen estarán preocupadas por intereses personales, acumulación de capital (cumplimiento de exigencias del mercado internacional), que poco o nada beneficiarán a estos grupos de personas, por lo que, simplemente se verán como capital humano para la satisfacción de exigencias de esta estructura globalizadora. Y serán incluidos por la misma inercia del capitalismo globalizador, en este caso, como fuerza de trabajo abaratada o capital humano para las redes criminales.

Otro punto que es importante abordar es el papel de los derechos fundamentales frente a la migración en un contexto globalizador. A través de la historia el concepto de derechos ha evolucionado y se ha utilizado de diversas formas, de acuerdo con el contexto de la historia.

Ferrajoli (2010) aporta la siguiente definición:

Los derechos fundamentales son aquellos que recaen en los seres humanos; por un lado, tenemos los derechos subjetivos y, por el otro, tenemos aquellos que corresponden a un estatus en las personas. Los derechos subjetivos son contenidos en las normas que prescriben beneficios (prestaciones) y que no menoscaban al sujeto (no sufrir lesiones). En cambio la designación de estatus a una persona es reconocerla como ciudadano y con capacidad de obrar; esta designación y reconocimiento están prescritos en las normas jurídicas, como titular y actor de situaciones jurídicas (p.37).

Garzón Valdés (citado en Carbonell, 2004, p.5) señala, en su obra *Derecho, ética y política*, que mientras los derechos fundamentales cumplan con su función de protección de los intereses más relevantes de las personas serán reconocidos como tales, ya que a través de la protección de esos intereses, la persona podrá desenvolverse de manera digna en su plan de vida.

De acuerdo con las acepciones anteriores, se dilucida que los derechos fundamentales deberán estar reconocidos y contenidos en ordenamientos jurídicos, con la finalidad de cumplir su función a través de la aplicabilidad.

Estos derechos proveerán un beneficio a los individuos. Primero, como señala Ferrajoli, se prescribe un beneficio a través de la norma que los contenga y, segundo, de acuerdo con Garzón Valdés, deberán procurar el desarrollo del individuo con una vida digna.

Bajo la misma línea, Nogueira (2003, p.58) señala que serán derechos fundamentales aque-

llos que se le designan a una persona a través del mandato del Estado, mediante ordenamientos jurídicos que los reconozcan como tales. En esta misma obra, *Teoría dogmática de los derechos fundamentales*, se cita a Hernández Valle, quien indica que los derechos fundamentales son aquellos que no solo van a estar garantizados por los ordenamientos jurídicos sino que deberán ser reconocidos por las instituciones (citado en Nogueira, 2003, p.13).

Ahora bien, el solo reconocimiento de los derechos fundamentales por parte del Estado, a través de ordenamientos jurídicos, no es suficiente, ya que los operadores del sistema de justicia, así como las instituciones, deberán también reconocerlos; pero el solo reconocimiento de estos derechos no indica ninguna acción, si su utilidad se ve mermada en la no aplicabilidad de ellos.

Con lo anterior, se indica que a pesar del cúmulo de ordenamientos jurídicos que provean el reconocimiento de estos derechos, no serán de utilidad si, a pesar de su exigencia, no son aplicados a los sectores que así lo demandan.

Es importante señalar que Ferrajoli aporta más características que se deben mencionar. La diferenciación entre los derechos subjetivos y el estatus que se otorga a una persona será importante para la aplicabilidad, porque al hacer la distinción entre uno y otro habrá que esclarecer si con la titularidad del estatus de ciudadano se disminuirán los derechos subjetivos de los demás integrantes de la sociedad. Verbigracia, en México, los extranjeros no pueden ser titulares de participación en la vida política ya que no cuentan con el estatus de ciudadanos, sin embargo, siguen siendo titulares de derechos. De igual forma se deberá dilucidar si los derechos subjetivos que se mencionan serán los mismos para los ciudadanos y para los demás habitantes, o si los derechos de los ciudadanos estarán por encima de los que tienen los habitantes.

Se considera que una distinción entre los ciudadanos y los demás integrantes de la sociedad no tendría por qué ser una limitante para que los derechos fundamentales sean reconocidos y aplicados a todos los individuos por igual. Sin embargo, los ciudadanos, por tal condición, estarán involucrados en temas diferentes de los que son comunes a los demás.

La evolución de la concepción de los derechos no solo debe consistir en el cambio de un nombre a otro, sino en su entero reconocimiento e identificación, así como en la aplicabilidad de estos derechos en la vida actual. Las diferentes connotaciones que se han dado a los derechos dependen de la época en la que se esté hablando. Esta variedad de acepciones señalan un mismo objeto de estudio, solo que las percepciones sobre ellos son distintas. Lo importante es situarnos en la época y bajo el contexto en que se está desarrollando el estudio, es decir, que cuando se menciona a los derechos en el iusnaturalismo, se encontrará como característica el plano ético y moral, mientras que cuando se habla de derechos en el iuspositivismo, el aspecto jurídico será el de relevancia.

A partir de las perspectivas anteriores, se puede concluir que los derechos fundamentales serán aquellas prestaciones que se otorgan al hombre, por la razón de constituirse como tal, con la finalidad de proveer las herramientas necesarias para el desarrollo y una vida digna, los mismos que podrán ser demandados por los individuos al Estado, quien será el actor que los tutele, ya que deberán estar plenamente reconocidos en la base jurídica fundamental de cada Estado, esto es, en la Constitución. Estos derechos deberán ser aplicados a todos los individuos que formen parte de una sociedad, sin distinción alguna. Cabe mencionar, como se ha hecho con antelación, que el solo reconocimiento de los derechos fundamentales no basta para que sean útiles; es decir, la aplicabilidad

también será un factor primordial no solo para el cumplimiento de las leyes, sino también para la autenticidad de un Estado social y democrático de derecho. Luego, entonces, las instituciones que están encargadas de aplicar el derecho deberán estar plenamente comprometidas para cumplir su cometido.

Si existe una base sólida del reconocimiento de los derechos, a través de los ordenamientos jurídicos, como la norma fundamental de cada Estado y/o demás instrumentos internacionales, la legitimación de los derechos estará cimentada no solo en la inclusión en las leyes sino también porque estará atendiendo a la demanda social. De igual forma, el que formen parte de un Estado Social y Democrático de Derecho es una coherencia simultánea tanto con el sistema político como con la legitimidad y veracidad referidas a este sistema.

Por otro lado, para simplificar las características de los derechos fundamentales que se han mencionado en el apartado anterior, se retomará a Gómez Alcalá (1997, pp.5 y 6), quien señala que una de estas características es que son imprescindibles con la finalidad de dar un trato correcto al hombre y que, además, corresponden a la idea de dignidad humana. No obstante, a este respecto se menciona que el desarrollo del hombre debería ser un factor que se incluya en el trato correcto y la dignidad humana; de ahí que se denominen comúnmente como derechos humanos.

Otro aspecto relevante que señala el autor es la tutela jurídica de estos en diversos países, para lo cual es importante señalar que ya no solo la norma básica fundamental de cada Estado los contempla, sino que también existen instrumentos internacionales que buscan la salvaguarda de estos derechos, por lo que el reconocimiento, a través de estos ordenamientos, es de vital importancia, al igual que una instrumentación adecuada que vele por su protección.

De acuerdo con Gómez Alcalá, la importancia de los derechos fundamentales radica en el papel que juegan para el desarrollo de la comunidad, es decir, que a través del reconocimiento y la aplicabilidad se les otorga una categoría jurídica especial de primer orden, esto es, una dignidad mínima.

Aunado a lo anterior, cabe destacar que el desarrollo de los derechos fundamentales en la sociedad establece un marco de respeto hacia los individuos; además de que el poder del Estado puede encontrar sus limitantes al ejercicio del poder de manera arbitraria, al tomar decisiones que repercutan negativamente en la sociedad.

De acuerdo con las acepciones y posturas anteriormente mencionadas, en este apartado se busca colocar los derechos bajo el marco de la globalización, contexto base de esta investigación.

Cabe recordar que el impacto que genera el fenómeno de la globalización se extiende en diferentes ámbitos de la vida. No solo se plantean reestructuraciones económicas, sino también sociales, culturales, criminales y, por supuesto, jurídicas.

En la obra de Aragonés se señala que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que promulga el compromiso de los países miembros para preservar los derechos fundamentales de la humanidad, ha sido conculcada por las dinámicas económicas y políticas de la globalización neoliberal. El discurso oficial en torno a esta última descansa en la ideología del libre mercado, el fin de la historia, la democracia representativa y, recientemente, el combate al terrorismo (Aragonés, pp.127 y 128).

Se dilucida que los ordenamientos internacionales, e incluso, la incorporación de ellos como parte del ámbito jurídico de cada Esta-

do, se encuentran ligados con la expansión de la globalización; es decir, que atienden a las exigencias del mercado global, donde las economías más prominentes serán las que toman las decisiones quedando desprovistos todos aquellos que se encuentran en condiciones más bajas y en una evidente desventaja. Con ello se protegen los intereses de los detentadores del poder, dejando de lado aquellas economías nacionales, evidenciando la desigualdad económica y social, bajo un discurso de la justa incorporación de los derechos en el ámbito jurídico de cada Estado.

De acuerdo con Aragonés, el discurso enaltece el concepto de ciudadanía, así como los derechos y oportunidades de los ciudadanos en el marco una economía abierta y de plena participación (Aragonés, pp. 127 y 128).

Esta parece ser la imagen de un doble discurso. Primero, porque la estructura del proceso de globalización permite que sus efectos repercutan, de cualquier forma, en todas las economías o esferas sociales. En efecto, quienes se vean beneficiados de este proceso es porque están inmersos en el mercado global para generar ganancias; mientras que los países que no cuentan con los recursos deberán enfrentarse, continuamente, a economías mermadas por la globalización, así como a la grave afectación del ámbito social. Segundo, enaltecer los conceptos de ciudadanía, derechos, oportunidades y participación, en una supuesta economía abierta, no significa generar ganancias para los ciudadanos; al contrario, estamos ante la satisfacción del mercado global y atendiendo las exigencias del consumismo. Y además, otorgando un estatus de ciudadanía, para creer que se les está haciendo partícipes de la vida política a través del voto. Señalado así por Aragonés, no resulta un beneficio para la población, sino que es parte de una estrategia de la oferta electoral, diseñada por un sistema político excluyente.

Por otro lado, también se menciona que los derechos fundamentales quedarán subordinados a políticas de seguridad nacional, de acuerdo con las exigencias de una economía de mercado al servicio de los intereses de las grandes corporaciones multinacionales (Aragonés, pp. 127 y 128).

De acuerdo con el punto anterior, se evidencia la funcionalidad de los derechos fundamentales en el marco global; ya no solo se habla de la falta de reconocimiento y/o aplicabilidad de ellos, sino que están siendo utilizados para cubrir las demandas de grandes corporaciones multinacionales. A este respecto, se puede señalar que la actual demanda de un mercado internacional ya no solamente se refiere a la demanda de mano de obra barata, sino también al intercambio de mercancías, como el hombre mismo, ya sea que se busque satisfacer el mercado laboral con bajos costos, con mecanismos de engaño y fines de explotación o formas de satisfacer el consumo del mercado sexual, la trata de personas, entre otros diversos riesgos que se presentan y que afectan el desarrollo humano y la dignidad de las personas.

Una manifestación clara de este proceso de reestructuración, donde los derechos son violentados para cubrir las demandas del mercado internacional, es la migración forzada, pero ya no solo por la atracción que la economía internacional ejerce sobre las economías de los países periféricos, sino debido a que la gente se ve obligada a migrar porque la expansión de la globalización ha surtido efecto en sus países y se viven fenómenos como la pobreza extrema, el desempleo y la violencia en el país de origen, entre otras razones.

Es así que los derechos fundamentales, dentro de este marco globalizador, ya no solo tendrán el problema de la falta de reconocimiento o aplicabilidad, sino que, aunado a ello, la no protección y la violación de estos serán

detonantes de grandes riesgos para aquellas poblaciones que han sufrido los estragos de políticas excluyentes con mecanismos y estrategias globalizadoras que afectan el desarrollo y la vida digna de las personas.

La migración no es un fenómeno nuevo, al contrario, se remonta a épocas antiguas. Existe desde que el hombre dejó de ser sedentario para convertirse en nómada. Pero su importancia radica en cómo este fenómeno ha adquirido nuevas peculiaridades de acuerdo con la evolución de la historia. En efecto, este fenómeno tiene hoy alcances y características que responden al contexto del capitalismo y que buscan satisfacer la demanda del mercado internacional de la globalización.

En el contexto global, ya no se habla de mercancías materiales como tal, sino que la población será la mercancía que satisface las exigencias de este proceso reestructurador. De ahí que la violación de los derechos fundamentales sea evidente en este proceso, porque el que las personas sean vistas como mercancías deja de lado cualquier derecho que estas puedan tener, y al tratarse de una población en situación de vulnerabilidad (ya sea por la situación de indocumentados, por no encontrarse en su país, por la dificultad de comunicarse debido a que tienen un idioma distinto, etcétera), los migrantes enfrentan multiplicidad de riesgos.

Arizpe, L. (2003, pp. 32 y 33) entiende la migración como un movimiento rural-urbano, que se define por los procesos de industrialización, edificación y producción en el campo. A este respecto, el contexto y desarrollo histórico influyen y designan particularidades.

Luego, entonces, se infiere que la migración deriva del proceso del capitalismo, siendo la industrialización una de las características que, a su vez, trae aparejada la movilidad humana para proporcionar mano de obra barata; es decir, que al igual que la globalización, se da un mo-

vimiento de las zonas más necesitadas (rurales) a zonas que supuestamente ofrecen mayores oportunidades (urbanas), pero bajo condiciones precarias, ya que la mano de obra será utilizada para incrementar el capital de la economía urbana, en este caso, quizá como una forma de movilidad interna. Así la acumulación, tanto de los medios de producción como la acumulación del capital, se muestra como parte importante del desarrollo del capitalismo.

Sin embargo, en el capitalismo globalizado ya no solo será importante la demanda de mano de obra barata, sino que el hombre fungirá como mercancía en este movimiento reestructurador; de igual forma, ya no solo se trata de la industrialización del campo, sino del involucramiento del desarrollo de la tecnología que impactará de diferentes formas en la acumulación tanto de capital y de medios de producción, como de capital humano.

Por lo anterior, la movilidad humana ya no tendrá las características que antes eran notorias; ahora se está ante un fenómeno con nuevas vertientes, en donde la gente migra no solo por mejorar sus condiciones de vida, sino porque su país se ha convertido en su expulsor, y allí las condiciones no son las mejores para lograr el desarrollo, la vida digna del hombre y el respeto de sus derechos.

El capitalismo globalizado genera diversos cambios, tanto en los países desarrollados como en los que están en vías de desarrollo. Entre ellos está la desigualdad económica, que impactará directamente en la sociedad, y que origina un nuevo tipo de movilidad migratoria, denominado migración forzada.

Las circunstancias que se presentan en los países expulsores, como las políticas de inclusión y exclusión, han generado la sectorización de ciertos grupos, ubicándolos en un plano de marginalidad que no garantiza el pleno desarrollo ni una vida digna, circunstancias que los han

incitado a buscar mejores condiciones de vida. Aunado a ello, la atracción del mercado internacional es un aliciente que incide en la toma de este tipo de decisiones.

De acuerdo con Delgado Wise y Márquez Covarrubias (2012, pp.26-28), las estrategias de desarrollo desigual generan condiciones estructurales, como el desempleo y la pobreza, que catapultan las migraciones masivas de conjuntos poblacionales despojados y excluidos. Compelidos por la necesidad de acceder a medios de subsistencia u oportunidades de movilidad social, vastos sectores de la población son literalmente expulsados de sus territorios para desplazarse dentro del propio país o hacia el extranjero.

También señalan que es importante reconceptualizar la migración forzada en el sentido amplio, y contrarrestar las políticas de migración que apelan a la soberanía y seguridad nacional para criminalizar al migrante e infringir sus derechos (Delgado Wise et al., 2012).

Las estrategias y políticas que el Estado implementa están caracterizadas por condiciones ambivalentes de exclusión e inclusión: mientras ciertos sectores se ven beneficiados, otros son ubicados en situación de vulnerabilidad por la violación a sus derechos, ya no solo en el país expulsor, sino, también, en los países de tránsito y de destino.

De acuerdo con Delgado Wise y Márquez Covarrubias (2012), la migración forzada presenta cuatro características en común:

1. Se verifica en los planos nacional e internacional, preponderantemente desde las regiones reprimidas de las periferias con destino a regiones relativamente más avanzadas de las periferias a los centros.
2. Afecta, primordialmente, a los sectores vulnerables, pobres y excluidos que no disponen de basamentos materiales y subjetivos para garantizar la supervivencia o alimentar una expectativa de vida

decorosa.

3. Genera una sobreoferta de trabajo barato y desorganizado que es aprovechada por empleadores y corporaciones interesadas en abaratar costos.
4. Alimenta los mecanismos de exportación directa e indirecta de fuerza de trabajo, poco calificado y de alta calificación.

Si se analizan las características que se indican, se esclarece que corresponden al proceso reestructurador de la globalización; primero, porque la atracción de los países desarrollados sobre los que se encuentran en las periferias es evidente; segundo, porque las diferencias entre ambos países desencadenan desigualdades económicas, sociales, etcétera, donde los sectores más afectados son los excluidos y/o marginales; tercero, las exigencias del mercado internacional buscan su satisfacción con la demanda del mercado laboral, con bajos costos para los empleadores. Sin embargo, me atrevo a agregar que el mercado ya no solo se reduce al sector laboral, sino que las exigencias del mercado global incluyen al hombre como una mercancía y visto como capital humano para el incremento de ganancias; y por último, el cumplimiento de la demanda del mercado global ya no solo buscará la satisfacción de mano de obra barata y no calificada, sino que también se dirigirá al mercado laboral calificado.

En el contexto del capitalismo globalizado, los efectos que genera, en concreto, la migración forzada, devienen de diversos factores que detonan este tipo de movimientos masivos, tanto en aspectos sociales (pobreza, conflictos, criminalidad, etcétera) e institucionales (políticas de exclusión, criminalización, entre otras) como en la condición de inseguridad humana, que afecta a los sectores excluidos.

Según Delgado Wise y Márquez Covarrubias (2012), los principales tipos de migración forzada son los causados por:

1. Catástrofes o cambios ambientales. La degradación ambiental y la contaminación derivada de la producción desenfrenada y la expansión de la mancha urbana.
2. Conflictos sociopolíticos y culturales. Las desigualdades sociales, las fricciones intergrupales y las controversias políticas abonan a la conflictividad social que empuja a las familias, grupos y sectores sociales a abandonar sus lugares de origen.
3. Criminalidad y narcotráfico. Las bandas del crimen organizado, que irrumpen en lugares donde el Estado propicia vacíos de poder, agreden a la población civil mediante acciones como asalto, extorsión, secuestro, trata de personas, violación, tortura y asesinato.
4. Tráfico y trata de personas. En los últimos años, esta forma de migración forzada se ha incrementado en forma alarmante y se ha convertido en un negocio altamente lucrativo, debido a las políticas restrictivas de los países receptores y a las difíciles condiciones de vida en los países periféricos.
5. Despojos de medios de producción y subsistencia. El proyecto neoliberal reclama la apertura de amplios espacios de valorización para el gran capital; los sectores de subsistencia se consideran un lastre y un ámbito apetecible para la privatización y mercantilización de recursos naturales y fuerza de trabajo.
6. Exclusión social, desempleo estructural y pobreza. La tendencia a la monopolización y la extranjerización de las economías nacionales trae cambios estructurales que desarticulan y desmantelan los sistemas productivos, financieros, comerciales y de servicios, obligando a enormes grupos poblacionales a emigrar en búsqueda de una fuente de sustento familiar.
7. Sobre-calificación laboral relativa. Los sectores laborales de alta califi-

cación conforman una masa crítica para el desarrollo nacional, pues son los generadores de conocimiento y de cultura que podrían aplicarse para el bien común. No obstante, las periferias disponen de mercados laborales precarios, apoyos institucionales limitados, infraestructura deficiente y remuneraciones bajas. Por ello, una porción importante de estos trabajadores resulta, paradójicamente, una población redundante, con un grado de sobre-calificación relativa que no puede aprovecharse en los lugares de origen.

Como se ha visto, las condiciones bajo las cuales se desarrolla la migración forzada son causa de grandes violaciones de los derechos fundamentales de los migrantes, las mismas violaciones que no solo se originan en el país expulsor, sino que, de igual forma, se efectúan tanto en el país de tránsito como en el país de destino. Esta violación de los derechos fundamentales los coloca en una situación de vulnerabilidad.

Según Aragonés (pp. 295 y 296), la vulnerabilidad es la asignación de características físicas o sociales a ciertos grupos que han sido excluidos, condición que los lleva a la debilidad y a un estado de indefensión, verbigracia, el ser mujer, joven, indígena, etcétera. En el marco del capitalismo global, estas condiciones de vulnerabilidad se incrementan, ya que las personas migrantes no solo son vulnerables fuera del país de origen, sino que es desde ahí donde se inicia la vulnerabilidad y el estado de indefensión, ya sea a través de la falta de servicios públicos (médicos, educación, etcétera) o por la sectorización. Sin embargo, la vulnerabilidad no solo es a través de la designación de características físicas o sociales, sino que también es debida a las circunstancias bajo las cuales se encuentran, es decir, al migrar se pueden enfrentar a cul-

turas, idiomas o formas de vestir distintas, eso igualmente es una forma de tornarlos vulnerables, y con ello se reafirma su estado de indefensión en un país distinto al suyo.

Finalmente, se puede concluir que la transgresión de los derechos fundamentales, en el lugar de origen, se transforma en un tipo de migración forzada, por lo que las personas salen de su país buscando atender necesidades para su desarrollo y para una vida digna. Sin embargo, la violación de los derechos fundamentales, de los migrantes forzosos, los conlleva a una situación de vulnerabilidad con multiplicidad de riesgos que inician en el país de origen y se reafirman en los países de tránsito y destino.

Estudiar el fenómeno migratorio hoy en día exige analizar el contexto, reconocer las fallas y hacerles frente con políticas incluyentes que velen por la seguridad de los derechos fundamentales de aquellos que se encuentren más desprotegidos (como los migrantes indocumentados) debido a las circunstancias anteriormente expuestas.

Sin embargo, y como se ha mencionado, no solo basta el pleno reconocimiento de los derechos, sino la aplicabilidad y difusión de ellos, para que las políticas que se creen con tal fin sean sólidas, progresivas, inclusivas y accesibles, con las características específicas de acuerdo al grupo al que van dirigidas. Esto hará que se cumplan los objetivos y se atiendan las necesidades que la población migrante experimenta durante su tránsito.

Aunado a lo anterior, la difusión de la información con respecto a la migración y todas sus implicaciones podría desarrollar una conciencia de sociedad incluyente, que deje de criminalizar a los migrantes indocumentados por el solo hecho de ser diferentes y ajenos al país.

No podemos mantenernos en una apatía social; no se trata de dejar de hacer y dejar pasar, sino de colaborar conjuntamente y exigir la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales para todos los sectores. Debemos comprometernos y hacer visibles a aquellos que, pareciendo ser los menos, exigen sus derechos.

Referencias bibliográficas

- Aragón, A., *Migración internacional de trabajadores. Una perspectiva histórica*, México: FES Acatlán, UNAM y Plaza Valdés, 2000.
- Aragón, A., *Migración y Desarrollo. Debates y propuestas*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 2013.
- Arizpe, L., *Migración y etnicismo, cambio económico (un estudio sobre migrantes campesinos a la ciudad de México)*, México: Colegio de México, 2003.
- Carbonell M., *Los Derechos Fundamentales en México*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Delgado Wise, R., et al., *Desarrollo desigual y migración forzada. Una mirada desde el Sur global*. México: Universidad Autónoma de Zacatecas, Porrúa, 2012.
- Ferrajoli, L., *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 7.^a edición, (s. l.): Editorial Trotta, 2010.
- Instituto Popular de la Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, *Globalización de los Derechos... Repensando la condición humana*, Colombia: Civis, 2003.
- Gómez Alcalá, R., *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México: Ed. Porrúa, 1997.
- Nogueira, H., *Teoría dogmática de los derechos fundamentales*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: El agua
País: Colombia, departamento de Antioquia

Prácticas antisindicales violentas y no violentas dentro del Estado colombiano*

■ Por: *Juan Sebastián García-Acevedo***
*Alejandra Turbay Fontalvo****

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

Este trabajo pretende establecer si el Estado colombiano pone en práctica políticas adecuadas que se ajusten a las obligaciones adquiridas por Colombia en los convenios internacionales, para prevenir las prácticas antisindicales persistentes. También intenta mostrar la violación de las garantías mínimas para el ejercicio del derecho a la libertad sindical por parte de la norma jurídica, las fuerzas de seguridad del Estado y los paramilitares; y cómo, por mandato constitucional, dicho ejercicio debe estar acorde al derecho internacional, aun en los casos donde entre en contradicción con el derecho interno.

Palabras clave: Constitucionalismo latinoamericano, Derechos humanos, Derecho internacional público, Libertad sindical.

* El presente artículo es resultado parcial del Proyecto de Investigación “Aspectos Morales de la teoría Jurídica y Política” registrado ante el CIB de la Universidad de San Buenaventura Cartagena; fue desarrollado de manera cooperativa entre investigadores del Grupo de Investigación de la Escuela Latinoamericana de Cooperación y Desarrollo de la Universidad de San Buenaventura y del Grupo de Investigación de Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos de la Universidad de Cartagena.

** Abogado de la Universidad de Cartagena, Magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad de San Buenaventura; miembro del Grupo de Investigación de la Escuela Latinoamericana de Cooperación y Desarrollo (GIELACID) de la Universidad de San Buenaventura-Cartagena. Correo electrónico: juasebastiangarciaacevedo@hotmail.com

*** Estudiante de X semestre de programa Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Miembro del Grupo de Investigación de Teoría del Derecho y Problemas Jurídicos Contemporáneos de la Universidad de Cartagena. Correo electrónico: alejitaturbay@hotmail.com

*Violent and non-violent anti-union
practices within the Colombian state*

Abstract

This paper aims to establish whether the Colombian state implements appropriate policies to meet the obligations undertaken by Colombia in the international conventions to prevent persistent anti-union practices. It also tries to show the violation of the minimum guarantees for the exercise of the right to freedom of association by the rule of law, the state security forces and paramilitaries, and how, according to constitutional mandate, this exercise must be consistent with international law, even in cases where it is in contradiction with the law.

Keywords: Freedom of association, Human rights, Latin American constitutionalism, Public international law.

Introducción

A pesar de los pequeños avances legislativos y jurisprudenciales que ha tenido la protección a la libertad sindical, en la práctica se continúan reflejando graves violaciones y desconocimientos a este derecho. Las actuales políticas implementadas por el Estado no otorgan garantías en el ejercicio de la actividad sindical, y las políticas empresariales —en su gran mayoría— no están ajustadas al derecho interno, ni a las obligaciones adquiridas por Colombia en diversos tratados internacionales de derecho laboral y en los Convenios números 87, 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo. Esto ha ocasionado que internacionalmente Colombia sea conocido como el país del mundo donde es más peligroso el ejercicio de la libertades sindicales (Wallace, 2013).

El análisis de la legislación laboral, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tiene una gran complejidad porque más allá de interpretaciones literales de las leyes aprobadas por la estructura parlamentaria, hay motivaciones e intereses amparados por las potenciales consecuencias de la aplicación de cada ley, pero difíciles de evidenciar y denunciar de forma consistente a partir de un análisis de escenarios establecidos a priori (Atienza, 2007). Sin embargo, el trasfondo del debate político relativo a cada ley y el contexto histórico-económico del cual emerge deberían permitir tal aproximación de manera suficientemente sólida, contando, claro, con una concepción ideológica explícita y el sustento de la propia evolución histórica del campo de aplicación.

Este trabajo propone la indagación de las motivaciones relativas a la política económica de las leyes e iniciativas de flexibilización laboral, justificadas en una pretendida maximización del empleo a partir del incremento del margen de inversión de los empresarios, e impulsadas por las corrientes neoliberales que fueron he-

gemónicas a finales de la década de los noventa en los gobiernos latinoamericanos. La hipótesis que subyace detrás de todo análisis en el área, y que guía la presentación de este trabajo, es que la flexibilización laboral es en gran medida una institucionalización de la informalidad laboral (Bauman, 2000) y la precariedad, lo que implica, entre otros aspectos, el dificultar el acceso de los trabajadores a la agremiación sindical y a la lucha colectiva por sus derechos (Vega Cantor, 1997).

Esta investigación se centra en los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo, la Corte Constitucional, las ONG protectoras de DDHH y la doctrina en materia de libertad sindical y derechos colectivos del trabajo. Es de carácter jurídico y de tipo descriptivo, pues aspira a realizar un recuento exhaustivo de las prácticas estatales y paraestatales de aniquilamiento de los derechos sindicales. Es un proyecto meramente enunciativo e investigativo, basado en un contenido jurisprudencial, doctrinal y bibliográfico.

1. El derecho a la libertad sindical en Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano, en su legislación y en la Constitución Política de 1991, reconoce la libertad sindical como un derecho fundamental de carácter inalienable e inherente a los trabajadores. El derecho de asociación sindical comprende la libertad de constituir sindicatos, así como la libertad de sindicalizarse, es decir, la decisión del trabajador de pertenecer o no a un sindicato, sin que esto represente un detrimento en el ejercicio de sus actividades laborales. Además, se reconoce el derecho a la negociación colectiva y a la huelga. La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos sociales en un Estado Social y Democrático de Derecho no hacen referen-

cia solo a aquellos que están contenidos en el ámbito de las relaciones económicas y laborales sino también que implican los derechos de los trabajadores en el ejercicio de sus actividades. El concepto de la libertad sindical, como derecho social, es muy complejo, pero esto no indica que se desvirtúa su carácter de derecho humano, sino que lo dota de contenido prestacional, el cual no lo configura como una obligación de dar o hacer, sino como una obligación de garantizar la libertad de participación en la defensa de sus derechos como trabajador (Corte Constitucional Colombiana, C-1188, 2005).

A su vez, la jurisprudencia constitucional ha caracterizado el derecho a la libertad sindical como una facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación, con respeto de sus garantías y con la certeza jurídica de que los sindicatos de los trabajadores no vayan a ser cancelados o suspendida su personería jurídica a discrecionalidad de una autoridad administrativa, sino que esto debe ser realizado por vía judicial. Así se ven inhibidas las autoridades públicas, incluyendo el legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical. Tal como lo ha dicho la Corte Constitucional:

La libertad sindical comporta: i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del

Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39 Corte Constitucional Colombiana, C-465, 2008).

1.1 La Constitución Política de 1991

El derecho laboral ingresó en la era del discurso constitucional (Carrillo de la Rosa, 2012) con la expedición de la Constitución Política de 1991, a diferencia de la precariedad con la que se trató en la Carta de 1886 (Ostau de Lafont de León, 2006). La norma constitucional se convirtió en la principal fuente de interpretación jurídica en materia laboral y consagró la obligación del Estado Social de Derecho de garantizar en un mínimo los derechos derivados de una relación de trabajo. Dentro del discurso constitucional se concibe el trabajo como un derecho, un principio (Atienza, 2007) y una obligación social, el cual debe ser garantizado por el Estado y supone la prestación del servicio de forma personal, digna, justa; prohibiendo la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos (Ostau de Lafont de León, 2006, p. 296).

1.2 Medidas de protección de sindicalistas por parte del Estado

El caso colombiano, mediado por una situación de permanente violencia irregular tras

la cual se esconden campañas sistemáticas de eliminación de individuos y organizaciones disidentes, ha obligado a que la legislación contemple aspectos de seguridad y protección física de personas relacionadas con la actividad sindical. En efecto, la seguridad brindada por el gobierno a los sindicalistas es coordinada, en derecho, por el Programa de Protección del Ministerio del Interior y de Justicia (DIH, 2012), incluyendo aspectos como la provisión de guardaespaldas, teléfonos móviles y vehículos blindados. Sin embargo, estas políticas de protección están sujetas a limitaciones presupuestarias del Estado y es común encontrar que tal criterio se haya usado sistemáticamente para justificar medidas como el retiro de la protección a sindicalistas en momentos de aumento de riesgo por amenazas y en negociaciones colectivas (Amnistía Internacional, 2007).

Paradójicamente, a pesar de la existencia de un marco normativo aparentemente “favorable” y la existencia de instituciones que directamente deberían velar por la protección efectiva de los derechos para que estos se mantengan en condiciones de dignidad y libertad humana, la realidad es que este marco y funciones “contrastan con una crisis humanitaria marcada por las violaciones sistemáticas, permanentes y selectivas de los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad de los sindicalistas colombianos” (Cabal, 2013). En Colombia, la impunidad frente a la violación permanente del derecho a la libertad sindical ha creado una contradicción entre las pocas leyes garantistas con las que cuentan los trabajadores y la realidad social.

1.3 Permanencia de la Organización Internacional del Trabajo en Colombia

Amnistía Internacional realizó un estudio sobre la presencia de las organizaciones internacionales que protegen los derechos laborales

con el fin de estudiar el sindicalismo en Colombia, y resalta que durante la 95 Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), celebrada del 31 de mayo al 16 de junio de 2006, se logró un acuerdo con el gobierno nacional para establecer la presencia permanente de la OIT en el territorio nacional. Dicha presencia, entre otras cosas, promovería y defendería los derechos básicos de los sindicalistas en el país, recomendación que se formuló tras la Visita Tripartita de Alto Nivel de la OIT a Colombia de octubre de 2005, que tenía por objeto examinar la aplicación del Convenio 87 y de un programa de cooperación técnica de la OIT emprendido en Colombia para promover el respeto pleno de los convenios 87 y 98 en el país (Amnistía Internacional, 2007).

En las conclusiones elaboradas tras la visita se determinó que la cooperación técnica y los esfuerzos del gobierno colombiano por garantizar el respeto pleno de tales convenios no eran suficientes para superar la crisis que enfrentaban los sindicalistas en Colombia (Amnistía Internacional, 2007), por lo que se recomendó establecer una oficina permanente de la OIT en el país a fin de impulsar el desarrollo de un programa para combatir la impunidad y promover y defender los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y la libertad sindical (DIH, 2012). El gobierno, los trabajadores y los empleadores de Colombia firmaron el Acuerdo Tripartito por el Derecho de Asociación y la Democracia el 1 de junio de 2006 que tenía a su cargo, como aspectos prioritarios, la cooperación técnica que promueva el trabajo decente y que incluya la promoción y defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores, de sus dirigentes sindicales y de sus organizaciones (Amnistía Internacional, 2007), especialmente en lo que concierne a la vida, la libertad sindical, de asociación y expresión, la negociación

colectiva, así como a la libre empresa para los empleadores (DIH, 2012); y que establece que el gobierno trabajará junto con la OIT y los representantes de los trabajadores y los empleadores en el establecimiento de una presencia permanente de la OIT en Colombia, la cual:

Incluía también el compromiso de hacer un estricto seguimiento de los progresos de un grupo especial de la Fiscalía General de la Nación establecido para investigar los homicidios y detenciones arbitrarias de sindicalistas. En relación con este acuerdo, el 17 de octubre de 2006, la Fiscalía General manifestó que había desplegado un considerable número de fiscales de investigación con el fin de poner fin a la impunidad de las violaciones del derecho a la vida cometidas contra sindicalistas, y el gobierno anunció que iba a asignar recursos económicos a la Fiscalía General para que llevara a cabo este trabajo. [...] El 18 de octubre de 2006 se alcanzó un acuerdo entre el gobierno y representantes sindicales y de los empleadores sobre el mandato de la representación permanente de la OIT en Colombia, y ésta inició sus actividades el 15 de enero de 2007 (Amnistía Internacional, 2007).

1.4 Aplicación de los tratados y convenios internacionales en el derecho interno

En consonancia con el principio *pacta sunt servanda*, los Estados y las organizaciones internacionales no pueden invocar el derecho interno o las reglas de la organización para justificar el incumplimiento de un tratado, salvo en el caso de que se trate de una violación manifiesta de una disposición fundamental de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados. Esta disposición regula, entonces, la compleja relación entre los compromisos internacionales de los Estados y las organizaciones internacionales, y el derecho interno de estos

sujetos, y consagra en principio la llamada tesis monista con supremacía del derecho internacional, puesto que establece que, salvo en lo relativo a las reglas de competencia, las partes de un tratado no pueden invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales. Esto significa, aparentemente, que los tratados prevalecen sobre el derecho interno de los Estados, incluyendo sus constituciones, lo cual es contradictorio con la Constitución, pues esta dice que es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre esta y cualquier otra norma jurídica, deben aplicarse las disposiciones constitucionales (Turbay Fontalvo, 2013).

Ahora bien, como los tratados son normas, esto significa que, conforme al artículo 4° de la Carta, la Constitución prevalece sobre los tratados, con excepción de aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, ya que estos forman parte del bloque de constitucionalidad. La Corte Constitucional considera que, a pesar de la aparente contradicción, es posible armonizar los mandatos del artículo 4° constitucional y del artículo 27 de las convenciones de Viena, siempre y cuando se tenga en cuenta que la Carta no consagra un constitucionalismo rígido (Corte Constitucional Colombiana, C-322, 1996) y que la primacía de los tratados prevista por el derecho internacional no implica una invalidación automática de todas las normas internas contrarias a un convenio. Para que los tratados o convenios internacionales tengan fuerza jurídica interna es condición indispensable que sus normas no contraríen o vulneren los preceptos consagrados en nuestra Carta Política, pues en el caso de que tal cosa ocurriera, las cláusulas transgresoras serían inaplicables (Corte Constitucional Colombiana, C-400, 1998). El derecho internacional es fuente de derechos y obligaciones en el derecho interno, esto implica un cumplimiento y una aplicabilidad, por parte de los

Estados, de los tratados, pactos, convenciones, protocolos y convenios internacionales, principalmente los que guardan relación directa con la protección de los derechos humanos.

Señalando la Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados, en sus artículos 26 y 31, resaltan los principios básicos del derecho internacional, en los cuales la buena fe en el cumplimiento de los tratados juega un papel principal, porque supone que los Estados, al ratificar los tratados, están aceptando las decisiones de los órganos que el respectivo sistema haya creado para el control del cumplimiento, reconocimiento, promoción y respeto del tratado (Gómez Zuluaga, 2005, p. 105). En este orden de ideas, tenemos que la normatividad de la Organización Internacional del Trabajo hace parte del derecho internacional de los derechos humanos, por lo tanto la aceptación por parte del Estado de las decisiones tomadas por este órgano son indispensables para el cumplimiento de la obligación de garantía y para asegurar la protección y la defensa del contenido mínimo esencial de los derechos humanos.

La libertad sindical aparece reconocida por los convenios 87, 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), entre otros. De manera que no basta, de acuerdo con lo anterior, que los Estados ratifiquen los tratados y les den un cumplimiento pasivo, es necesario que se implementen políticas públicas para el respeto de ellos, que los incluyan en la legislación nacional y que tengan una aplicación en derecho por parte de las ramas ejecutiva y judicial del poder público (Gómez Zuluaga, 2005, p. 103).

2. Prácticas antisindicales persistentes en el Estado colombiano: la crisis de los derechos humanos y el sindicalismo

2.1 Prácticas antisindicales violentas: el aniquilamiento de sindicalistas por parte de paramilitares y fuerzas de seguridad del Estado

Colombia, desde la segunda mitad del siglo XX en adelante, se ha visto devastada por un conflicto armado interno que ha enfrentado a las fuerzas de seguridad del Estado y a grupos paramilitares contra las fuerzas de la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Este conflicto se ha convertido en uno de los principales problemas que tiene el país, no solo por las violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas por todas las partes, sino porque ha creado un desconocimiento de la mayoría de la población civil acerca de los verdaderos problemas que presenta el Estado colombiano y que, gracias a la prensa, las instituciones político-administrativas y la precariedad en la educación, ha llegado a creer que todo es causado por el conflicto interno entre guerrillas, ejército y paramilitares, y no por la implementación de políticas públicas y la expedición de leyes por parte del Congreso que van en detrimento de los intereses y las necesidades de los habitantes del territorio nacional.

Durante el conflicto armado, las fuerzas de seguridad del Estado y sus aliados paramilitares han implementado una estrategia de contrainsurgencia con la que se ha intentado romper toda vinculación real o aparente entre la población civil y la guerrilla.

Esta táctica del terror sirve también a poderosas élites económicas para proteger,

ampliar y consolidar sus intereses. Más del 60 por ciento de los más de tres millones de personas desplazadas internamente que hay en Colombia han sido expulsadas de viviendas y tierras situadas en zonas de gran importancia minera, agrícola o económica de otra índole. El conflicto sirve de cobertura a quienes tratan de ampliar y proteger intereses económicos (Amnistía Internacional, 2007, págs. 9-10).

En el marco de este conflicto, se realizan numerosas violaciones a los derechos humanos y los sindicalistas —mal llamados «subversivos», «guerrilleros» o «revolucionarios» por los paramilitares y las fuerzas de seguridad del Estado— son objeto de ellas en el ejercicio de su libertad sindical, sin ser protegidos por ninguna garantía por parte del Estado, sin importar que, por mandato constitucional, deberían tenerla. Así mismo, a los autores de estas violaciones, rara vez les son imputados cargos por sus lesiones, sino que continúan sin poner fin a sus actividades y realizando nuevas violaciones, bajo la premisa errada que luchan contra la guerrilla.

Las fuerzas de seguridad han encubierto su implicación utilizando a los grupos paramilitares para llevar a cabo sus tácticas de «guerra sucia», y han intentado mejorar su imagen en materia de derechos humanos negando que los paramilitares actúen con su aquiescencia, su apoyo o, como ha ocurrido a menudo, bajo su coordinación. El empleo de paramilitares añade otra dimensión de terror al conflicto colombiano. Aunque en el ámbito nacional e internacional el gobierno y las fuerzas armadas niegan la vinculación de éstas con los paramilitares, admitiendo como mucho casos particulares de colusión protagonizados por unas cuantas «manzanas podridas», en el plano local esta vinculación no suele negarse, y a veces incluso se pone de manifiesto deliberadamente a fin de sembrar más miedo entre la población civil (Amnistía Internacional, 2007).

Con el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, se aumentó considerablemente el porcentaje de violaciones contra los derechos humanos, siendo los sindicalistas uno de los sectores más afectados. Es difícil conocer con certeza y en concreto qué partes del conflicto realizaron los abusos, pero los casos en los que hay indicios claros de la autoría indican que, en 2005, “alrededor del 49% de los abusos contra los derechos humanos sufridos por sindicalistas fueron obra de paramilitares, y el 43%, de las fuerzas de seguridad del Estado directamente. Sólo algo más del 2% eran atribuibles a la guerrilla —fundamentalmente a las FARC y el ELN—, y sólo algo más del 4% se debieron a actos de delincuencia común” (Amnistía Internacional, 2007, p. 12). A pesar de que la Escuela Nacional Sindical (ENS) reveló que el número de sindicalistas víctimas de homicidio y de desaparición forzada había disminuido, pasando de 209 en el año 2001 a 73 en el año 2005 (Presidencia de la República de Colombia, 2013), en 2006 se produjeron 77 casos y, según cifras preliminares, al 15 de agosto de 2011 del Ministerio de la Protección Social, desde el año 2006 se presentaron 205 casos de homicidios contra sindicalistas, de los cuales 118 eran docentes sindicalizados (Corte Constitucional Colombiana, C-919, 2001).

Con frecuencia es imposible determinar la motivación subyacente a las amenazas de muerte y homicidios de sindicalistas. En el contexto del largo conflicto armado interno de Colombia, a menudo se ha convertido a sindicalistas en objeto de abusos contra los derechos humanos debido a su filiación política o a otros factores ajenos a sus actividades sindicales. Sin embargo, el hecho de que un gran porcentaje de los abusos contra los derechos humanos sufridos por sindicalistas se cometan en el contexto de conflictos laborales revela la existencia de una constante que indica que se ataca a los sindicalistas debido a su trabajo en favor de los de-

rechos socioeconómicos (Amnistía Internacional, 2007). El gobierno nacional omite a la luz del derecho internacional las violaciones, que en la práctica cometen los grupos armados y los empleadores, a la libertad sindical, a la libertad de asociación y a la negociación colectiva.

2.1.1 Prácticas antisindicales no violentas: Colombia y el incumplimiento de los convenios sobre libertad sindical

Los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han constatado año tras año las políticas contra la libertad sindical dentro del Estado y a pesar de las recomendaciones sobre las garantías para el ejercicio de los derechos de los trabajadores, en Colombia se siguen presentando estas políticas, las cuales son implementadas por el gobierno de la mano de los empleadores, y a su vez se desconocen los derechos constitucionales y legales en materia laboral por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Así, no se puede desconocer que la violencia contra sindicalistas es el mayor problema que enfrentan, pero en cuestión de vulneración de derechos, no es el único.

2.1.1.1 La inaplicabilidad del bloque de constitucionalidad

Los jueces de la República, con excepción de la Corte Constitucional, aplican como vigentes disposiciones normativas contrarias a los convenios sobre derecho laboral ratificados por Colombia y los cuales, por mandato constitucional, tienen fuerza vinculante dentro del ordenamiento jurídico. Esas disposiciones, dentro de la interpretación jurídica y constitucional, deberían estar derogadas por ser contrarias al derecho internacional. Eso causa que los empleadores desconozcan el cumplimiento de los convenios sobre derechos humanos en relación con los derechos de los trabajadores, debido a la omisión por parte del Estado de los mismos.

Se promueven, entonces, esquemas que desnaturalizan la relación laboral e impiden la formación de sindicatos (Gómez Zuluaga, 2005, pp. 568-569).

2.1.1.2 La indebida injerencia de la rama ejecutiva y de los empleadores en el ejercicio de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga

Dentro de la legislación interna, existe un régimen que favorece a los empleadores y permite que estos desconozcan los derechos colectivos de los trabajadores, en el marco de las negociaciones colectivas y la huelga (Robledo, 2000), lo que ha dado lugar a declaratorias de ilegalidad, a detenciones arbitrarias en las que se viola el debido proceso y a la práctica sistemática de despidos a trabajadores sindicalizados por el hecho de pertenecer a un sindicato. El artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo limita el acceso a la negociación colectiva a los empleados públicos, sin tener en cuenta el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia, donde se les concede el derecho a los trabajadores de la administración pública a presentar pliegos de peticiones y celebrar convecciones colectivas.

2.1.1.3 Los derechos colectivos de los trabajadores

En los conflictos colectivos de los trabajadores, frecuentemente se generan conflictos con los empleadores, porque estos se niegan a adelantar las conversaciones en la etapa de arreglo directo y esperan la etapa de integración del tribunal de arbitramento obligatorio. Llegada esta etapa, es común que luego de designarse los árbitros del empleador y del trabajador, estos no logren un acuerdo para la elección del tercero y corresponda al Ministerio del Trabajo su designación. En la práctica, esto es una oportunidad para paralizar el trámite de la ne-

gociación colectiva, porque no existe término legal para designación del árbitro y ocurre que el Ministerio tarda un tiempo excesivo e injustificado en su nombramiento y, cuando lo asignan, corresponde a alguien que ha muerto o que no acepta, lo cual resulta ser una dilatación clara del conflicto en perjuicio de los trabajadores (Gómez Zuluaga, 2005, p. 581).

2.1.1.4 El proceso de concertación social de políticas salariales y laborales

El proceso de concertación social constituye un compromiso internacional para fomentar el diálogo social en materia laboral y salarial de los Estados. En Colombia es un mandato constitucional y legal, consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política. De acuerdo con esto existe una comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, de carácter tripartito, integrada por representantes del gobierno, de los trabajadores y de los empleadores. Esta comisión debe contribuir a la solución de conflictos colectivos de trabajo y a examinar políticas en materia de derecho laboral. A pesar de que esta comisión está reglamentada por la ley, en la práctica se limita a concertar políticas relacionadas con el salario mínimo y muchas veces este es impuesto por decreto presidencial. “Ninguna de las leyes que el Gobierno ha propuesto y cuya aprobación ha obtenido por el Congreso ha sido sometida a examen de la comisión” (Gómez Zuluaga, 2005, p. 566). Tal es el caso de la Ley 789 de 2002 que modificó el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 712 de 2001 que modificó el Código de Procedimiento Laboral y las reformas constitucionales al régimen de pensiones, entre otros.

3. Conclusiones

Conforme a lo expuesto, el Estado no está implementando las políticas adecuadas acordes

con los convenios internacionales para combatir las prácticas antisindicales persistentes en Colombia, y no existen las garantías mínimas para el ejercicio de la libertad sindical. Además, encontramos que se viene siguiendo de forma sistemática una política legal y administrativa de erradicación de los sindicatos por parte del gobierno y los empleadores, por medio de políticas inconstitucionales que aplican la normatividad interna, a pesar de que esta vaya en detrimento de los trabajadores y en contra de los tratados y convenios sobre derechos humanos, debidamente ratificados por el país. Es necesario que los sindicatos se conviertan en un mecanismo de participación política y social, y sean reconocidos como tal; atribuirles solo la lucha económica y laboral es un manejo erróneo dentro los principios de la lucha obrera (Valverde, 1993). “Los sindicatos no pueden permanecer indiferentes a la política, por el contrario deben participar activamente en ella” (Silva Romero, 1998) y es deber del Estado Social y Democrático de Derecho garantizar esta participación. No es tolerable que, por ejercer el derecho constitucional a la libertad sindical, un trabajador colombiano que lucha por sus derechos, pierda el empleo, el sustento para él y su familia o la vida.

Referencias bibliográficas

- Amnistía Internacional. (2007). Colombia. *Killings, arbitrary detentions, and death threats – the reality of trade unionism in Colombia*. Londres, Reino Unido: Amnesty International Publications.
- Amnistía Internacional. (2007). Colombia. *Killings, arbitrary detentions, and death threats – the reality of trade unionism in Colombia*. Londres, Reino Unido: Amnesty International Publications.
- Arango Rivadeneira, R. (2006). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis.
- Atienza, M. (2007). *Las Razones del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ballen, R. (1991). *Constituyente y Constitución del 91*. Bogotá: Editora Jurídica.
- Bauman, Z. (2000). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cabal, J. (2013, Febrero 28). *La Objeción*. Retrieved Agosto 31, 2013, from <http://laobjecion.blogspot.com/2013/02/crisis-del-sindicalismo-en-colombia.html>
- Carrillo de la Rosa, Y. (2012). *El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho Colombiano*. Cartagena: Universitaria.
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-1188 de 2005).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-125 de 1996).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-237 de 1997).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-322 de 1996).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-400 de 1998).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-465 del 2008).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-875 de 2003).
- Corte Constitucional Colombiana. (Sentencia C-919 de 2001).
- De Sousa Santos, B. (1998). La globalización del derecho. (C. Rodríguez, Trans.) Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-ILSA.
- DIH, P. y. (2012, Julio 9). *Ministerio del Interior y de Justicia*. Retrieved Septiembre 5, 2013, from <http://www.mij.gov.co/eContent/newsdetailmore.asp?id=1535&idcompany=2>
- García de Enterría, E. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Gómez Zuluaga, A. (2005). Colombia: el aniquilamiento del sindicalismo por la norma y por la práctica. In M. SILVA ROMERO (Ed.), *Derribando los obstáculos al derecho laboral* (p. 668). Bogotá: Central Unitaria de Trabajadores de Colombia: Equipo Jurídico.
- Gómez Zuluaga, A. (2005). La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales nacionales. In M. SILVA ROMERO (Ed.), *Derribando los obstáculos al derecho laboral* (p. 688). Bogotá: Central Unitaria de Trabajadores: Equipo Jurídico.
- González Herazo, E. (2009). *La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ostau de Lafont de León, F. (2006). *El discurso paternalista en la formación de la norma laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Posada Carbó, E. (2000). La crisis política como crisis institucional. In *¿Qué está pasando en Colombia?* Bogotá: El Áncora Editores.
- Presidencia de la República de Colombia. (2013, Septiembre 5). *Programa presidencial de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario*. Retrieved from <http://www.derechoshumanos.gov.co/Sindicalismo/Paginas/estadisticas-6.aspx>
- Robledo, J. (2000). *Neoliberalismo, privatizaciones y servicios públicos*. Manizales: ARS Ediciones.
- Silva Romero, M. (1998). *Flujos y reflujos: reseña histórica sobre la autonomía del sindicalismo colombiano* (Primera Edición ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Turbay Fontalvo, A. (2013, Mayo 26). *El Blog de Derecho Internacional*. Retrieved Septiembre 1, 2013, from <http://elblogdeinternacional.blogspot.com/2013/05/tabla-de-contenido-introduccion-1.html>
- Valverde, C. (1993). *La clase obrera colombiana*. Bogotá: Coedición ACEB-FICA.

Vega Cantor, R. (1997). *Marx y el siglo XXI. Una defensa de la Historia y del Socialismo*. Bogotá: Edición Pensamiento Crítico.

Villegas Arbelaez, J. (1990, Febrero). Derecho Sindicales y Convenios de la O.I.T. en Colombia. *Trabajo y Derecho*, 75.

Villegas Arbelaez, J. (1992, Septiembre). Derecho Interno, Convenios y Tratados Internacionales del Trabajo. *Derecho y Trabajo*, 58.

Wallace, A. (2013, Mayo 01). BBC Mundo. Retrieved Agosto 30, 2013, from http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/05/130430_colombia_sindicalismo_peligros_aw.shtml



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: La vida
País: Colombia, departamento de Antioquia

Acción de tutela como mecanismo de cumplimiento de las medidas de reparación por parte del Estado colombiano, a la luz de la sentencia proferida por la CIDDDHH el día 1 de julio de 2006. Caso “Las masacres de Ituango vs. Colombia”*

■ Por: *Natalia Margarita Luján Chavarría***
*Ana Carolina Carvajal Arroyave****

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

Por los hechos que vulneraron los derechos humanos, ocurridos en el municipio de Ituango, Antioquia, durante los años de 1996 y 1997, cuyos autores fueron grupos paramilitares en connivencia con la fuerza pública de dicho municipio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara responsable internacionalmente al Estado colombiano, ordenándole diversas medidas de reparación integral para las víctimas, medidas que no han sido cumplidas por Colombia en su totalidad por lo que fue necesario recurrir a la acción de tutela para su cumplimiento, en el orden interno, por parte del Estado colombiano. Por ello, el presente artículo indaga sobre el grado de efectividad de esta acción constitucional en el ordenamiento jurídico interno colombiano para el cumplimiento de las medidas de reparación a las víctimas de las masacres de Ituango, Antioquia, partiendo de la supervisión realizada por la Corte, con el fin de asegurar el goce efectivo y real de sus derechos.

Palabras clave: Acción de tutela, Bloque de constitucionalidad, Derechos humanos, Justicia, Medidas de reparación, Responsabilidad internacional, *Restitutio in integrum*, Sistema Interamericano, Víctimas.

* El presente artículo se realiza como trabajo de grado para optar al título académico de Especialistas en Derechos Humanos y Litigio Internacional de UNISABANETA, año 2015.

** Abogada UNAULA-Medellín, Especialista en Derecho Procesal Universidad de Antioquia. Personera Municipal San José de la Montaña Antioquia. Correo electrónico: natalujan70@hotmail.com.

*** Abogada Fundación Universitaria Luis Amigó-Medellín. Especialista en Derecho Administrativo UNAULA. Personera municipal San Andrés de Cuerquia Antioquia. Correo electrónico: abogada.carolinacarvajal@gmail.com.

Tutelage as a mechanism of compliance with the measures of reparation by the Colombian state, by the light of the judgment pronounced by the CIDDHH on 1 July 2006. Case “Massacres of Ituango vs. Colombia”

Abstract

By infringing facts of human rights that occurred in the municipality of Ituango in Antioquia during the years 1996 and 1997 for the authorship of paramilitary groups in collusion with the security forces of the municipality, the Inter-American Court of Human Rights declared the Colombian state responsible internationally, ordering various measures of reparation for victims of the facts, which have not been fulfilled by Colombia as a whole has therefore been necessary to resort to the tutelage for their implementation in domestic law by the Colombian state. That's what this article investigates the degree of effectiveness of this constitutional action in the Colombian domestic law to comply with measures for victims of the massacres of Ituango Antioquia, based on monitoring by the Court and effective enjoyment and real rights.

Key words: Constitutional block, Human Rights, Inter-American System, International responsibility, Justice, Re-establishment, Remedies, Tutelage, Victims.

Introducción

El Estado colombiano fue declarado responsable internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del día 1 de julio de 2006, por el caso de las masacres de Ituango, hechos ocurridos en los corregimientos de La Granja y El Aro de este municipio, en los años 1996 y 1997. Los actos fueron cometidos en omisión, aquiescencia y colaboración por miembros de la Fuerza Pública apostados en el municipio de Ituango y grupos paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), quienes perpetraron sucesivas incursiones armadas en ese municipio, asesinando a su paso a civiles en estado de indefensión, despojando a otros de sus bienes y generando terror y desplazamiento. Este tribunal internacional, atendiendo a lo contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos¹ sobre sus competencias para supervisar y hacerle seguimiento a los fallos proferidos en el ejercicio de su jurisdicción, mediante las Resoluciones del 07 de julio de 2009, 22 de diciembre de 2010, 28 de febrero de 2011, 08 de febrero de 2012 y 25 de mayo de 2013 (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento, 2009-2013), estudia, analiza y controla el grado de cumplimiento de dicho fallo en el territorio colombiano, concluyendo que si bien es cierto que el Estado de Colombia ha realizado múltiples esfuerzos con el fin de asegurar su cumplimiento, estos no han sido efectivos, puesto que aún hay medidas ordenadas dentro de la providencia que, a la fecha de hoy y después de nueve años de haberse proferido, continúan sin cumplirse.

Para las víctimas de los hechos antes descritos, lo anterior se constituye en una evidente vulneración de sus derechos fundamentales que, a su vez, ha generado, en la realidad del contexto en que sobreviven, grandes afectaciones. Por lo cual y en aras de buscar protección y goce efectivo de ellos, han tenido que recurrir al único mecanismo consagrado en el ordenamiento jurídico interno colombiano que permite el amparo inmediato de derechos fundamentales, como lo es la acción de tutela (Carrera, 2011), procedimiento ágil, sencillo y breve para el ciudadano, contemplado en la Constitución Política de Colombia² como medio de ejecución de la sentencia a nivel interno en lo concerniente al goce efectivo de derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos manifiesta que:

A la vez, el Tribunal considera inadecuado que haya sido necesario que los representantes de las víctimas debieran iniciar acciones de tutela a nivel interno para procurar el cumplimiento de esta medida de reparación. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida (Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Capítulo VIII LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
2. Artículo 86. Constitución Política de Colombia de 1991.

Caso de las masacres de Ituango vs Colombia.

En la realidad vivida por las víctimas de Ituango fue necesario, mediante sus representantes, instaurar acciones de tutela que llegan incluso hasta los órganos límites en el derecho interno colombiano (altas cortes), con el fin de garantizar y proteger el cumplimiento de algunas medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos concernientes al núcleo esencial de sus derechos fundamentales. Constituye este referente el punto de partida del presente estudio que cuestiona el grado de efectividad que ha tenido para las víctimas de las masacres de Ituango, Antioquia, el mecanismo constitucional de la acción de tutela, con el objetivo de lograr materializar todas y cada una de las medidas de reparación ordenadas en la sentencia del 1 de julio de 2006.

Es así como se pretende, a luz de un símil entre las supervisiones realizadas al fallo objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las actuaciones en sede constitucional por parte de las altas cortes colombianas en materia de acciones de tutela, contrastado con el testimonio de una víctima de los hechos y en el marco del denominado concepto de “bloque de constitucionalidad” (Uprinmy, 2005), identificar el grado de efectividad de la acción de tutela como mecanismo subsidiario y alterno utilizado por parte de las víctimas de las masacres de Ituango, Antioquia, para obtener el cumplimiento de las medidas de reparación por parte del Estado colombiano, determinadas en la sentencia del 1 de julio de 2006 del Tribunal Internacional.

Se estructura el artículo a través de un orden lógico con tres capítulos que desarrollan el tema: en el primero, se responde a la pregunta ¿cuáles son las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana en el fallo que se analiza?; el segundo capítulo estudia el se-

guimiento y supervisión que el propio Tribunal Internacional le ha realizado a su fallo; y, avizorando las conclusiones, el tercer capítulo, en la dinámica de resolver el interrogante planteado sobre el mecanismo de la acción de tutela utilizado por las víctimas de las masacres de Ituango para hacer efectivos sus derechos fundamentales, a través del comparativo mencionado en el objetivo del trabajo, estudia e identifica el grado de efectividad de esta acción constitucional.

Se utiliza el método deductivo de investigación, en el cual se parte del fenómeno general para llegar a lo particular y así poder identificar el objetivo del trabajo. A las conclusiones se llega a través de una investigación cualitativa y se utilizan herramientas como el rastreo bibliográfico y la entrevista como trabajo de campo.

1. Problema jurídico y estrategia metodológica utilizada

El problema a discutir en el presente documento es qué tan efectiva ha sido la acción de tutela para las víctimas de las masacres de Ituango, Antioquia, como mecanismo subsidiario para el cumplimiento de las medidas de *restitutio in integrum* por parte del Estado colombiano en la ejecución de la sentencia proferida por la CIDDDHH, el día 1 de julio de 2006, caso “Las masacres de Ituango vs. Colombia”, y cómo las víctimas pueden obtener el cumplimiento de las órdenes impartidas mediante sentencia.

La metodología utilizada consistió en identificar el grado de efectividad de la acción de tutela como mecanismo idóneo para que las víctimas obtengan el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas por la CIDDDHH a través de sentencia del 1 de julio de 2006, caso “Las masacres de Ituango vs. Colombia”, por parte del Estado colombiano.

Relevante y de interés para los fines del estudio que se plantea fue determinar las medidas

de reparación ordenadas en favor de las víctimas, en la sentencia proferida por la CIDDHH el día 1 de julio de 2006 “Las masacres de Ituango vs. Colombia” y, en razón de ellas, proceder a revisar las actuaciones posteriores realizadas por la CIDDHH al Estado colombiano para supervisar el cumplimiento de la sentencia del 1 de julio de 2006 “Las masacres de Ituango vs. Colombia”.

2. Alcances de las medidas de reparación ordenadas por la CIDDHH a favor de las víctimas de las masacres de Ituango

2.1 Reparación integral de la situación lesionada

Uno de los propósitos de las víctimas para acudir ante el Sistema Interamericano es buscar justicia, la que no encuentran en el sistema jurídico interno del Estado. En razón de ello, se despliegan las acciones judiciales para obtener una reparación de tipo integral frente a la situación lesionada.

Conforme al artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, cada Estado parte debe adoptar, en las disposiciones del derecho interno, las medidas legislativas y administrativas que permitan brindar las garan-

tías de los derechos de las víctimas y sus familiares y una restitución integral.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de sus disposiciones, consagra la forma de reparación que se debe implementar en casos donde se susciten violaciones de los derechos humanos por parte de agentes estatales. Y así lo señala el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Ello significa que las medidas de restitución deben ir direccionadas a resarcir integralmente la situación lesionada, previo reconocimiento de la víctima de la violación de algún derecho reconocido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Respecto a esto, la CIDDHH ha manifestado en su jurisprudencia que la base de una reparación justa es la plena restitución, la cual radica en un restablecimiento del estado anterior a la violación.⁴ En razón de ello, la Corte le impone al Estado el deber de

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, artículo 2º: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>

4. CIDDHH., Caso Las Palmeras, Reparaciones, supra nota 13, párr. 38; Caso del Caracazo, Reparaciones, supra nota 13, párr. 77; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 20, párr. 203. Además véase Caso Bulacio, supra nota 13, párr. 72; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 10, párr. 149; Caso Cantos, supra nota 15, párr. 68; Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, supra nota 20, párr. 61; Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones, supra nota 15, párr. 39; Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, supra nota 15, párr. 41; Caso Cesti Hurtado, Reparaciones, supra nota 15, párr. 34; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Reparaciones, supra nota 13, párr. 61; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Reparaciones, supra nota 15, párr. 77; Caso Blake. Reparación

reparar todos los aspectos, tales como la naturaleza de la violación, los alcances, las modalidades, e identificar a los beneficiarios.

En estos términos, la reparación integral de la situación lesionada a la luz del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos permite que las víctimas sean reparadas en dos aspectos: material y moralmente. Esto con el objeto de que estas puedan acceder a las medidas de reparación adecuadas. Según lo señalado en la jurisprudencia de la CIDDDHH, el daño material se compone de la pérdida o detrimento en los ingresos que dejó de percibir la víctima y que tengan un nexo causal con los hechos del caso⁵, por lo cual se imponen a su favor las medidas de reparación pecuniarias.

De la misma manera se contempla que las víctimas pueden ser reparadas por el concepto de perjuicio moral, el cual se genera con el menoscabo de los perjuicios de carácter no pecuniario que comprometen las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Esto, claro está, sin desconocer las medidas simbólicas.

Por su parte, el concepto de reparación para la Corte, en materia de costas y gastos, hace parte de la *restitutio in integrum*, en razón a la actividad que deben desplegar las víctimas con el fin de obtener justicia, no solo en el sistema jurídico nacional sino, igualmente, en el in-

ternacional, lo cual conlleva a unas erogaciones que deben ser reconocidas por el Estado que es declarado responsable internacionalmente mediante sentencia que se constituye *per se* en una forma de reparación.

Se prevé, también por la Corte, que de no ser posible la reparación *restitutio in integrum*, como se puede presentar en algunos casos donde se hayan generado violaciones o faltas graves a los derechos humanos, el Tribunal puede determinar las medidas para garantizar los derechos conculcados y su reparación.⁶ No obstante, los Estados deben asumir la posición de garantes, con el propósito de que las víctimas puedan acceder a una reparación integral por la no protección de los derechos humanos que fueron quebrantados.

2.2 Medidas de reparación ordenadas por la CIDDDHH en favor de las víctimas de las masacres de Ituango

Por los hechos ocurridos en los corregimientos de El Aro y La Granja del municipio de Ituango, Antioquia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió petición formulada por los representantes de las víctimas, contra el Estado colombiano, por la violación de los derechos señalados en la Convención Americana: derecho a la vida, derechos del

nes (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 32; Caso Suárez Rosero, Reparaciones, supra nota 25, párr. 42; Caso Castillo Páez, Reparaciones, supra nota 13, párr. 42; Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 16; Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 37; Caso El Amparo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 15; Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, supra nota 18, párr. 44; Caso Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párr. 28; y Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 30.

5. CIDDDHH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y Caso Luna López vs. Honduras, supra, párr. 246.

6. CIDDDHH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra, párr. 26, y Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, supra, párr. 543.

niño, derecho a la libertad e integridad personal, a la propiedad privada, a las garantías judiciales y a la protección judicial.

Acorde con esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado reiteradamente en su jurisprudencia que las sentencias constituyen *per se* una forma de reparación. No obstante, considerando las circunstancias del caso de las masacres de Ituango y las afectaciones generadas a las víctimas por los actos de tortura y asesinato y la falta de investigación para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables, la Corte procedió a reconocer la responsabilidad internacional del Estado colombiano, mediante sentencia de fondo, reparaciones y costas dictadas el 1 de julio de 2006. Esto significa que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.⁷

Para proceder a decretar la *restitutio in integrum*, en las masacres de Ituango, la Corte ordenó como medidas de reparación en favor de las víctimas que el Estado colombiano desplegara las acciones tendientes para “proveer justicia” (Tamarit, 2010), lo que implica que la justicia sea reparadora y restaurativa. Por ello se deben adoptar en el sistema interno normas más rigurosas que permitan a las víctimas acceder a una justicia real y efectiva por las violaciones a sus derechos humanos. Frente a las masacres de Ituango, el Tribunal manifestó que el Estado está en el deber de prevenir, suprimir y castigar a los individuos que comentan actos criminales e investigar efectivamente estas situaciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, 2006, párr. 131).

En este sentido, la Corte ha ordenado, entre otras formas de reparación a las víctimas de las masacres de Ituango, atención gratuita en servicios de salud, acciones tendientes a garantizar el retorno de las víctimas de desplazamiento forzado que así lo deseen, implementar un programa habitacional para las víctimas que perdieron sus viviendas, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y simbólico con el fin de conmemorar la memoria histórica de las víctimas, efectuar programas en DDHH y DIH direccionados a la fuerza pública, publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional lo relativo a los hechos probados en la sentencia, pagar el daño material e inmaterial, pagar por concepto de costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional y realizar un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la sentencia del 1 de julio de 2006, medidas decretadas previo análisis de los hechos del caso y el nexo causal con las víctimas.

De esta manera, la Corte en las masacres de Ituango busca que, a través de las medidas de reparación, se aclare la verdad de los hechos e, igualmente, se dé una reparación integral del daño y se haga justicia. En razón a ello dispone que se desplieguen las acciones para satisfacción, rehabilitación y justicia de las víctimas, así como para la no repetición de los hechos lesivos.

Frente a las medidas ordenadas, a la luz de la sentencia del 1 de julio de 2006, se ejerce, por la CIDH, control posterior a través de resoluciones. Esto en razón de lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento del Tribunal⁸ que estipula:

7. CIDDDH: Caso Baldeón García, supra nota 5, párr. 174; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 9, párr. 195; y Caso Acevedo Jaramillo y otros, supra nota 12, párr. 294.

8. Reglamento de la Corte aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos. 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

No obstante, mediante Resolución del 7 de julio de 2009, se procede a la supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte con el fin de analizar la implementación de la medida de reparación dispuesta, declarándose por parte del Tribunal el cumplimiento parcial de las medidas de reparación ya decretadas por el Estado colombiano, toda vez que aún están algunas pendientes de cumplimiento: el tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico no se ha cumplido prontamente y de forma íntegra; falta llevar adelante las diligencias necesarias para proveer justicia en el caso; no se han brindado las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad en materia de retorno de las víctimas; está pendiente la implementación de un programa habitacional mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieron

sus casas y que así lo requieran; no se ha llevado a cabo la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso con presencia de altas autoridades, y no se ha fijado una placa en un lugar público apropiado de cada uno de los corregimientos de La Granja y El Aro.

Para tal efecto, la Corte, en ejercicio de las atribuciones del Tribunal de supervisión de cumplimiento de sus decisiones, y en cumplimiento de los artículos 33 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del artículo 30 del Estatuto de la Corte y de los artículos 31 y 69 del Reglamento de la Corte, resolvió:

1. Requerir al Estado de Colombia que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto declarativo tercero supra, de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Solicitar al Estado de Colombia que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 19 de abril de 2011, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, de conformidad con lo señalado en los Considerandos 19, 23 a 26, así como en el punto declarativo tercero de la presente Resolución.
3. Solicitar a los representantes y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten observaciones al informe del Estado mencionado en el punto Resolutivo anterior, así como cualquier información relevante, en el plazo de dos y cuatro semanas, respectivamente, contado a partir de la notificación de dicho informe.
4. Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana y a los representantes

de las víctimas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución supervisión de Cumplimiento, Caso masacres de Ituango vs. Colombia, 2011).

En este sentido, lo que se pretende con la supervisión de cumplimiento de las decisiones proferidas por la Corte, en materia de reparación integral, es brindar garantías en el proceso de restitución de la situación lesionada, que las víctimas sean amparadas por una justicia real y efectiva y que, a su vez, puedan acceder a acciones internacionales e internas para hacer efectivo el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana.

3. Efectividad de la acción de tutela para el cumplimiento de la sentencia del 1 de julio de 2006 “Caso masacres de Ituango vs. Colombia”. Ejercicio comparativo respecto al seguimiento de las medidas de reparación ordenadas

Luego de haber determinado la responsabilidad en el caso de las masacres de Ituango, Antioquia, y, a la luz del ejercicio realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, identificadas las medidas de reparación integral y sus correspondientes seguimientos y supervisiones de cumplimiento, continúa el interrogante de las víctimas del caso *sub judice* sobre las razones por las cuales no han obtenido el cumplimiento total de las medidas ordenadas a su favor en el fallo y las alternativas de solución para su cumplimiento efectivo.

Se denotan y argumentan, en estudios realizados frente al ejercicio de supervisión de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, tres estados que determinan el grado de cumplimiento de dichas providencias: cumpli-

miento total, cumplimiento parcial e incumplimiento. Muchos de los casos de las sentencias emitidas en contra del Estado colombiano alcanzan el indicador de cumplimiento parcial, por factores jurídicos, institucionales, presupuestales, informales, de cultura organizacional y externos (Anzola, Sánchez & Ureña, 2012), los cuales no son resorte ni objeto de análisis del presente trabajo, pero que, sin embargo, es necesario tenerlos presentes puesto que contribuyen al origen del interrogante planteado desde el inicio.

Es así como, por parte de los representantes legales de las víctimas, se toma la decisión de utilizar el mecanismo subsidiario y garante de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano interno: la acción constitucional de tutela.

Lo anterior, teniendo presente lo preceptuado por la Corte Constitucional colombiana en reiteradas oportunidades jurisprudenciales sobre la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento forzado. La Corte expresa:

La jurisprudencia constitucional, en virtud del artículo 86 de la Carta, ha reconocido que la acción de tutela procede como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de las personas en situación de desplazamiento forzado, puesto que éstas “gozan de un estatus constitucional especial que no puede simplemente tener un efecto retórico. En este sentido, la Constitución obliga a las autoridades a reconocer que se trata de una población especialmente protegida que se encuentra en una situación dramática por haber soportado cargas excepcionales y cuya protección es urgente para la satisfacción de sus necesidades más apremiantes (Corte Constitucional Colombiana. T-821, 2007)

Se justifica el mecanismo de la tutela, como medio idóneo y expedito para las víctimas satisfacer sus derechos fundamentales.

La gran conquista de la Constitución Política de Colombia de 1991 fue la incorporación y reconocimiento de la denominada, de forma incorrecta, “acción de tutela”, la cual desde la órbita procesal se designaría, sin incurrir en imprecisión alguna, como pretensión de tutela. Innovación para la sociedad colombiana que hasta entonces solo contaba con los medios jurídicos de las pretensiones legales ordinarias presentadas al órgano jurisdiccional a través de demandas, que buscaban ante todo la protección de derechos positivizados. Es así como nace, a la vida jurídica colombiana, el instrumento de protección de derechos fundamentales: la pretensión de tutela. Esta trae consigo y afirma la presencia de los principios que conforman el núcleo del debido proceso (Agudelo Ramírez, 2006), “un derecho fundamental complejo, de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas y constituido en la mayor expresión del derecho procesal” (Agudelo Ramírez, 2006, p. 98).

El legislador colombiano desarrolla el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 que contiene de forma general la tutela, por medio del Decreto 2591 de 1991 y precisando normas de reparto, no de competencia, en el Decreto 1382 de 2000, con los cuales lo único que se propuso fue, justamente, velar por el efectivo ejercicio de este mecanismo de protección.

En el caso de las víctimas de “Las masacres de Ituango”, fue necesario interponer dos acciones de tutela en el marco del ejercicio de la pretensión de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en el fallo, por parte de los representantes de las víctimas, no obstante las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ser obligatorias para los Estados partes de la Convención Americana de

Derechos Humanos que han ratificado la competencia contenciosa del Tribunal. En el caso de Colombia tienen el mismo valor que una sentencia judicial proferida en el orden interno (Acosta & Bravo, 2008, pp.323-362). Sobre este punto la Convención Americana establece:

Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el estado. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Así, la Convención Americana dispone que la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se realizará por medio de las normas de los ordenamientos jurídicos internos, situación que no resulta factible porque, en la mayoría de los casos, las normas internas no contemplan procedimientos especiales para la ejecución de medidas diferentes a las económicas e incluso, en el ámbito de las medidas relativas a la indemnización, se pueden presentar diferencias entre lo dispuesto en el ordenamiento interno y lo ordenado por la Corte (Acosta & Bravo, 2008, p.336).

Es claro que, en el Estado colombiano, la ejecución y cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales hacen énfasis en el concepto de “reparación integral”, no superan la insuficiencia del simple resarcimiento económico.

Entre las medidas que ha ordenado la Corte se encuentran continuar las investigaciones, publicar los hechos probados, divulgar las sentencias de la Corte, llevar a cabo actos de recuperación de la memoria histórica y organizar actos públicos con presencia de autoridades del Estado para pedir perdón a las víctimas y a sus fami-

liares, así mismo se establecen medidas de atención psicosocial a las víctimas y sus familiares, y medidas que la Corte determina para el restablecimiento del proyecto de vida, como concertar con las víctimas becas de estudio y medidas de no repetición, como garantizar la seguridad de aquellas víctimas que deseen retornar a sus territorios (Abuchaibe, 2011, pp. 24-27).

El cumplimiento o ejecución de las medidas anteriores, contempladas en la sentencia, está dado para las víctimas con respecto a las indemnizaciones por medio del mecanismo del proceso ejecutivo, pero no es tan sencillo con relación a otras medidas ordenadas que no son de naturaleza económica, como son las del caso “Masacres de Ituango vs. Colombia”, que en su totalidad afectan de forma directa y notable la efectividad y el goce de los derechos fundamentales de esta población vulnerable; es allí, entonces, donde se justifica el uso de la acción de tutela, como mecanismo de cumplimiento de las medidas de reparación por parte del Estado colombiano a la luz de la sentencia proferida por el Tribunal Internacional Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de julio de 2006.

Descendiendo al caso concreto de las víctimas de las masacres de Ituango y realizando un símil o comparativo en el cual se permita visualizar cuál ha sido el avance en el cumplimiento de las medidas de reparación integral, luego de haberse declarado internacionalmente responsable el Estado colombiano por la vulneración de los siguientes derechos reconocidos y contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos: derecho a la vida (obligación de respetar los derechos), derecho a no ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (prohibición de esclavitud y servidumbre), derecho a la libertad personal, derecho a la propiedad privada, prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida pri-

vada y en el domicilio, derecho de circulación y residencia, derecho a las medidas de protección que por su condición de menores de edad requerían, garantías judiciales y protección judicial, se determina el grado de cumplimiento de acuerdo con la actividad de supervisión realizada por la Corte, de la siguiente manera. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, 2006):

a. El Estado debe llevar adelante las diligencias necesarias para proveer justicia en el presente caso, en los términos de los párrafos 399 a 402 de esta Sentencia.

Frente a esta medida, al año 2013, “la Corte concluye que la medida de reparación relativa a la obligación de investigar los hechos del presente caso se encuentra en proceso de cumplimiento”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso masacres de Ituango vs. Colombia, 2013)

b. El Estado debe brindar gratuitamente, y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requieran los familiares de las víctimas ejecutadas en el presente caso, en los términos del párrafo 403 de esta Sentencia.

Según lo determina la Corte, y luego de recibir las versiones de los informes del Estado colombiano y de los representantes de las víctimas, se encuentra en proceso de cumplimiento o cumplimiento parcial. Contrastado con el testimonio de la víctima entrevistada, el grado de cumplimiento de esta medida es muy bajo, en comparación con los beneficiarios.

c. El Estado deberá realizar las acciones necesarias para garantizar las condiciones de seguridad para que los ex habitantes de los corregimientos de El Aro y La Granja que se hayan visto desplazados puedan regresar a El Aro o La Granja, según sea

el caso y si así lo desearan, en los términos del párrafo 404 de este Fallo.

Según lo considerado por la Corte Interamericana, en supervisión del año 2013, el cumplimiento de esta medida ha sido parcial, principalmente por la dificultad presentada para identificar, caracterizar y ubicar a las víctimas de acuerdo con lo informado por el Estado, además de exigirles a las víctimas la inclusión en el Registro de Población Desplazada-SIPOD.

Es precisamente esta medida una de las que determinan el presente objeto de estudio, puesto que para el cumplimiento de ella se interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en primera instancia en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, Oficina Presidencial para la Acción Social, contra el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y contra el Ministerio de Agricultura para que se protegiera el derecho a la vida digna y a la justicia. Se señala en la resolución:

En primera instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia desestimó las excepciones presentadas por el Estado y ordenó tutelar los derechos fundamentales a la vida digna y a la justicia, de las personas desplazadas, relacionadas en el Anexo I de la Sentencia de la Corte, del municipio de Ituango, a raíz de los hechos ocurridos en los corregimientos La Granja y El Aro en los años 1996 y 1997, respectivamente. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó en todas sus partes el Fallo del Tribunal Superior de Antioquia. La tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión y el 11 de mayo de 2010 confirmó parcialmente las sentencias de primera y segunda instancia, al tutelar los derechos vulnerados a la vida digna y la justicia, y dejó sin efecto el aspecto relativo a que se inscriban las víctimas en el RUPD como mecanismo para que se les garantice la reparación ordenada por la

Corte. Los representantes alegan que el Estado no ha cumplido con lo ordenado por la Corte Interamericana, en cuanto a las medidas para el restablecimiento socioeconómico de los desplazados, ni con lo ordenado por la Corte Constitucional en materia de cumplimiento del Fallo Internacional. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso masacres de Ituango vs. Colombia, 2013).

Lo anterior, y de acuerdo con la entrevista realizada a la víctima directa, evidencia que, no obstante la presión ejercida por medio del mecanismo constitucional de la acción de tutela, el Estado colombiano continúa incumpliendo parcialmente la obligación, a pesar de haberse avanzado en algún grado al ordenar la difusión de forma amplia, por los diferentes medios de comunicación, sobre las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de las víctimas no ubicadas. (Corte Constitucional Colombiana, T-367, 2010).

d. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, con presencia de altas autoridades, en los términos de los párrafos 405 y 406 de este Fallo.

Según el testimonio de la víctima entrevistada y la situación de un acuerdo entre el Estado y los representantes de las víctimas, se determina el cumplimiento de dicha medida de forma total.

e. El Estado debe implementar un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada a aquellas víctimas sobrevivientes que perdieron sus casas y que así lo requieran, en los términos del párrafo 407 de esta Sentencia.

Se concreta en un acuerdo establecido entre el Estado colombiano y las víctimas que se en-

regará a cada beneficiario un monto de dinero equivalente a 135 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la compra de una vivienda. Esta medida, en la supervisión, se señala cumplida parcialmente, pues está pendiente que el Estado colombiano allegue las pruebas de los pagos de las sumas respectivas con sus correspondientes indemnizaciones a las víctimas.

De igual forma sería necesario, para que las víctimas lograran su cumplimiento, el acudir a la acción constitucional de tutela, que se instauraría ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia en contra del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y del Fondo Nacional de Vivienda Fonvivienda, para que se tutelara el derecho fundamental a adquirir una vivienda digna, en conexidad con su derecho a la vida digna y a la protección de sus garantías judiciales, del cumplimiento de las decisiones judiciales y el derecho a ser reparado. En primera instancia se resuelve la tutela el 23 de agosto de 2011 y concede tutelar los derechos fundamentales de las víctimas y ordena a Fonvivienda ejecutar la sentencia del 1 de julio de 2006 “Caso masacres de Ituango vs. Colombia”, en el sentido de que, en el término de treinta días hábiles contados a partir de la ejecutoria de este proveído, haga la entrega efectiva a cada una de las víctimas accionantes en esta tutela, de la suma de ciento treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin colocar ningún requisito que obstaculizare el cumplimiento de la medida.

La anterior acción constitucional, a diferencia de la interpuesta en la medida precedente, posee un grado de efectividad mucho más alto, puesto que permitió que FONVIVIENDA comenzara a realizar los subrogados pecuniarios de viviendas para las víctimas, con la respectiva indexación, a pesar de existir un nivel notorio de incumplimiento actual del fallo.

f. El Estado deberá fijar una placa en un lugar público apropiado en cada uno de los corregimientos de La Granja y El Aro, con el propósito de que las nuevas generaciones conozcan acerca de los hechos que dieron lugar al presente caso. Lo anterior en los términos del párrafo 408 de este Fallo.

En el concepto de la Corte existe cumplimiento si se tiene presente que el Estado creó las placas con el contenido adecuado, pero no se llegó a un acuerdo con las víctimas sobre el punto de instalación de ellas y la nota precisa sobre la responsabilidad del Estado en los delitos que causaron las víctimas mortales.

g. El Estado debe implementar, en un plazo razonable, programas de educación en derechos humanos y derecho internacional humanitario permanentes dentro de las fuerzas armadas colombianas, en los términos del párrafo 409 de esta Sentencia.

h. El Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de este Fallo, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 410 de la misma.

i. El Estado debe pagar a las personas señaladas en los anexos I y III del presente Fallo, en el plazo de un año, por concepto de la indemnización por daño material, las cantidades fijadas en el párrafo 379 y en los anexos I y III de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 358, 359, 363, 364, 376, 377, 417 y 420 a 424 de la misma.

j. El Estado debe pagar a las personas señaladas en los anexos I, II y III de la presente Sentencia, en el plazo de un año,

por concepto de la indemnización por daño inmaterial, las cantidades fijadas en el párrafo 390 y en los anexos I, II y III del presente Fallo, en los términos de los párrafos 358, 359, 363, 364, 376, 377, 390, 417 y 420 a 424 del mismo.

- k. El Estado debe pagar, en el plazo de un año, por concepto de las costas y gastos generados en el ámbito interno y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las cantidades fijadas en el párrafo 416 de la presente Sentencia, las cuales deberán ser entregadas, según corresponda, al Grupo Interdisciplinario de Derechos Humanos y a la Comisión Colombiana de Juristas, en los términos de los párrafos 416, 417 y 419 a 421 del presente Fallo.

Frente a las medidas contenidas en los literales g, h, i, j, k se da el cumplimiento total por parte del Estado colombiano.

Conclusiones

Con el desarrollo del presente artículo, se trata de determinar el grado de efectividad de la acción de tutela utilizada por las víctimas como mecanismo subsidiario para el cumplimiento de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 1 de julio de 2006, en su “Caso masacres de Ituango vs. Colombia”, a lo cual se arriba mediante las siguientes afirmaciones:

- La sentencia del 1 de julio de 2006, proferida en el caso de las víctimas de las masacres de Ituango, Antioquia, refiere un concepto de reparación integral, que supera la parte pecuniaria para, a través de medidas de restablecimiento de derechos, restituir y restaurar las condiciones

del ser humano digno de ejercer sus derechos plenamente, en la individualidad, en la familia, el ambiente y la sociedad. En este caso, la recuperación de ser sujeto de derechos efectivos para todas las víctimas de los hechos en mención.

- Para el cumplimiento de las medidas ordenadas, dentro del fallo objeto de estudio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un juicioso y serio ejercicio de supervisión mediante los informes solicitados al Estado y los testimonios de las víctimas y sus representantes. Esto ha permitido que se pueda revestir de obligatoriedad práctica para los Estados. En el caso concreto de las masacres de Ituango vs. Colombia, el Tribunal Internacional ha llevado a cabo un permanente ejercicio de supervisión, lo cual queda plasmado en las resoluciones proferidas en los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013. No obstante lo anterior, se concluye que no se ha dado cumplimiento en su totalidad al año 2015 por parte del Estado colombiano a lo ordenado en la providencia internacional.
- Debido al incumplimiento parcial de las medidas ordenadas en favor de las víctimas de Ituango, Antioquia, estas han tenido que recurrir, sin ser necesario (a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo de presente la fuerza de obligatoriedad que tiene dichos fallos para los Estados que han ratificado y adoptado la Convención Americana de Derechos Humanos), a la acción constitucional de tutela como mecanismo subsidiario de cumplimiento.
- Se determina, entonces, que la acción de tutela, en el contexto del cumplimiento de las medidas ordenadas por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, ha jugado un papel importante para que las víctimas soliciten el amparo de los derechos fundamentales contenidos en cada una de las medidas y se materialicen tal cual se requiere según su panorama real, logrando avances reales en materia de cumplimiento. No obstante lo anterior, se evidencia que existe un porcentaje importante de aspectos que aún, a pesar de la acción constitucional, no se cumplen por diversos factores atribuibles al Estado y al mismo contexto social. Por ello no se puede concluir que el grado de efectividad de la acción de tutela haya sido alto para lograr el cumplimiento de las medidas ordenadas en el fallo. De acuerdo con lo visualizado, sería pertinente calificarlo como de grado medio.

Referencias bibliográficas

- Abuchaibe, Heidi. (2011). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Justicia Transicional en Colombia. Revista ZERO. Número 26. Bogotá D.C. Colombia.
- Acosta López, Juana Inés; Bravo Rubio, Diana. (2008). El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: énfasis en la experiencia colombiana. Revista International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Número 13. Bogotá.
- Agudelo Ramírez, Martín. (2006). *Filosofía del derecho procesal*. Bogotá D.C. Editorial Leyer.
- Anzola, Sergio, Sánchez, Beatriz Eugenia, Urueña, René. (2012). Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de derechos humanos. una propuesta de metodología. Revista Derechos Humanos y Políticas Públicas. Universidad UPF. Barcelona, España.
- Calderón Gamboa J.F., (2013) *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, D.F. México, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Carrera Silva, Liliana. (2011). La Acción de Tutela en Colombia. Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla. Recuperado el 10 de agosto de 2015.
- Constitución Política de Colombia de 1991, Vigésimoséptima Edición, LEYER.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)..San José, Costa Rica, 07 al 22 de noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA. 21 de Mayo de 2013 “Caso de Las Masacres de Ituango vs Colombia”. Párrafo 27
- Ficha Técnica: Masacres de Ituango Vs. Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. San José, Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=330&lang=es.
- Julio César Cuastumal Madrid. (2013). Casos colombianos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudio a través de la teoría del derecho procesal. Estudios de Derecho -Estud. Derecho- Vol. LXX. N° 155, 3-22.
- Reglamento de la Corte aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.
- Tamarit Sumalla J.M., (2010), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, España, Atelier.
- Uprimy, Rodrigo. (2005). Visible en: [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-bloque_Constitucionalidad\(Uprimy\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-bloque_Constitucionalidad(Uprimy).pdf). Bogotá

D.C. Redes de escuelas Sindicales. *“El Bloque de Constitucionalidad en Colombia”*. Recuperado de [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-_Constitucionalidad(Uprimny).pdf).

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de DDHH, Caso Baldeón García, 06 de abril de 2006.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-821 de 2007 (MP. Catalina Botero Marino. SV. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. Sentencia T-367 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Bulacio, 18 de septiembre de 2003.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, 29 de marzo de 2006.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso del Caracazo, 26 de noviembre 2003.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Las Palmera, 26 de noviembre 2002.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Bámaca Velásquez, 25 de noviembre de 2002.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Blake, 24 de enero de 1998.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Cantos, 28 de noviembre de 2002.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Cantos, 28 de noviembre de 2002..
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Cesti Hurtado, 29 de septiembre de 1999.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso de la “Panel Blanca”, 08 de marzo de 1998
- Corte Interamericana de DDHH, Caso de la “Panel Blanca”, 08 de marzo de 1998.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, 21 de junio de 2002.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Juan Humberto Sánchez, 07 de junio de 2003.
- Corte Interamericana de DDHH, Caso Velásquez Rodríguez, 29 de julio de 1988.
- Corte Interamericana de DDHH. “Caso de las Masacres de Ituango vs Colombia”. 01 de julio de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Caso Masacres de Ituango vs Colombia”. 28 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Caso Masacres de Ituango vs Colombia”. 21 de mayo de 2013.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: El amor
País: Colombia, departamento de Antioquia

Resarcimiento de derechos de rango constitucional*

■ Por: *Ana María Aguirre Betancur***

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

La responsabilidad del Estado, predicada desde la Constitución de 1991 en su artículo 90, impone al Estado el deber de resarcir los daños antijurídicos que le sean imputables, lo cual debe realizarse a manera de reparación integral (indemnización y resarcimiento del daño). La reparación en Colombia venía precedida de una serie de categorías que permitían establecer el tipo de daños que podían ser reconocidos por el operador jurídico, sin embargo, en los últimos años, el Honorable Consejo de Estado desarrolló una nueva línea en materia de reparación integral que permitió la inclusión del resarcimiento del perjuicio a los bienes o derechos convencionales y constitucionales de manera autónoma e independiente, siendo quizás el cambio más importante la mutación del derecho a la salud, como categoría de reconocimiento autónomo, seguido de otra serie de bienes como la familia, la integridad personal, el buen nombre, entre otros. Lo anterior, acogiendo los postulados del derecho Internacional y teniendo como punto de partida dos sentencias históricas conocidas como las Sentencias Gemelas del 14 de septiembre de 2011.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Daño antijurídico, Derechos constitucionales, Jurisprudencia, Reparación integral, Resarcimiento, Responsabilidad, Sentencias de unificación.

* Artículo de investigación para optar al título de especialista en Derecho Administrativo en desarrollo de la línea de investigación de Derecho Público de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, perteneciente al grupo de investigación Derecho, Globalización y Sociedad.

** Abogada de UNISABANETA, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás.
Correo electrónico: anamariaaguirre.abogada@hotmail.com

Compensation of constitutional rights

Abstract

The responsibility of the State, stated in the 1991 Constitution, in its article 90, imposes to the State the duty to compensate for the wrongful damage that is attributable to it, which must be done by way of reparation (compensation and indemnity). Reparation in Colombia was preceded by a series of categories needed to establish the kind of damage that could be recognized by the legal operator; however in recent years the Honorable State Council developed a new line in the subject of reparations that allowed the inclusion of compensation for the prejudice to assets or conventional and constitutional rights in an autonomous and independent way, being perhaps the most important change the mutation of the right to health, as category of recognition, followed by another series of goods such as family, personal integrity, a good name, among others welcoming the principles of international law, and taking as a starting point two historical sentences known as the Twin Rulings of September 14, 2011.

Key words: Constitutional rights, Control of conventionality, Indemnity, Judgments of unification, Jurisprudence, Reparations, Responsibility, Unlawful damage.

Introducción

En un Estado Social de Derecho, Democrático y Participativo, tal y como se infiere del preámbulo de la Constitución Política colombiana y como se vislumbra a lo largo de su articulado, el principio de legalidad tiende necesariamente a mutar o a ser desplazado por un principio que ha surgido desde la intención del constituyente en 1991 y que a través de la jurisprudencia nacional ha ganado su reconocimiento e importancia. Este es el “principio de constitucionalidad”, entendiéndose como la necesidad de que cualquier norma jurídica no pueda contrariar o desconocer el orden superior (Gil Botero, 2014, p. 10); lo que necesariamente conlleva a que el Estado, o más específicamente sus entidades, se vea en la obligación de proteger, garantizar y velar por el respeto de los derechos de rango constitucional y, en caso de su afectación, resarcir el daño antijurídico de manera integral.

El presente artículo tiene como objetivo principal el análisis y estudio de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ha dado lugar a la mutación del derecho administrativo y a su constitucionalización, enfocando la atención principalmente en el deber que tienen los jueces de reconocer de manera independiente las afectaciones a los derechos constitucionales y convencionales, reconocidos en el ordenamiento interno colombiano o adheridos a él a través del bloque de constitucionalidad.

Para su realización se tomaron en cuenta los postulados doctrinales y jurisprudenciales planteados acerca del objeto de conocimiento, y su aplicación a diferentes casos de responsabilidad extracontractual del Estado, donde se ha realizado el reconocimiento a la afectación de los derechos de rango constitucional de manera independiente al llamado daño moral, tomándose en cuenta las sentencias del Honorable

Consejo de Estado que se han suscitado a partir de la vigencia 2011, y que han introducido un cambio significativo en materia de reparación.

Las razones o motivos que llevan a formular el presente proyecto se originan en la necesidad palpable de que los operadores jurídicos apliquen la jurisprudencia de las altas cortes, la cual tiene fuerza de ley, además que se hagan conscientes de la imperativa aplicación del control de convencionalidad al momento de proferir sus providencias.

El estudio de estos temas resulta enriquecedor no solo para quienes se dedican al derecho, sino para quienes se vean afectados por las acciones u omisiones estatales, haciéndose acreedores de reconocimiento tanto a manera de indemnización como de reparación.

El artículo se encuentra estructurado en tres capítulos: “Responsabilidad del Estado por afectación a derechos constitucionales”, “Cambios y aciertos jurisprudenciales” y “Control de convencionalidad”. El estudio se realizó utilizando la metodología cualitativa de la investigación, mediante tres momentos: recolección de la información, clasificación y análisis de ella, seguimiento a la línea jurisprudencial que el Consejo de Estado ha adoptado sobre la materia y el estudio detallado de sus sentencias de unificación como fuente formal de derecho.

1. Responsabilidad del Estado por afectación a derechos constitucionales

1.1 Los principios y derechos de rango constitucional

La Constitución es “norma de normas”, así se encuentra plasmado en el artículo 4° de la Carta Magna colombiana, reconociendo el constituyente la supremacía de ella sobre las demás normas del ordenamiento jurídico inter-

no, fundando su articulado en el principio de la dignidad humana como máxima expresión de respeto y garantía, y reconociendo la importancia de los principios como normas de mandato de obligatorio cumplimiento. El Doctor Manuel Fernando Quinche se ha referido a los principios constitucionales así: “En tanto normas de mandato, los principios constitucionales resuelven casos y problemas concretos, especialmente si se trata de casos complejos, de situaciones de conflicto entre principios o entre normas de derecho fundamental” (Quinche, 2010).

Ahora bien, los derechos de carácter constitucional, como su nombre lo indica, son aquellos que están referidos de manera expresa en el articulado de la Carta Política, considerados de rango superior. Sin embargo, la misma Constitución ha regulado los derechos por categorías o niveles, entendiéndose así que no todos los derechos constitucionales son de carácter fundamental y, por tanto, no son susceptibles de ser tutelados por sí mismos, sino en conexidad con los llamados derechos fundamentales o de aplicación inmediata.

La anterior concepción ha sido objeto de cambios significativos introducidos por la interpretación de los operadores jurídicos de las altas cortes, que han permitido el reconocimiento de derechos constitucionales y la reparación del daño causado a ellos, a través de sus fallos, como es el caso del derecho a la salud, el cual ha mutado para que su reconocimiento sea autónomo mediante la tutela, eliminando la necesidad de ser invocado en conexidad con un derecho fundamental, adquiriendo este carácter de manera independiente, además de ser reconocido en materia de reparación como una afectación totalmente desligada del daño moral.

1.2 El artículo 90 de la C.P. – Postulado de responsabilidad

Al hacer referencia al concepto de responsabilidad estatal o extracontractual del Estado, es estrictamente necesario acudir al postulado del artículo 90¹ de la C.P., el cual es el punto de partida que permite identificar los presupuestos básicos para que se predique la existencia de responsabilidad por parte del Estado y, por ende, la obligación de resarcir el daño, haciendo énfasis en dos elementos estructurales: la existencia de un daño que inequívocamente debe predicarse antijurídico y que este pueda ser objeto de imputación a una entidad estatal.

Al respecto, en providencia del 14 de septiembre de 2011, la cual es considerada hito en materia de responsabilidad estatal por introducir cambios relevantes en cuanto a la reparación del daño por afectación a derechos de rango constitucional, con ponencia del Honorable Magistrado Enrique Gil Botero, se estableció:

[...] no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.

La anterior circunstancia motivó a que el Constituyente de 1991 diseñara y adopta-

1. ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

ra en el artículo 90 de la Carta Política un sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona. En ese orden de ideas, el paradigma del derecho de daños sufrió una significativa modificación con la expedición de la Carta Política de 1991, en donde el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal (Consejo de Estado, 2011).

De este modo, la jurisprudencia se ha encargado de llenar los vacíos hermenéuticos del ordenamiento jurídico colombiano, como lo es la definición de daño antijurídico, que si bien es cierto no se encuentra expresamente en la constitución o en la ley, el Consejo de Estado en su reiterada jurisprudencia se ha encargado de definirlo ampliamente:

La jurisprudencia nacional, siguiendo algunos parámetros de la doctrina extranjera, dada la similitud de los artículos 106 de la Constitución Española y 90 de la Constitución Colombiana, ha definido el daño antijurídico como: “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”² (Gil, 2014, p. 29).

2. Cambios y aciertos jurisprudenciales

2.1 Jurisprudencia sobre resarcimiento de derechos de rango constitucional

2.1.1 Sentencias hito

En primer lugar, vale la pena señalar que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha realizado avances esenciales de gran envergadura en materia de reparación integral y en su reiterada jurisprudencia ha creado derecho, llenando vacíos legales mediante una acertada interpretación que le da fuerza a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, ampliando el ordenamiento jurídico a favor de las víctimas.

Con relación al resarcimiento de derechos de rango constitucional, el Consejo de Estado, bajo la ponencia del Doctor Enrique Gil Botero, de fecha 14 de septiembre de 2011, dio un giro sorprendente sobre el reconocimiento del perjuicio inmaterial, incluyendo nuevas categorías de reparación y delimitando la procedencia de las ya existentes, mediante las dos sentencias conocidas como Las Gemelas, que se convirtieron en las sentencias hito sobre el reconocimiento de las mencionadas categorías. Al respecto dijo:

Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no

2. Doctor Enrique Gil Botero, en su libro *La constitucionalización del derecho de daños*, haciendo referencia a las sentencias del 2 de marzo de 2000, exp. 11.945, 11 de noviembre de 1999, exp. 11.499 y 27 de enero de 2000, exp. 10.867.

esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud (Consejo de Estado, Rad. 05001232500019940002001, 2011).

Si bien es cierto que la evolución respecto del reconocimiento del perjuicio inmaterial distinto al moral tuvo sus inicios poco después de la promulgación de la Constitución de 1991, es a partir de las sentencias gemelas de unificación, referenciadas como expediente No.19.031, radicación: 05001232500019940002001 y expediente No. 38.222, radicación: 051233100020070013901, que se genera el punto de partida de un nuevo sistema de reparación que incluye el reconocimiento de los derechos de carácter constitucional de manera autónoma. Se precisa:

De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente

de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (Const., 1991, art. 49) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

Así mismo, como se da la compensación del derecho a la salud, se inicia el reconocimiento de una serie de afectaciones a derechos constitucionales y convencionales, los cuales deben tener un tratamiento distinto a los perjuicios inmateriales tradicionalmente aceptados y compensados por los jueces en sus providencias.

2.1.2 Línea jurisprudencial

Delimitado así el punto de partida de una nueva línea jurisprudencial unificada, que evoluciona e incluye elementos nuevos al concepto de reparación integral, perpetuada en los fallos subsiguientes, como lo es la providencia dictada 6 meses después de las ya mencionadas sentencias gemelas, por la Subsección C, de la Sala Tercera del Consejo de Estado, en la cual se delimitaron y establecieron criterios precisos para la valorización del daño a la salud, se concreta el nuevo sistema de reparación, en los siguientes términos:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios

mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás.

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobby” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva – que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave (Consejo de Estado, Exp. 22.163, 2012).

Es así como por parte del Honorable Tribunal de cierre se establecen los tope máximos de indemnización respecto del resarcimiento por el daño causado a la salud de manera autónoma y separada del llamado daño a la vida en relación y proporcional al daño generado y debidamente probado.

Posteriormente, en providencia Rad. 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155), de 24 julio de 2013, donde actuó como Magistrado Ponente el Doctor Jaime Orlando Santofimio, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró su jurisprudencia respecto del reconocimiento del perjuicio a la salud, estableciendo esta vez una propuesta novedosa para establecer la liquidación del mencionado daño:

|CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ |PORCENTAJE MÁXIMO DE PÉRDIDA DE |MONTO MÁXIMO DE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES |CAPACIDAD LABORAL |ASIGNADO POR LA CORPORACIÓN | |Deficiencia |50% |150 SMLMV | |Discapacidad |20% |60 SMLMV | |Minusvalía |30% |90 SMLMV | |Total pérdida de la capacidad laboral |100% |300 SMLMV |

Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifiquen los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada, en cuyo efecto se su-

giere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos (Consejo de Estado, Rad: 05001233100020010079901, 2013).

Una vez tomada una posición frente al resarcimiento de perjuicios causados a los derechos de rango constitucional, en invaluable sentencia de unificación proferida el 25 de septiembre de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció perjuicios ocasionados a otros derechos constitucionales diferentes del daño a la salud, reiterando los postulados invocados en las mencionadas sentencias Gemelas y ampliando su aplicación, de la siguiente forma:

4.2. Perjuicios por violación a bienes o intereses constitucionales

Otro de los aspectos que se censuran en el recurso de apelación, se refiere a la condena decretada por el a quo en relación con “otras afectaciones padecidas por los demandantes” –según el escrito de demanda– y que el Tribunal concedió parcialmente a título de “alteración a las condiciones de existencia”.

Sobre el particular, valga la pena resaltar que la Sala de manera reciente ha abandonado la tipología de perjuicios vinculada a conceptos abiertos, gaseosos o heterogéneos, que impiden una valoración real y objetiva del daño. Por tal motivo,

a partir de la sentencias del 14 de septiembre de 2011, exps. 38222 y 19031, esta Sala indicó que tratándose del daño a la integridad psicofísica de la persona, se debía reconocer un perjuicio autónomo que atendiera la lesión del derecho fundamental o bien constitucionalmente que resulta afectado en sí mismo en razón del daño antijurídico [...]

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico, toda vez que al haberse acreditado que el núcleo cercano (padres y hermanos) del occiso Alex Ariol Lopera Díaz, en virtud del daño antijurídico se vieron forzados a adoptar medidas de protección familiar, desplazamiento, etc., ello significa **que los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar el domicilio y el arraigo, se vieron seriamente afectados, circunstancia por la que las sumas otorgadas por el a quo, se compadecen con la afectación autónoma de los bienes constitucionales lesionados por la configuración del daño antijurídico.** Negrilla fuera de texto. (Consejo de Estado, exps. 38222 y 19031, 2013).

La posición adoptada en la anterior providencia permitió reafirmar la perspectiva frente a la reparación del perjuicio de manera objetiva, valorando el daño real sufrido por las víctimas y la obligación del Estado de compensarlo de manera eficiente e integral.

La aplicación de esta línea se viene dando de manera sistemática en fallos más recientes, donde una vez probada la consecución del daño, el Consejo de Estado a través de sus operadores ha seguido sus lineamientos aplicando de manera proporcional los topes de indemnización, como es el caso de la Sentencia del 29

de enero de 2014, emitida por la Sección Tercera, Subsección A de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón:

Conforme a lo anterior, debe señalarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad del señor Harold Alexander Gutiérrez Urrego, es del 75,15%, se le reconocerá por este concepto el valor de 300 salarios de la misma índole, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud del demandante principal.

A lo anterior cabe agregar que el señor Gutiérrez Urrego sufrió una pérdida anatómica (extirpación de un testículo) y, por ende, una afectación a su integridad física, la cual aunque no repercute directamente en el desarrollo de su reproductiva -pues sobre el particular no obra prueba alguna en el expediente-, lo cierto es que dicha pérdida anatómica sí afecta indirectamente su estado psicológico, autoestima y satisfacción sexual, todo lo cual sirve de fundamento adicional para reconocer la indemnización antes relacionada a su favor (Consejo de Estado, 2014).

Finalmente, en un magnífico fallo, bajo la ponencia de Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, realizó un extraordinario análisis de

los daños causados a las víctimas y de la forma de indemnización y reparación que se debía aplicar, reconociendo de manera taxativa que los actores sufrieron perjuicios que produjeron afectación a la familia, a la verdad, a un recurso judicial efectivo, y un desplazamiento forzado, además que esta vez se hizo referencia expresa a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, así:

15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada³. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos,

3. Haciendo referencia a las Sentencias Gemelas del 14 de septiembre de 2011.

como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iii) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: *(a)* restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; *(b)* lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; *(c)* propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y *(d)* buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero *(a)* permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “*de crianza*”, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese *quantum* deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el *debitum iuris*. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la grave-

dad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretando las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucionales y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas (Consejo de Estado, 2014).

La anterior providencia no solo da aplicación a los postulados y lineamientos acogidos por el máximo Tribunal en fallos precedentes, sino que acoge la normativa internacional, dando aplicación a los tratados y convenios ratificados por Colombia, y amparando las formas de reparación a los perjuicios causados a los derechos contenidos en ellos, de manera autónoma y separada de las categorías tradicionalmente aplicadas.

3. Control de convencionalidad

3.1. Importancia del bloque de constitucionalidad

Bajo el postulado de prevalencia de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, consagrado en el artículo

93 de la Carta Política de 1991, y para efectos del análisis correspondiente a su aplicación en materia de responsabilidad estatal, se procede a continuación a señalar las seis obligaciones de los Estados frente a los tratados ratificados, así:

- a. La obligación de *interpretar* los derechos constitucionales, de conformidad con lo dispuesto en los pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado.
- b. La obligación de ajustar la *legislación interna*, así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales pactos.
- c. La obligación de *abstenerse* de promulgar normas que contraríen esos tratados sobre la protección de los Derechos Humanos.
- d. La obligación de *evitar* que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales.
- e. La obligación de *adoptar medidas y efectuar tareas* encaminadas a lograr la vigencia efectiva de los derechos y *reparar* las consecuencias que se derivan de su vulneración.
- f. La obligación de *procurar* vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia (Quinche, 2010, pp. 91-92)

De este modo, es de gran relevancia la labor del juez frente a la aplicación del control de convencionalidad en sus providencias, más aún en materia de responsabilidad estatal, pues se trata del respeto y garantía de los derechos humanos, reconocidos a nivel internacional y adheridos al ordenamiento interno colombiano a través del mandato del artículo 93 constitucional. Lo que hace que de manera taxativa la afectación o perjuicio sobre ellos deba ser resarcida de manera autónoma, como una categoría inde-

pendiente dentro de los perjuicios inmateriales.

En el caso colombiano, el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo ha acatado la obligatoriedad del control de convencionalidad, incorporando en sus fallos las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dando aplicación a los tratados internacionales ratificados por Colombia, y acogiendo los criterios de indemnización y reparación integral en favor de las víctimas, condenando al Estado por los daños antijurídicos causados por su acción u omisión, y atendiendo las obligaciones impuestas por el derecho internacional, anteriormente citadas.

Conclusiones

Si bien es cierto que no todos los derechos de rango constitucional se predicen como fundamentales, las altas cortes, a través de su jurisprudencia, han permitido el reconocimiento autónomo de estos derechos cuando se encuentra acreditado un daño por parte del Estado, el cual deba ser susceptible de reparación, al establecerse los dos presupuestos básicos contenidos en el artículo 90 de la C.P. que indica que, para que haya responsabilidad estatal, el daño debe ser antijurídico e imputable al Estado, ya sea por acción u omisión de sus agentes.

A partir de los fallos históricos del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, materializados en las dos ejemplares sentencias Gemelas del 14 de septiembre de 2011, se introduce una nueva visión referente a la reparación del daño inmaterial a través del reconocimiento por perjuicios causados a bienes constitucionales, los cuales deberán ser compensados de manera autónoma e independiente.

El mayor avance en materia de resarcimiento respecto de derechos constitucionales se ha dado al reconocer la reparación por el daño ocasionado al derecho a la salud de manera au-

tónoma, estableciendo el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo los topes máximos a indemnizar y la manera de tasar el perjuicio y reconociendo el mismo como categoría independiente del daño moral. Sin embargo, no es el único derecho objeto de reparación autónoma, dándose reconocimiento a otros bienes constitucionales como son la familia, el buen nombre, la libertad de domicilio y arraigo, entre otros.

La mutación de las categorías indemnizables en materia de responsabilidad extracontractual del Estado ha traído consigo el reconocimiento y valoración del postulado del artículo 93 de la Carta Magna, al aplicar el control de convencionalidad en los casos contra el Estado, reconociendo los perjuicios causados a los derechos contenidos en los tratados internacionales de manera separada, acogiendo su carácter de constitucionales y dando relevancia a la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Manuel Fernando, Q. R. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano, De la Carta de 1991 y sus Reformas* (pág. 49). Cuarta Edición, Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Enrique, G. B. (2014). *La Constitucionalización del Derecho de Daños. Nuevo Sistema de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado* (págs. 29). Bogotá, Colombia: Temis.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Radicación 05001232500019940002001, M.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia de 14 de septiembre de 2011, Radicación 0512331000200700139 01, M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de Marzo de 2012, Exp 22.163, M.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia del veinticuatro (24) de julio de 2013, Radicación: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155) Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013). Expediente: 050012331000200100799 01 (2001-950 y 2001-3159 acumulados) Radicación interna No.: 36.460, M.P. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en Sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00419-01(30366), Consejero ponente: Hernan Andrade Rincón.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, en Sentencia del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988), Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Quinche Ramírez, M. F. (2010). Derecho constitucional colombiano, *De la Carta de 1991 y sus reformas* (p. 49). Cuarta Edición, Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Lo natural
País: Colombia, departamento de Antioquia

Análisis constitucional de la extensión de jurisprudencia a la luz del artículo 230 de la Constitución Nacional*

■ Por: *Gustavo Andrés Lobo Garrido***
*Hugo Ernesto Ortega Guerrero****

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

Con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), se creó la figura denominada “extensión de jurisprudencia”, la cual le otorga y le reconoce a la jurisprudencia un papel preponderante y fundamental en la actividad judicial, tanto que ha hecho de ella algo más que un mero criterio auxiliar de justicia y la revalúa como fuente directa y primaria de derecho, es decir, la coloca al mismo nivel que se encuentra la ley, por lo que se desconoce y se vulnera el sistema tradicional de fuentes formales de derecho establecido en el artículo 230 de la Constitución Política.

Palabras clave: Extensión de jurisprudencia, Fuentes formales de derecho, Principio de igualdad, Principio de legalidad, Sentencias de unificación, Sistema de fuentes de derecho.

* Artículo de investigación para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás de Bogotá.

** Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho Contractual Público y Privado ©, Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Correo electrónico: gustavolobo20@gmail.com

*** Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Correo electrónico: heog0519@gmail.com

Constitutional Analysis of the Jurisprudencial extension in the light of Article 230 of the National Constitution

Abstract

With the expedition of the Administrative Procedure Code (Law 1437 of 2011) the legislative branch developed a figure that was called “Jurisprudence Extension”, which adjudge and recognize a predominant role in the judicial activity; in fact, it makes the judicial activity more than an auxiliary judgment and measures like a direct and primary sources of law. It means at the same that the law is. However, it is unknown and infringes the Traditional System and Formal Sources of law, that was established in the article 230 of the Colombian Constitution.

Key words: Formal sources of law, Jurisprudence extension, Principle of equality, Principle of legality, System of sources for law, Unification of court decisions.

Introducción

La presente investigación propone la importancia de analizar la constitucionalidad de la figura de “extensión de jurisprudencia” a la luz de los principios, valores y postulados orientadores establecidos en la Constitución de 1991, especialmente, del Sistema de Fuentes Formales fijado en ella (Const. 1991 art. 230), en donde la jurisprudencia es un mero criterio auxiliar en la actividad judicial y no una fuente directa y principal de derecho.

En la presente investigación se empleó una metodología cualitativa y se tomó como base cada uno de los objetivos específicos planteados en el proyecto de investigación.

La estrategia de investigación utilizada es analítica, descriptiva y conceptual, y junto con la metodología cualitativa, fue fundamental para la realización del estudio.

Para el procesamiento y análisis de la información se tomó como base el modelo guía de “Sistematización de la información documental”, mediante el cual se logró recolectar la información de manera precisa y ordenada, destacando los puntos clave y esenciales que fueron de gran utilidad para el desarrollo de la presente investigación y la obtención de resultados.

Desarrollo

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, el fenómeno de la *constitucionalización* de las disciplinas del Derecho, se convirtió en la regla fundamental que conllevó necesariamente a que todas las áreas que conforman el estudio del Derecho fueran informadas con el contenido axiológico, material y normativo establecido en aquella.

El desarrollo, materialización y ponderación de los anteriores principios y valores ha llevado a que los órganos ejecutivo, judicial y le-

gislativo, justificando sus actuaciones en el marco del sistema de pesos y contrapesos propio del Estado colombiano, desarrollen, en sus respectivas órbitas, figuras que permitan asegurar que la administración tome en serio la jurisprudencia de los jueces, para con ello crear sistemas de protección y garantía de los derechos de las personas en sede administrativa (Zambrano, 2011, pp. 43 y ss.).

Fue así que, tras la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA), el legislativo pretendió resolver problemas estructurales tanto en sede administrativa como en la misma jurisdicción para que se permitiera: (i) El cumplimiento de los fines del Estado, (ii) La sujeción de las autoridades a la Constitución y a las normas del ordenamiento jurídico colombiano, y (iii) la efectiva protección y garantía de los derechos y libertades de las personas.

Esta nueva perspectiva permitió al legislador la elaboración del CPACA, que tenía definidos dos claros objetivos (Gaceta del Congreso No. 1173 de 2009, pp. 53 y ss.): el primero de ellos, actualizar las instituciones jurídicas, que con el paso del tiempo habían perdido eficacia, articulando la ley con los principios y valores dispuestos en la Constitución Nacional, y el segundo, resolver la situación de congestión judicial que, a la fecha de presentación de la exposición de motivos, estadísticamente era elevada en Colombia.

“Subproducto” de esta nueva estructura administrativa es la denominada figura de “extensión de jurisprudencia”, la cual es desarrollada en los artículos 10, 102, 269 y 270 del CAPACA. Arquetipo que “redefine” el papel de

la jurisprudencia¹ en el Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo colombiano, convirtiéndola ahora en fuente directa y primaria de derecho (Ricardo Segura, 2013), dejando de ser un mero criterio auxiliar de la actividad judicial (Hernández Becerra, 2011).

En términos del presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el Doctor Augusto Hernández Becerra, se confiere un nuevo derecho a los ciudadanos frente a la administración, que consiste en la expectativa legítima que tienen en que las autoridades les den un trato igualitario mediante la aplicación de precedentes judiciales que hubieren resuelto casos similares a los de ellos (principio de la buena fe administrativa) (Hernández Becerra, 2013).

El artículo 102 del CPACA impone a los solicitantes, entre otras cosas, el cumplimiento de requisitos mínimos², para que las autoridades surtan el trámite descrito en la disposición dentro de los términos allí fijados, para hacer efectiva o no³ la extensión de los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial⁴ (en adelante SUJ) que *haya reconocido un derecho*.

Es por ello que, bajo el mandato de la presente disposición, las autoridades, tanto administrativas como judiciales, deberán tener en

cuenta las SUJ a la hora de estudiar y resolver cualquier caso, ya que estas no pueden ni deben estar aisladas de la interpretación y aplicación del derecho desarrollado por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

Ahora bien, entender el Sistema de Fuentes fijado en la Constitución Política de Colombia, a la luz de la figura de extensión de jurisprudencia, produce tres efectos necesarios: (i) la vulneración del principio de legalidad, (ii) la transgresión al principio de separación de poderes y producto de ellos, y (iii) la inminente ruptura del sistema de “frenos y contrapesos”, fundamental en la estructura del Estado Social, Democrático y de Derecho.

El primero de los efectos, vulneración del principio de legalidad, se traduce en la transgresión de normas de carácter constitucional, principalmente, de los artículos 4 (supremacía de la Constitución y obligación política de obedecerla), 241 (competencia de la Corte Constitucional) y 374 - 379 (procedimiento para la reforma de la Constitución). Esto es, se materializa una modificación al Sistema de Fuentes fijado en la Constitución Política mediante una figura de carácter legal, para la cual fueron obviados todos los mecanismos constitucionales y legales para realizarla.

1. Sentencias de unificación jurisprudencial.

2. Los solicitantes de la extensión de efectos de una sentencia de unificación de jurisprudencia deberán hacer (i) referencia a la SUJ invocada en su favor y (ii) acreditar los mismos supuestos fácticos y jurídicos en los que se basó la situación de aquella.

3. Conforme el artículo 102 del CPACA, la entidad podrá negar la solicitud en tres (3) eventos: (i) cuando sea necesario llevar a cabo un período probatorio (para lo cual adelantará el respectivo trámite), (ii) cuando estime que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada, y finalmente, (iii) cuando las normas a aplicar deban interpretarse de manera diferente a la expuesta en la sentencia de unificación.

Trascurrido el término para dar respuesta, si la autoridad niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o si guarda silencio sobre ella, el solicitante podrá acudir, dentro de los treinta (30) días siguientes, ante el Consejo de Estado directamente, a través del procedimiento regulado en el artículo 269 del CPACA.

4. Conforme lo establece el artículo 270 del CPACA, se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial: (i) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, (ii) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y (iii) las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (respecto de acciones populares o de grupo).

A su vez, se infringió el principio de separación de poderes⁵ (Corte Constitucional, Colombiana, C-141, 2010) en dos sentidos: (i) en *sentido funcional*, pues se otorgó poder legislativo a un órgano judicial para la emisión de *normas jurídicas*⁶ (Bobbio, 1993, pp. 108 y ss.), vinculantes para las autoridades administrativas, y (ii) en *sentido interorgánico*, ya que es imposible realizar un verdadero ejercicio de control constitucional, legal o político en la producción de este tipo de *normas jurídicas*, sin entrar en *paradojas funcionales*, traducidas en la entrega de competencias a un órgano que son propias de otro.

Finalmente, como efecto colateral, el modelo constitucional de “frenos y contrapesos” (Corte Constitucional, Colombiana, C-141, 2010) se quebranta, puesto que sería imposible implementar *control político* en las normas jurídicas producidas por órganos judiciales, debido a la *intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros* (judicial en el legislativo y viceversa), sería fútil en ejercicio judicial, en razón al fenómeno que hemos denominado

paradoja funcional, que nos permitiría concluir finalmente que “*las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias*”, en un sentido puramente práctico, serían innecesarias en el nuevo sistema que se ha planteado.

La respuesta de la Corte Constitucional (Corte Constitucional Colombiana, C-816, 2011) a estos tres efectos y su postura con relación al tema, se resume básicamente en el deber del Estado de asegurar la igualdad de las personas ante la ley, fijando a las autoridades administrativas la obligación legal de extensión de jurisprudencia en los casos que ameriten dicho trato, ya que se materializa y garantiza el principio de igualdad en el trato debido a los ciudadanos por las autoridades, en observancia del propio principio de legalidad.

La declaratoria de exequibilidad del artículo 102 parcial del CPACA, se fundamentó en los siguientes tres argumentos: (i) el respeto y garantía del derecho fundamental a la igualdad y a la seguridad jurídica, (ii) la confianza legítima

5. [...] La jurisprudencia constitucional ha reconocido que existen dos modelos de separación de poderes: el primero defiende una delimitación funcional rigurosa como medio para acotar el poder, a partir del entendimiento de que una distribución precisa y equilibrada de las labores estatales, en la cual cada órgano cumple una tarea preestablecida, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales, y precisamente, por la dificultad de su implementación práctica derivada de la rigidez de la separación de poderes este modelo estaba condenado al fracaso. El segundo modelo también parte de una especialización de las labores estatales, cada una de las cuales corresponde a un órgano específico, pero le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos. [...]
6. Sentencias de unificación jurisprudencial.
7. Este modelo constitucional denominado de “frenos y contrapesos” no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político, la intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias. Entre las diversas manifestaciones normativas del sistema de frenos y contrapesos se encuentran las citaciones y requerimientos a los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos para que concurran a las sesiones de cada Cámara, la figura de la moción de censura, el control del Congreso previsto para la declaratoria de los estados de excepción y las medidas adoptadas por el gobierno nacional para conjurar la situación de crisis y el juzgamiento por parte del Congreso de ciertos servidores públicos. Además, la Constitución creó varios organismos encargados de hacerle contrapeso a la voluntad política mayoritaria, tales como la Corte Constitucional y la Defensoría del Pueblo, e independizó varias autoridades cuyas funciones deberían ser autónomas de las coyunturas políticas, tales como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría General de la Nación y el Banco de la República, entre otras.

(principio de buena fe) que tienen los ciudadanos, en calidad de administrados, y (iii) el deber de los órganos de la administración y los jueces de decidir de la misma manera en situaciones jurídicas similares o análogas, “tratando igual a casos iguales”.

Así mismo, la Corte Constitucional Colombiana, (C-634, 2011) ha aclarado que la interpretación de la expresión “*sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley*”, a que se refiere el artículo 230 constitucional, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la Corte considera, en su interpretación como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (Const. 1991, art. 241), que la jurisprudencia es fuente directa y principal de derecho, que tiene fuerza vinculante y obligatoria para todos los órganos administrativos y judiciales, ya que esta pertenece, en términos amplios, al imperio de la ley.

Después de resumir lo expuesto por la Corte, nos quedan grandes dudas frente a la constitucionalidad de la figura de extensión de jurisprudencia, a la luz de los criterios de justicia, validez y eficacia (Bobbio, 1993, pp. 33 y ss.). Por tal motivo, realizaremos un análisis de estos criterios para comprobar la constitucionalidad de la norma.

En primer lugar, debemos señalar que los argumentos expuestos por la Corte satisfacen completamente el criterio de justicia (Bobbio,

1993, p. 33). La norma es justa, en el sentido que, como bien lo señala la Corte Constitucional, permite hacer efectivos los principios y valores anteriormente expuestos.

Además la norma es eficaz (Bobbio, 1993, p. 35), por cuanto produce efectos jurídicos y, en un sentido práctico, ayuda a cumplir los cometidos propuestos en la exposición de motivos cuando fue proyecto de ley.

No obstante, parece no superar el juicio de validez (Bobbio, 1993), por tal motivo utilizaremos la metodología expuesta por Bobbio (1993, p. 34), para verificar la validez de la norma.

Este autor (Bobbio, 1993, p. 34) señala como requisito necesario para solucionar el problema de su validez, realizar tres operaciones de carácter empírico racional, que son: (i) determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, (ii) comprobar si no ha sido derogada, es decir, verificar la vigencia de la norma y (iii) comprobar que no sea incompatible con otras normas del sistema.⁸

Pues bien, podemos señalar que (i) el primer criterio de validez se satisface conforme lo dispuesto en el Título VI de la Constitución Política colombiana, por el poder legislativo, más precisamente por el Congreso, al cual le corresponde hacer las leyes; a su vez (ii) la norma se encuentra vigente hasta la fecha, pues no ha sido derogada o declarada inexecutable; no obstante, el último criterio, el de compatibilidad, no se satisface, pues (iii) la norma jurídica de carácter legal es incompatible con las disposiciones del artículo 230 de la Constitución.

El siguiente cuadro nos permitirá entender de mejor forma dónde se encuentra la citada incompatibilidad o antinomia entre las normas:

8. “3. [...] (Lo que también se llama derogación implícita), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) [...]”

INCOMPATIBILIDAD O ANTINOMIA NORMATIVA	
CONSTITUCIÓN POLÍTICA	LEY 1437 DE 2011
<p>Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.</p> <p>La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.</p>	<p>Artículo 102. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. [...]</p>

Al descomponer el artículo 230 superior, puede identificarse que la estructura lingüística del primer párrafo corresponde a una proposición que prescribe a los jueces (y autoridades), en sus providencias, someterse únicamente al imperio de la ley; por su parte, analizando el segundo párrafo, vemos que su estructura corresponde a la de una proposición descriptiva, la cual define y fija como **criterio auxiliar**, y por lo tanto **NO principal**, entre otros, a “**la jurisprudencia**”.

Por otro lado, vemos que la estructura lingüística del primer párrafo del artículo 102 del CPACA, corresponde a una proposición prescriptiva, que ordena a las autoridades (y a los jueces), previa solicitud del interesado, extender

los efectos de las SUJ que hayan reconocido un derecho. Esto quiere decir, que una norma de carácter legal ha redefinido lo dispuesto en una norma de carácter constitucional, esto es, la jurisprudencia ha dejado de ser **mero criterio auxiliar**, y se ha posesionado como **criterio principal y directo** en la actividad judicial.

Una vez identificada que la incompatibilidad o antinomia normativa que se encuentra entre lo que dispone el párrafo segundo del artículo 230 constitucional y lo dispuesto en el párrafo primero artículo 102 del CPACA, procederemos a resolverla.

Para ello, utilizaremos la cláusula general fijada en el artículo 4 Superior, junto con los criterios de Bobbio (1993, pp. 204 y ss.).

¿CÓMO SE RESUELVE ESTA INCOMPATIBILIDAD?	
CONSTITUCIÓN POLÍTICA	BOBBIO
<p>Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. [...]</p>	<p>Son tres las reglas para resolver antinomias: (i) cronológico, (ii) jerárquico y (iii) de especialidad. Para este caso específico, el criterio aplicable es el jerárquico, que según el autor “[...] es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior: <i>lex superior derogat inferiori</i> [...]”</p>

De esta forma se logra identificar que los dos criterios convergen unívocamente, en el sentido que, en caso de incompatibilidad o antinomia normativa, prevalecerá siempre la norma de superior jerarquía. Por lo tanto, después del

análisis realizado podemos afirmar que la figura de extensión de jurisprudencia, contraviene disposiciones de la Norma Fundamental colombiana (Bobbio, 1993, p. 173) y, por tal motivo, debería salir del ordenamiento jurídico.

Conclusiones

Bajo el anterior análisis legal de la figura en comento, a través de las normas que la reglamentan, se logra constatar, en primer lugar, que el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha revalorizado el papel de la jurisprudencia, tanto que ha hecho de ella algo más que un mero criterio auxiliar de la actividad judicial (Hernández Becerra, 2011).

En efecto, la inclusión en el sistema jurídico contencioso-administrativo de las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, les da a estas un papel preponderante en el Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo dispuesto tradicionalmente en la Constitución Nacional, ya que obliga a los jueces y a los servidores del Estado a someterse a ellas al igual que lo hacen bajo el imperio de la ley. Esto permite inferir que, de conformidad con la normatividad analizada en la presente investigación, se ha concebido a la jurisprudencia como fuente directa y primaria del derecho administrativo y no un criterio auxiliar de él (Ricardo Segura, 2013).

No obstante, la Constitución Nacional, en su artículo 230, reglamenta y prescribe el Sistema de Fuentes del Derecho colombiano al señalar que: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. De modo que, con base en lo anterior, la única fuente directa y primaria de derecho en Colombia es la ley (ordenamiento jurídico); y por su parte, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina pertenecen a las denominadas fuentes indirectas o subsidiarias de derecho.

Así pues, el nuevo fenómeno de la extensión y unificación de la jurisprudencia distorsiona el sistema establecido dentro de la Cons-

titución, pues otorga y reconoce un papel distinto al establecido en esta, ya que, la expedición de una sentencia de unificación, en los términos del CPA-CA, la convierte automáticamente en “norma” de obligatorio cumplimiento para los jueces y autoridades administrativas, por lo cual abandona su categoría como criterio auxiliar de justicia, para pasar a ser fuente formal de derecho, desconociendo de manera directa el Sistema de Fuentes del Derecho dispuesto en la Carta Mayor.

La Constitución no reconoce que la jurisprudencia sea por sí misma creadora de derecho y, por tanto, aplicable a un caso. La jurisprudencia no crea, para normar, la relación jurídica sustancial de las partes, tan solo aplica la ley que la regula, de manera que no existe creación de derecho por parte de los jueces o del Consejo de Estado, sino aplicación e interpretación de él (Arboleda Perdomo, 2011, pp. 154 - 157). En consecuencia, en virtud del espíritu de la Constitución, los jueces y los servidores del Estado estarán siempre sometidos a la ley.

Ahora bien, el artículo 4 de la Constitución Nacional indica: “La Constitución es normas de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, **se aplicarán las disposiciones constitucionales**” (negrilla y subrayado fuera de texto). En virtud del análisis anterior, es evidente la incompatibilidad que existe entre la denominada “extensión de jurisprudencia” y el artículo 230 constitucional, puesto que, como ya se verificó anteriormente, se ha vulnerado el contenido axiológico, material y normativo establecido en ella. Por lo tanto, es viable afirmar que la figura jurídica estudiada es INCONSTITUCIONAL por el desconocimiento de fuentes formales establecidas en el artículo 230 de la Constitución.

A su vez, el análisis desde Bobbio arroja el mismo resultado que daría al confrontar el artículo 102 del CPACA y el 230 de la Constitución, a la luz del artículo 4 constitucional.

No obstante, enriquece la discusión el análisis desde la perspectiva del citado autor, en cuanto podemos determinar el error cometido por la Corte Constitucional, en la declaratoria de inexequibilidad de la norma.

La Corte falló, confundiendo al hacer equivalente la satisfacción de los criterios de (i) justicia y (ii) validez de la norma jurídica sub examine. Puesto que, el Máximo Tribunal entendió satisfechos los citados criterios únicamente por el hecho de haberse materializado y efectivizado valores y principios constitucionales, argumento que, a la luz de Bobbio, tiene, como único derrotero, demostrar la satisfacción del criterio de justicia, más no el de validez.

Referencias bibliográficas

- Arboleda Perdomo, E.J. (2011). *Comentarios al nuevo "Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2013"*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- Bobbio, N. (1993). *Teoría general del derecho*. Madrid, España: Editorial Debate.
- Bonnecase, J. (2000). *Introducción al estudio del derecho*. Bogotá – Colombia: Editorial Temis.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011. Artículos 10, 102, 269 y 270).
- Colombia, Congreso Nacional de la República (2009). *Gaceta del Congreso No. 1173 de 2009*, pp. 53 y ss. Recuperado el 14 de febrero de 2015, de http://compendiojuridicogtz.jimdo.com/app/download/3551492554/PROYECTO_DE_LEY_198%5B1%5D.pdf?t=1292299335
- Constitución Política de Colombia (1991). Artículos 2, 4, 13, 29, 83, 95, 113 y 209.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 539 de julio de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 634 de agosto de 2011, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 816 de noviembre de 2011, M.P.: Mauricio González Cuervo.
- Escobar Pérez, J. (2010). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá – Colombia: Editorial Temis.
- Hernández Becerra, A. “El nuevo código y la constitucionalización del derecho administrativo”. Recuperado el día 10 de septiembre de 2013, de HYPERLINK “<http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/2NUEVOCODIGO.pdf>” <http://consejodeestado.gov.co/publicaciones/Libro%20InstitucionesDerAdm/2NUEVOCODIGO.pdf>
- Hernández Becerra, A. “La jurisprudencia en el nuevo código”. En *Memorias del Seminario Internacional de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*, Bogotá, Consejo de Estado y Contraloría General de la República.
- López Medina, D. E. (2008). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Editorial Legis.
- Munar Castellanos, L. R., & Ortiz Arciniegas, L. R. (2011). *Nuevo régimen administrativo especial y procesal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Rebello de Sousa, M. (2013). *Derecho administrativo general: introducción y principios fundamentales*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Riascos Gómez, L. O. (2013). El acto administrativo. En el sistema de fuentes del derecho, la teoría del acto y en el procedimiento administrativo de 2011. Bogotá – Colombia: Editorial Ibáñez.
- Ricardo Segura, M. “Precedente jurisprudencial vs. Unificación jurisprudencial”. Recuperado el 11 de septiembre de 2013, de HYPERLINK <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/da4.pdf>”
- Zambrano Cetina, W. (2011). “Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del

Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo”. *En Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011.* Bogotá D.C., Consejo de Estado y Contraloría General de la República.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Las costumbres
País: Colombia, departamento de Antioquia

Institucionalidad como eje central de la política pública de prevención de la delincuencia juvenil en Boyacá, Colombia, desde la promulgación de la Ley de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006–*

■ Por: *Luisa Fernanda Martínez Paba***

Recibido: octubre 19 de 2015

Aprobado: noviembre 9 de 2015

Resumen

En el presente estudio se deduce que la causa más preponderante en el tratamiento de los adolescentes infractores en el país, caso Boyacá, es la falta de cooperación y conexidad institucional, que se refleja en los resultados estadísticos y en la reincidencia. Por tal razón, se propone enfatizar en la institucionalidad como una propuesta efectiva para la formulación de una política pública que proporcione una herramienta idónea y eficaz para combatir este flagelo, y articular, ordenar y dirigir las acciones preventivas en el corto plazo.

Palabras clave: Adolescentes, Boyacá, Colombia, Infractores de la ley penal, Institucionalidad, Política pública, Prevención.

* Resultado de investigación del grupo de investigación en Derechos Humanos y Victimología “Antonio de Montesinos” COL0161883, Universidad Santo Tomás, Tunja.

** Abogada con título honorífico *SUMA CUM LAUDE*, de la Universidad Santo Tomás de Aquino, seccional Tunja-Colombia; investigadora en estudios socio-jurídicos en responsabilidad juvenil en Colombia y América Latina. Ha participado en ponencias a lo largo del territorio colombiano sobre los adolescentes en vulnerabilidad e infractores en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia y en el Derecho Comparado. Actualmente se desempeña como delegada de la Casa del Menor Infractor en Tunja, para la concertación del diagnóstico y formulación de la política pública de prevención de la delincuencia juvenil en el Departamento de Boyacá, la cual será tomada como plan piloto en la formulación de la política nacional.
Correo electrónico: luisafer.marpa@hotmail.com

Institutionalism as the core of public policy to prevent juvenile delinquency in Boyacá, Colombia, since the promulgation of the Law on Children and Adolescents -Law 1098 of 2006

Abstract

In this article it deduces the most predominant cause of failing treatment in preventing juvenile offenders nationally, as in Boyacá, is the lack of institutional cooperation and conexity, which is reflected in the statistical results and recidivism; for this reason it is proposed to emphasize the institutional framework as an effective approach for the formulation of public policy; which is suitable and effective tool towards combating this scourge in Boyacá - Colombia, and why not, nationwide. It would be unthinkable fighting the root causes of juvenile crime from over 70 years directly in the short term, that is why it is better to tend towards articulate, organize and conduct disjointed preventive actions.

Key word: Adolescents, Boyacá, Colombia, Child offenders, Institutionalism, Prevention, Public policy.

Introducción

Colombia es país de innumerables problemáticas y desigualdades sociales, donde la dignidad humana y la justicia social se convierten en un paradigma utópico más que en una realidad alcanzable. Es así como la percepción del crecimiento de la criminalidad de los niños, niñas y adolescentes, en vigencia del Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, que instaura el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, se ha incrementado estrepitosamente.

La transformación paulatina de los sistemas de responsabilidad juvenil desde la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, en Iberoamérica, ha tenido gran influencia en Colombia, que implementó el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, estatuido por primera vez en la Ley de Infancia y Adolescencia. Esta Ley, de resultados desalentadores, abstracta en su formulación, con mandatos descontextualizados e instituciones inconexas que estructuran el sistema, expresa la necesidad de implementar herramientas para superar brechas legales e institucionales que engloban la disfuncionalidad del sistema *per se*.

Tal disfuncionalidad responde, entre muchos factores, a la carencia de un ente rector, o institución que regule, controle y vigile las acciones tendientes a garantizar la prevención y resocialización de los adolescentes infractores en Colombia. De allí la necesidad de formular una política pública de prevención de la delincuencia juvenil en el país, y específicamente en Boyacá, Colombia, que establezca una autoridad social reconocida, basada en la jerarquía y la cohesión, que articule las entidades que integran el Sistema de Responsabilidad Penal y que le apueste a una efectiva ejecución de la finalidad protectora, pedagógica y restaurativa del Sistema. Esta sería la postura apropiada en el balance costo-beneficio a corto y largo plazo,

más aún cuando frente a este tema no se ha formulado todavía una política nacional enfocada en la prevención, en combatir las causas generadoras y en aplicar el tratamiento correspondiente al adolescente infractor.

Ahora bien, la formulación de la política pública sobre prevención de la infracción en los adolescentes ha sido implementada en diversas normas en sentido material; esto es, Leyes de Convivencia Ciudadana 1450 y 1453 de 2011, Directriz del CONPES 3629 de 2009, artículos 41 y 204 de la Ley 1098 de 2006, razón por la cual, con un soporte y mandato legal, debe incluirse en la agenda pública departamental la formulación de una política pública eficaz de prevención de la delincuencia juvenil, cuyo eje sea la construcción de la institucionalidad, como estrategia orientada a hacer válido este postulado en un marco de garantía de protección integral y superior de la infancia y adolescencia. Es de anotar que las citadas normas ordenan que se asignen los recursos suficientes para poner en marcha esta política piloto a nivel nacional.

El método utilizado en el presente artículo es analítico, en el sentido que desarticula la infracción de los adolescentes infractores como problemática socio-legal, observando las causas de las infracciones, su reincidencia, la inconexidad institucional de los actores del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, la falta de cooperación y desarrollo legal, así como las falencias del sistema al que ingresan al cometer conductas al margen de la ley penal, para así entender la infracción en un todo, no solo desde la conducta misma sino desde la atmósfera donde se desenvuelve y se trata, siendo necesario conocer la naturaleza del fenómeno para comprender su esencia y así comprender mejor su comportamiento y proponer una nueva teoría para su tratamiento fallido, como lo es, en este caso, la propuesta de una política públi-

ca de prevención de la infracción de la ley penal con énfasis en la institucionalidad.

1. Problemática social de la infancia, la adolescencia y la juventud colombiana y boyacense en cifras

En Colombia, los niños, niñas y adolescentes, que en el trayecto de sus exiguos años de vida se desenvuelven al margen de la ley penal, con apelativos de victimarios por parte de la sociedad, ocultan una realidad lamentable: un entorno de vida en conflicto con la ley penal y muchas necesidades son la normalidad para ellos. Infringir los parámetros legales es una constante, más que un comportamiento extraño y reprochable.

Esto se debe a que los adolescentes en conflicto con la ley son quienes de primera mano experimentan la desigualdad social, la pobreza, la miseria, la vulnerabilidad, la exclusión de las oportunidades educativas y del mercado laboral formal y legal, la violencia intrafamiliar, el abuso sexual, la explotación laboral, embarazos tempranos y el uso excesivo de sustancias psicoactivas.

Por lo anterior, su precaria situación contradice la denominación de *sujeto de derechos y obligaciones*, la cual define la condición de los niños, niñas y adolescentes promovida en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (en adelante SRPA). Esta denominación es ilusoria en todo sentido en un país con tantas desigualdades y violencia como Colombia, que no garantiza los derechos de dicha población y donde los adolescentes desconocen sus obligaciones y las pasan por alto.

Es claro anotar que, dicho diagnóstico social, basado en algunas de las innumerables problemáticas presenciadas en Colombia, es direc-

tamente proporcional a la conducta infractora de los adolescentes y su reincidencia, toda vez que la problemática genera inestabilidad en la sociedad.

La anterior afirmación se sustenta en los estudios realizados por el Centro Especializado de Servicios para Adolescentes “CESPA”, cuyos resultados señalan las principales causas de la delincuencia en los adolescentes, sintetizadas, entre otras, en la falta de oportunidades ligada a los problemas económicos, el difícil acceso a la educación, la explotación laboral y el abuso sexual.

La irresponsabilidad, la indebida comunicación y la despreocupación de los padres por el estado de salud de sus hijos también inciden en que estos se inclinen por la vida al margen de la ley y, en consecuencia, caigan en la prostitución, el sicariato, el reclutamiento forzado y, sobre todo, el consumo y venta de sustancias psicoactivas.

Ahora bien, en el asunto que nos ocupa, la problemática social colombiana es francamente alarmante. Según cifras oficiales del ICBF, en su informe del año 2011 a la ciudadanía, de los 11.288.464 niñas, niños y adolescentes que hay en Colombia entre los 5 y 17 años, 1.742.612 están trabajando, lo que representa un 15.4 % de la población de estos sujetos de derecho; y lo más alarmante de esa cifra es que, en el rango de los 15 a 17 años, se concentra un 50,3 %, cifra que coincide con la cobertura escolar de la educación media o superior, grados décimo o undécimo, que a nivel nacional está en 42.55 % en el mismo período, deduciendo de lo anterior que los niños, niñas y adolescentes que no tienen acceso a la educación no ven otra salida que el ámbito laboral. Lo preocupante es la informalidad de dichos trabajos, y se evidencia que la línea entre la informalidad y la ilegalidad es muy delgada.

En Boyacá¹, la tasa neta de cobertura escolar superior es del 49,1 % en 2011 (ICBF, 2012); se resalta la promulgación de políticas sociales de educación, con énfasis en esta edad, ya que desde la perspectiva de los adolescentes infractores casi todos tienen un retraso escolar de entre cuatro y seis años (Jiménez, 2009).

En Colombia, especialmente en Boyacá, existe el llamado “*fenómeno de quinto grado*” el cual, según la Policía Nacional, representa cerca del 50 % del total de registro en estas edades en la comisión de infracciones por adolescentes; ocurre una situación similar con el grado undécimo, último de la educación escolar (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2013).

Según Moffit, referido por Palacios y Andrade (2007, p. 6):

Los problemas académicos, como el bajo rendimiento, el fracaso y la deserción escolar, tienen una relación directa con la conducta transgresora o antisocial en menores de edad con dificultades en el desarrollo de habilidades cognitivas; es decir, las deficiencias cognoscitivas interfieren con el desempeño académico, contribuyendo como factor de vulnerabilidad ante la conducta delictiva en la adolescencia y, posteriormente, a lo largo del ciclo vital.

La Policía Nacional, en su “Plan Unidos por la Vida”, afirma que la mayoría de los adolescentes infractores no cuenta con su ciclo educativo completo, lo cual es corroborado por algunos reportes de los operadores de la sanción de privación de la libertad, en centros de atención especializada del ICBF.

Es común encontrar que los adolescentes han desertado de la escuela por diferentes factores como la indisciplina, la exclusión, la des-

motivación, los problemas de aprendizaje, los problemas familiares, entre otros, lo cual incide en bajos niveles de escolaridad y analfabetismo (ICBF, 2011), y en algunos casos esta deserción guarda relación con la participación en grupos con conductas antisociales, bajas expectativas frente a la vida y consumo de sustancias psicoactivas (Ministerio de la Protección Social, 2009).

Según el “Análisis de la estrategia de protección a la infancia y adolescencia 2012-2013” de la Policía Nacional, el consumo de estupefacientes termina en muchas ocasiones en la comisión de conductas punibles, las cuales se pueden dar bajo tres escenarios: el primero se refiere a la necesidad de adquirir dinero para suplir sus necesidades adictivas; el segundo a la posibilidad que existe de materializar un ilícito al encontrarse bajo los efectos de sustancias psicoactivas; y el tercero está relacionado con intereses propiamente económicos (narcotráfico, microtráfico y narcomenudeo) (Policía Nacional, 2013).

Por lo anterior, no basta la simple persecución del delito sino que se requiere, simultáneamente a la judicialización, un proceso de garantía y restitución de sus derechos para asegurar que no vuelvan a caer en sus comportamientos delictivos. (Procuraduría General de la Nación, 2012).

Otra problemática latente son los delitos sexuales. El número de exámenes médico-legales por presunto delito sexual se incrementó un 47 % entre 2005 y 2011. El mayor número de exámenes (8.267) se presentó en 2011; de ellos, 90 % son dirigidos hacia mujeres de edades entre 12 y 17 años (ICBF, 2012).

1. Boyacá es uno de los 32 departamentos de Colombia. Está localizado en el centro oriente del país, siendo Tunja su capital. Su territorio ocupa una superficie de 23.189 km², es uno de los departamentos con mayor población en Colombia, con 1.405.112 habitantes para el año 2015, distribuidos en 123 municipios (DANE, 2005)

El departamento de Boyacá cuenta en ese lapso con 1.300 casos, alarmante cifra que constituye el 15 % de la totalidad de exámenes médicos presenciados en el país. Esta cifra es de alta complejidad, pues no se sabe con especificidad si es favorable porque indica que más adolescentes se sometieron a estos análisis y denunciaron, o es desfavorable porque muestra que se presentan cantidades desproporcionadas de abusos sexuales.

Igualmente, según la información contenida en la Encuesta Nacional de Demografía y Salud, ENDS, al observar la información relativa al embarazo adolescente para el 2010, un total de 19.5 % de adolescentes han estado alguna vez embarazadas. Colombia tiene el nivel más alto de embarazos en América Latina a 2013, ya que una de cada cinco mujeres, en edades entre 15 y 19 años, está embarazada.

Es evidente, además, que por el entorno socio-cultural que maneja, y las deficiencias presentadas por ser un país netamente violento, el más violento de América Latina según el informe del índice de Paz Global de 2013, el objeto

de dicha violencia se centra en población vulnerable y especial, como son los niños y adolescentes, pues solamente en 2010 se presentaron 4.527 casos de violencia, correspondientes al 33 % de la población de 0 a 17 años, con 2.080 casos en hombres, y 2.447 casos en mujeres en edades de 10 a 14 años, principalmente.

Los principales factores de esta violencia sectorial son la difusión de los grupos al margen de la ley y la falta de oportunidades educativas y laborales, acompañadas de la necesidad de supervivencia, pues son miembros de la sociedad que viven generalmente en la pobreza o en la miseria; además, según cifras del ICBF, alrededor de 18.000 niños, niñas y adolescentes están siendo reclutados por los grupos armados organizados al margen de la ley, en adelante en este texto – GAOML–.

Como consecuencia de los cambios políticos y sociales que se han venido suscitando en la últimas décadas en nuestro país, por la adopción de disposiciones de índole nacional e internacional,² se han generado paulatinamente desmovilizaciones de grupos de autodefensas

2. En el “ABC sobre la prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados”, proferido por la Organización Internacional para las Naciones (OIM) y La Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional - *United States Agency for International Development* (USAID)- y en el informe de la UNICEF, OIM, USAID y el Observatorio de la niñez del ICBF sobre “Enfoques alternativos para valorar la dinámica y el riesgo de reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por GAOML en Colombia” se recoge una antología de varios instrumentos internacionales y nacionales que desarrollan la prevención y control del reclutamiento forzado, especialmente frente a los niños, niñas y adolescentes, los cuales se compilan en ciertos apartes a continuación:

“-La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y sus dos protocolos facultativos relativos a: i) la participación de niños en los conflictos armados y ii) la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; al igual que el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las peores formas de trabajo infantil. De igual forma en 2008, Colombia acogió el Mecanismo de Supervisión y Presentación de Informes de la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que se ocupa de seis violaciones de los derechos de los niños, entre ellas, la vinculación de niños, niñas y adolescentes a las fuerzas de seguridad del Estado y a grupos armados que participen en hostilidades”.

“-La Ley 975 de 2005 cuyo objeto es facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de GAOML, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, señala que los niños, niñas y adolescentes víctimas de violación a sus derechos fundamentales, pueden acceder a la reparación; esta reparación tiene un carácter integral y comprende acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición”.

“-Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Art.29 Derecho al desarrollo integral en la Primera Infancia. Este reafirma el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes en el territorio nacional como

o paramilitares, y deserciones masivas de las guerrillas que, a su vez, han generado la conformación de bandas criminales en las que se encuentra una alta participación de niños, niñas y adolescentes.

Así, de la población total que integran a los GAOML,

[...] El 42% de los integrantes de las FARC –Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia– corresponde a menores reclutados, mientras que en el ELN –Ejército Liberal Nacional– el 44% de los insurgentes son menores de edad. En los grupos paramilitares, que de acuerdo con el informe “no se extinguieron” con el proceso de desmovilización de las AUC –Autodefensas Unidas de Colombia– que tuvo lugar entre el 2003 y el 2006, hay un 40% de reclutamiento infantil. Mientras que, en las BACRIM –Bandas Criminales–, la presencia de menores supera el 50% (Semana, 2012).

Ahora bien, según el observatorio de la niñez del ICBF, junto con la UNICEF, OIM, y

USAID, en su estudio de reclutamiento forzado culminado en 2013, el GAOML que cuenta con mayor cantidad de personas reclutadas en la niñez es las FARC con el 54.5%, esto es, un poco más de la mitad del total. A continuación se encuentran las AUC con el 31.6%, el ELN con el 11.2%, las BACRIM con 1.2% y la suma restante de grupos (ERP, EPL y ERG) con el 1,5% (ICBF O., 2013).

Los cambios novedosos que se han suscitado, según este informe, de 2011 a 2013, han sido, entre otros, la desaparición de los reclutamientos forzados por parte de las AUC, siendo coherentes con su desmovilización, al igual que proporcionalmente se ha venido dando una participación mayoritaria de niños, niñas y adolescentes en las BACRIM con el 8.1% en 2011, 10.5% en 2012 y 9.7% en 2013 (a junio) (ICBF O., 2013).

Algo un tanto satisfactorio es que, en los resultados de este estudio oficial entre los años 2011 a 2013, no se encuentran reclutados niños, niñas y adolescentes menores de 10 años. Sin embargo, el 25% de la población reclutada

sujetos de derecho. Armoniza las normativas internas con las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño, indicando que su naturaleza es pública, irrenunciable y de aplicación preferente”.

“Decreto 3046 de 2006. Otorga a la Agencia Colombiana para la Reintegración (ACR) la función de asesorar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en estrategias y políticas para prevenir el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes”.

“Decreto 4690 de 2007. Crea la Comisión Intersectorial para la Prevención del Reclutamiento y Utilización de Niños, Niñas y Adolescentes por Grupos Organizados al Margen de la Ley”.

“Decreto 1290 de 2008, el “Programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley” reconociendo el delito de reclutamiento ilícito como uno de los delitos que viola derechos fundamentales a los niños, niñas y adolescentes”.

“CONPES 3673 de 2010. Define la Política de prevención del reclutamiento y utilización de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y de grupos delictivos organizados. El horizonte de esta Política impulsa a las entidades a dar un paso de proyectos a intervenciones más programáticas, articuladas, coordinadas e integrales. Se presenta como un telón de fondo de las acciones e iniciativas de actores diversos para proyectar una imagen lejana a las armas y a la lógica de la guerra”.

“Ley 1450 de 2011. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, ‘Prosperidad para Todos’, en el cual, se plantea la priorización de los jóvenes para evitar su vinculación o reincidencia en la delincuencia, así como para fomentar su resocialización, lo cual dará impulso al logro de los objetivos propuestos en el documento CONPES 3673 y fomentará espacios y prácticas protectoras para niños, niñas y adolescentes en zonas de riesgo de utilización y reclutamiento”.

“Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, la cual fortalece las medidas jurídicas y administrativas de la Ley 975 de 2005, en materia de atención, prevención y protección mediante el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas”.

cuenta con 16 años de edad, constituyendo el mayor porcentaje.

De las anteriores cifras sobre el reclutamiento forzado, se infiere el aumento de la utilización de niños, niñas y adolescentes en esta nueva etapa del conflicto, en edades de adolescencia más que de niñez, en las BACRIM. Sin embargo, las FARC y el ELN siguen siendo los grupos armados con mayor número de niños, niñas y adolescentes reclutados en el país.

El departamento de Boyacá, de 2008 a 2013, contó con 26 reclutamientos. Aunque el nivel de estos reclutamientos no es tan representativo como en otros departamentos, hay que realizar seguimiento a las zonas donde se presentaron, y analizar la situación de victimización a la que permanentemente se encuentran expuestos los niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados al margen de la ley.

Cabe resaltar que Boyacá no está en el grupo de los 26 departamentos que distribuyen las alertas tempranas en prevención de reclutamiento de niñas, niños y Adolescentes 2011-2012 (ICBF O., 2013).

Es necesario priorizar el control de la prevención de tales reclutamientos pues en el CONPES 3673 de 2010 (a cinco años), se incluyó a Boyacá dentro de los departamentos donde existe fuerte presencia de victimización, por lo que la Procuraduría General de la Nación estima conveniente la creación de más centros zonales en estos departamentos y la vinculación de un número mayor de defensores de familia y grupos de asistencia técnica, así como de gru-

pos interdisciplinarios en los centros zonales y equipos con el mismo carácter de apoyo a estas autoridades (ICBF, 2012).

Alarmante, incluso, es la cifra de homicidios de esta población especial, procedente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la cual abarca el 50% de muertes por causas externas, cifra que va en aumento: pasó de 752 casos en 2005 a 1.199 en 2011 (ICBF, 2012).

En Boyacá, la problemática se centra en la desnutrición, la violencia intrafamiliar y el maltrato infantil. En la problemática de maltrato infantil, ocupa el cuarto lugar en el país, con 699 casos, de enero de 2012 a enero de 2013, por delante de Antioquia y de Valle, departamentos altamente conflictivos en los niveles de infancia y adolescencia (ICBF, 2013).

Boyacá es uno de los departamentos con mayores cifras de violencia intrafamiliar. Investigaciones sobre criminalidad indican que gran parte de la violencia existente en la sociedad tiene su origen en la violencia intrafamiliar y demás violencias que se gestan en el seno de la familia (violencia de género, maltrato infantil), las cuales influyen de forma directa o indirecta en la vinculación de niños y adolescentes al delito, entendiendo que es allí donde se adquieren los primeros esquemas y modelos en los cuales se estructuran las relaciones sociales de una persona (Policía Nacional, 2013).

Esta problemática se debe tratar mediante la puesta en marcha de políticas sociales que dirijan sus esfuerzos a la construcción y respeto de la institucionalidad³, con el fin de articular

3. Sergio Molina, en su obra *Una institución pública para la política social*, señala que “Cada vez se hace más evidente la necesidad de complementar las políticas universales con otras de carácter específico, especialmente aquellas dirigidas a grupos vulnerables como los niños, los jóvenes, la mujer jefa de hogar, los adultos mayores, los discapacitados y la etnia. Las políticas dirigidas a estos grupos requieren de la participación coordinada de distintas instituciones del Estado, ya que atraviesan horizontalmente la institucionalidad social. Ello rompe con la tradicional autonomía de los sectores, y hace necesario definir programas específicos en beneficio de determinados grupos, para los cuales las políticas de carácter universal raramente son eficaces”.

y recolectar los balances de estos programas, campañas y proyectos para evaluar su verdadera eficacia, y así obtener los resultados esperados.

Para que la institución encargada de la cohesión y atención a las instituciones tratantes de la prevención de infracciones de los adolescentes incentive la promoción de campañas, proyectos, políticas y programas, debe encaminarlas no solamente a los niños, niñas y adolescentes, sino, por mandato legal⁴, a la familia⁵, la sociedad⁶, la escuela⁷ y los medios de comunicación⁸, como medios primarios de control social y actores corresponsables⁹.

El Estado, como medio de control social se encargará, como *ultima ratio* en su competencia coercitiva, de amonestar y resocializar a este grupo poblacional especial por medio de sanciones punitivas, cuando existan infracciones consumadas¹⁰.

La última ratio estatal es el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Sin em-

bargo, dicho Sistema tiene falencias desde su constitución, pues carece de un ente rector que lo oriente, razón por la cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que es el encargado de dirigir el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, sin desmeritar su desempeño, presta sus funciones y recursos a un sistema que debería tener ente rector propio.

2. Necesidad de una política pública para contrarrestar la problemática integral en el tratamiento de los adolescentes infractores

De las estadísticas y cifras anteriormente estudiadas, se deduce indefectiblemente que existe una problemática latente, que el mensaje de las acciones de prevención del embarazo en adolescentes, violencia intrafamiliar, abuso sexual, trabajo infantil, reclutamiento forzado,

“Por la importancia de las políticas sociales como medio para incorporar la equidad en el proceso de desarrollo, y dada la complejidad cada vez mayor que presenta su formulación y ejecución, parece conveniente dotarlas de jerarquía y cohesión. En este artículo se plantea la importancia de contar con una autoridad social reconocida, así como la tienen la conducción económica y las relaciones exteriores” (Molina, 1995).

4. El artículo 15 del Código de Infancia y Adolescencia claramente estatuye que “Es obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, las niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos. Las autoridades contribuirán con este propósito a través de decisiones oportunas y eficaces y con claro sentido pedagógico” (Congreso de la República de Colombia, 2006).
5. Las obligaciones de la familia como corresponsable y primer medio de control social se enumeran en el art. 39 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.
6. Las obligaciones de la sociedad como corresponsable y medio de control social se enumeran en el art. 40 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.
7. Las obligaciones de la escuela o instituciones educativas como corresponsables y medios de control social se enumeran en los arts. 43 y 44 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.
8. Las obligaciones de los medios de comunicación como corresponsables y medio de control social se enumeran en el art. 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.
9. El artículo 10 del Código de Infancia y Adolescencia, sobre la “corresponsabilidad”, profesa que “Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes” (Congreso de la República de Colombia, 2006).
10. El artículo 41 N° 6 del Código de Infancia y adolescencia señala que es obligación del Estado “Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y los adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados”.

muerdes externas, desnutrición, pobreza, no están siendo efectivas, por la magnitud de las cifras oficiales.

Problemática que, aunada a la falta de compromiso y conexidad institucional en su prevención por parte de los medios de control social (familia, comunidad, instituciones educativas, medios de comunicación y Estado), ocasiona la comisión reiterativa de infracciones por parte de los adolescentes, siendo el Estado el responsable en última instancia del tratamiento de estos sujetos de derechos y obligaciones por medio del SRPA.

Como señala la cartilla del ICBF sobre el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, *ABC del SRPA*, “Nada más nocivo para el SRPA que cada actor o entidad se piense de manera aislada. Cada uno de ellos debe propiciar la articulación de sus actuaciones en función de los escenarios en los que transcurre el adolescente vinculado al Sistema” (ICBF, 2013).

Para contrarrestar la problemática integral en el tratamiento de los adolescentes infractores, se necesita articulación institucional para

visibilizar las problemáticas que trata cada entidad por separado, por medio de una política pública de prevención de la infracción de la ley penal en los adolescentes, especialmente en el Departamento de Boyacá.

Es así como, para implementar la política en mención, el primer paso sería, entonces, que por medio de su función administrativa¹¹ el gobierno departamental incluya, en la agenda política, la formulación de una política pública de prevención de infracción juvenil, basada en la institucionalidad como eje central.¹²

En el documento CONPES 3629 del 14 de diciembre de 2009, sobre el SRPA, se lee:

[...] la atención está presente en una dimensión preventiva, si se cuenta con una oferta institucional idónea, pertinente y estratégica que evite reincidencias y desincentive futuras conductas punibles [...] recomienda que, a futuro, se estructure una política orientada a la prevención de la delincuencia juvenil, que proteja a las y los adolescentes colombianos de ser cooptados y utilizados por redes ilícitas y organizaciones criminales.

11. “La función administrativa es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que esta se inscribe en la función ejecutiva, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 la Constitución Política” (Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Sentencia de 1.º de noviembre de 2007, Rad: 25000-23-24-000-2000-00772-01 Actor: Aceites y Grasas Vegetales S.A. –ACEGRASAS S. A.– Demandado: Ministerio De Agricultura y Desarrollo Rural y otro; Ref.: Recurso Ordinario de Súplica). Asimismo la Corte Constitucional señala al respecto “[...] La función administrativa activa es aquella por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe una administración pasiva o de control, cuya tarea no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de la gestión de la Administración activa. Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines” (Colombia, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia de Constitucionalidad C-189 de 1998 del 6 de mayo de 1998, Rad: D-1859; Ref.: se decide la exequibilidad de los artículos 80 (parcial) y 81 (parcial) de la Ley 42 de 1993, instaurada por la ciudadana Elsa Beatriz Tobón Duarte).

12. Según el artículo 202 del Código de Infancia y Adolescencia, concerniente a los objetivos de las políticas públicas de todo lo referente a infancia y adolescencia, enmarca dentro de los objetivos de las políticas públicas, entre otros, fortalecer la articulación interinstitucional e intersectorial.

Según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, son pocas las entidades territoriales que han incluido en sus planes de desarrollo departamental, municipal o distrital estrategias específicas para la infancia y la adolescencia, y, en particular, para el SRPA.

Lo anterior debido a que, son pocos los concejos municipales o distritales y las asambleas departamentales que han cumplido efectivamente la función establecida en la Ley 1098 de 2006, especialmente en su artículo 204, derivado de la verificación en la correspondencia del plan de desarrollo e inversión en los resultados del diagnóstico sobre infancia y adolescencia.

3. Institucionalidad, la propuesta efectiva para la formulación de la política pública de prevención de la infracción de la ley penal por parte de los adolescentes infractores en el Departamento de Boyacá

Como bien lo señala Jorge Iván Cuervo, experto politólogo, buena parte del déficit de políticas públicas, en el caso colombiano, está en la constante renovación instrumental, que hace el gobierno, de los objetivos y las metas. Esto lleva a que grandes temas, como el de la inseguridad, la desigualdad y la pobreza –en este caso la criminalidad juvenil–, no terminen nunca de resolverse por falta de acciones estratégicas de mediano y largo plazo con alto nivel de consenso por falta de políticas del Estado.

Lo ideal sería enmarcar la política pública en nuestro Plan Departamental de Desarrollo, pues hasta la fecha de esta publicación, no se han implementado a nivel nacional¹³ los lineamientos de la política de prevención de delincuencia juvenil.

Según los artículos 287 y 288 de la Constitución Política de 1991, las entidades territoriales son autónomas para la gestión de sus intereses, y para la formulación de políticas públicas; asimismo, los departamentos se invisten de autonomía para “la administración de los asuntos seccionales, y la planificación y promoción del desarrollo económico y social”. Además, el artículo 74 de la Ley 715 de 2001 les otorga a los departamentos la posibilidad de elaborar políticas públicas en otros temas distintos al de educación.

En suma, los departamentos tienen competencia para planificar y orientar las políticas de desarrollo y de prestación de servicios públicos en el departamento y coordinar su ejecución con los municipios.

Es así como la política pública departamental de prevención de la delincuencia juvenil es el instrumento estratégico más ágil, directo y eficaz y está legalmente determinada para incluirla en la agenda pública y formularla en el plan departamental de desarrollo, convirtiéndose en palabras de *Muller* (Muller, 1998), en un mecanismo de mediación social que el gobierno departamental debe incorporar en su proceso de toma de decisiones.

Con más trascendencia, es de resaltar que en las metas del cuatrienio en el Plan Departamental de Desarrollo 2012-2015 *Boyacá se atreve*,

13. En el arreglo institucional colombiano, el gobierno nacional es el encargado de formular las políticas públicas en consonancia con el Plan Nacional de Desarrollo, sin perjuicio de las competencias que corresponda a las entidades territoriales en un margen de acción bastante restringido, sobre todo en lo que se refiere al gasto social que se ejecuta por medio de políticas sociales financiadas con los recursos de transferencias del Sistema General de Participaciones (Ley 715 de 2001) (Cuervo, 2012).

en el eje 2.6.2.4 sobre la “Prevención a la vulneración de derechos a niños, niñas y adolescentes en riesgo delictivo del departamento de Boyacá”, el objetivo se consolidó en adoptar una política pública de prevención de la infracción de la Ley penal de las y los adolescentes en riesgo delictivo.

Adicionalmente, la entidad territorial que incluya el SRPA en sus planes de desarrollo podría apalancar la oferta de atención con recursos de regalías directas. Estos recursos podrían ser empleados, siempre y cuando los modelos de atención de los adolescentes en el SRPA se operen por terceros y correspondan a rubros de inversión. Igualmente, destinarse a fortalecer los servicios de infraestructura del Sistema (CONPES, 2009)

En estos planes se encuentran lineamientos generales de política pública que deben ser desarrollados en el nivel de las secretarías departamentales o municipales. Según la ley orgánica del plan de desarrollo, estos deben ser traducidos en planes de acción institucional (Cuervo, 2012).

Por este motivo, es un deber y una prioridad del Estado administrador relacionar las políticas sectoriales y transversales orientadas al cumplimiento de las políticas públicas, especialmente, las que tienen que ver con la prevención de la delincuencia juvenil, en este caso a través de lo que se podría llamar una asociación institucional.

Para articular políticas sectoriales y transversales se requiere un enfoque amplio de coordinación social que articule instancias gubernamentales e intersectoriales con la sociedad civil.

Una orientación de este tipo debe respaldarse en un Estado administrador que fortalezca las nuevas formas de gestión social, que privilegie la edificación de redes interinstitucionales y una novedosa cultura organizacional abierta.

La carencia de instancias intersectoriales de coordinación se traduce en riesgos de superposición de políticas sociales con un mismo fin, que aisladas se desentienden de la correlación que entre sí mismas deben profesar, y cuyo funcionamiento resulta ineficiente e incapaz de contribuir al mejoramiento del bienestar social y a disminuir las brechas sociales existentes.

Es indispensable la presentación de estrategias claras y fácilmente realizables que conduzcan a la disminución real y tangible del riesgo. Por ello, un objetivo fundamental que se encamina es que en estas instancias ya se esté formulando, en el plan de desarrollo de este gobierno departamental 2012-2015, la inclusión de la política pública de previsión y prevención de la infracción de la ley penal de los adolescentes infractores en el Departamento de Boyacá.

Sin embargo, una política pública en sí, que combata todas las causas generadoras de infracciones, para prevenir la criminalidad juvenil, tampoco es el medio correcto; sería prácticamente impensable en esta etapa inicial, más aún, cuando cada institución se desliga de su corresponsabilidad al carecer de un ente rector y jerárquico que la regule con cohesión.

Tal medida tiene que basarse en un eje central que sea efectivo en la lucha de asegurar los derechos y garantías de los adolescentes infractores de la ley penal, que en últimas, haga más efectivo el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Boyacá, materializando la aplicación de la justicia restaurativa, finalidad del Sistema, y haciendo cierta la prevención especial del infractor, cristalizada en la resocialización que sería la demostración tangible del funcionamiento del Sistema.

El mensaje que se quiere transmitir es que, formulando una política pública de prevención de la delincuencia juvenil en Boyacá, mediante

la institucionalidad¹⁴ que consolide la prevención y resocialización del adolescente infractor, articulando las instituciones, se lograría aplicar correctamente el modelo penal juvenil de justicia restaurativa que trae consigo el Código de Infancia y Adolescencia, propendiendo por la efectiva resocialización de los adolescentes, fin último del Sistema.

4. Fundamento legal de la política pública de prevención de la delincuencia juvenil en Boyacá a través de la institucionalidad

El CONPES 3629, con una vigencia de cinco años, impulsó, en 2009, las falencias del Sistema que reclamaban ser resueltas por medio de una política pública de prevención de infracciones de adolescentes, política que a la fecha no se ha impulsado.

Los documentos CONPES, señala Cuervo, constituyen un buen ejemplo de lineamientos de política en una fase mucho más desagregada pero que todavía no alcanza a ser política pública (Cuervo, 2012).

La Procuraduría, por medio de sus informes y avances preventivos, también recomendaba en sus directrices impulsar una política de prevención, a través de la institucionalidad y la articulación de las entidades que integraban el SRPA.

Asimismo, el Código de Infancia y Adolescencia, la Ley 1098 de 2006, la Ley de Convivencia Ciudadana 1453 de 2009 y la Ley de Juventud 1622 de 2013, hacen un llamado a la correcta formulación de políticas públicas

sobre las problemáticas de infancia y adolescencia, especialmente La Ley de Convivencia Ciudadana hace referencia a la promulgación de una política pública de prevención de la delincuencia juvenil.

Más aún, existen propuestas de la UNICEF y la Organización de las Naciones Unidas, quienes, por medio de la resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990, adoptaron y proclamaron parámetros clave para la prevención de la delincuencia en niños y jóvenes.

La prevención de la infracción de la ley penal por los adolescentes infractores ha tenido despliegue directamente proporcional con la percepción de la sociedad sobre el incremento de los adolescentes en la comisión de infracciones de la ley penal en Colombia. La primera respuesta fue el impulso del Código de Infancia y Adolescencia que creó el Sistema de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, así como las normas reglamentarias y las Leyes 1450 y 1453 de 2011 de Convivencia Ciudadana, la Política Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, la Directriz del CONPES 3629 de 2009 y las Directrices de la Procuraduría General de la Nación.

Conclusiones

La falta de recursos, compromiso social y articulación por parte de las instituciones, y sobre todo la carencia de una entidad rectora contradice el modelo minimizador penal juvenil que trae el Código de Infancia y Adolescencia, materializado en la justicia restaurativa, cuya finalidad protectora, pedagógica, restaurativa y

14. Institucionalidad, entendida como la concepción de un sistema de relaciones de naturaleza política en donde se vinculan los actores del sector público, sean servidores de la gobernación, alcaldías, secretarías, colegios, universidades, operadores judiciales, que propendan por la unidad del sector y mantengan una relación activa con el campo privado y la comunidad en general.

resocializadora no se logra cumplir, al no existir corresponsabilidad de las entidades encargadas de esta competencia.

El conjunto conformado por la problemática socio-cultural, las necesidades insatisfechas y la ineficacia misma del sistema genera, indudablemente, un incremento en la criminalidad por parte de los adolescentes colombianos, al no poder cumplir la función preventiva y resocializadora, lo que hace necesario impulsar una “Política Pública de Prevención de la Delincuencia Juvenil” con un eje central en el respeto a la institucionalidad.

Es un tanto imposible por la magnitud que conlleva, atacar por medio de esta política pública las causas generadoras de la criminalidad juvenil, más aun con la problemática que se vive en Colombia; se requiere a su vez, formular la política pública en comento, en la cual su eje central sea articular, regular, organizar y responsabilizar a los actores del Sistema, por medio de la construcción de la institucionalidad, en donde el respeto, la jerarquía y la cohesión, por parte de una institución rectora, estructuren al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y lo enfoquen en el modelo de justicia restaurativa efectiva, que indefectiblemente daría resultados positivos, previniendo la criminalidad juvenil.

Referencias bibliográficas

- (ICBF), O. I.-U. (2013). ABC sobre la prevención del reclutamiento de niños, niñas y adolescentes por parte de grupos armados organizados al margen de la ley y grupos delictivos organizados. Bogotá: ICBF
- Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T-510 de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- Constitución Política De Colombia. (2011). Bogotá: Legis.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2011). La prestación de servicios a la comunidad. “Una sanción con oportunidades para desarrollar procesos de Justicia Restaurativa en el Sistema colombiano de Responsabilidad Penal para Adolescentes”. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- ICBF (2012). La Justicia restaurativa en el Sistema colombiano de Responsabilidad Penal para Adolescentes Bogotá. ICBF
- Alzate, S. A. (2010). Políticas Públicas en Colombia, insuficiencias y desafíos. Bogotá: Repositorio institucional Universidad Nacional
- Arboleda, V. M. (2011). Código Penal y de Procedimiento Penal. Bogotá: Leyer.
- Barbeito, M. Z. (2009). ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Coruña: Universidad de Coruña.
- Beloff, M. (1999). Responsabilidad penal juvenil. Ponencia de Mary Beloff en el marco del II Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional. Buenos Aires: Instituto Interamericano del niño, niña y adolescente
- Beloff, M. (2002). Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual. Buenos Aires: Instituto Interamericano del niño, niña y adolescente
- Betancour, N. A. (2004). Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito. Bogotá: TEMIS.
- Bruñol Cillero, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional “Justicia y Derechos del Niño” . Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Disponible en http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf
- Bruñol, M. (2006). Comentario a la ley de responsabilidad penal de adolescentes. “Justicia y Derechos del Niño”. Santiago de Chile : UNICEF
- Burgos, K. (2013) Reportaje Noche de patrulla en Soacha. Bogota: Emisora Universidad del Rosario - Plaza Capital.
- Casas., R. A. (1999) Hacia una nueva institucionalidad. Instituto interamericano para la agricul-

- tura. San José de Costa Rica. Editores: Rafael A. Trejos-P.Lizardo de las Casas. Editorial AGROAMERICA
- Centro de Servicios Jurídicos Especiales para Adolescentes de Tunja, CESP.A. (2013) Informe Estadístico de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Tunja. CESP.A.
- Congreso de la República de Colombia, C. (2006). Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia.
- CONPES, C. N. (2009). Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes – SRPA: Política de Atención al Adolescente en Conflicto con la Ley. Bogotá: Consejo Nacional de Política económica y social CONPES
- Colombia, Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad C-740 de julio 23 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Constitucionalidad C-738 del 23 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional Colombiana, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C-740 del 23 de julio de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia de Constitucionalidad C 203 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá.
- Couso, J. (2007). Principio educativo y (re)socialización del derecho penal juvenil. “Justicia y Derecho del Niño”. Disponible en: http://catalogo.amag.edu.pe/web/html/Programa_PAP/Couso_Princi_Resocializa_De-rec_Pen_Juve.pdf
- Cuervo, J. I. (2012). Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental. (Una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana). En Varios, Ensayos sobre Políticas Públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Deubel, A. N. (2012). Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Deus, A., Lamas, B., & Palummo, J. (2006). El proceso penal juvenil en el Uruguay a partir del código de la Niñez Y La Adolescencia. “Justicia y Derechos del Niño”. Disponible en: <http://www2.convivencia.edu.uy/web/wp-content/uploads/2013/12/El-proceso-Penal-Juvenil-en-Uruguay-a-partir-del-C%C3%B3digo-de-la-Ni%C3%B1ez-y-Adolescencia.pdf>.
- Elbert, L., Fabiana Reyes, & Virginia Vasile. (2002). Situación normativa de la personas menores de 18 años imputadas de la comisión de un delito. Buenos Aires: Unicef.
- García, M. D., Martín, E., Torbay, Á., & Rodríguez, C. (2010). La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores. España: Oviedo.
- Gómez, A. S. (2004). La institucionalidad social en Colombia: la búsqueda de una descentralización con centro. Santiago: Naciones Unidas, CEPAL, División de Desarrollo Social.
- González, C. (2003). Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social . Chile: Universidad Austral de Chile
- Villaveces Murillo, E (2010) Sistema de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Bogotá: Fundación Universidad Autónoma de Colombia.



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Nuestras montañas
País: Colombia, departamento de Antioquia

Índice de autores anteriores

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 3 No. 1

- *Acciones y herramientas mínimas para hacer frente al contexto generalizado de desaparición forzada de personas en México (caso Ayotzinapa)*
Omar Huertas Díaz, Filiberto Eduardo R. Manrique Molina, Cecilia Correa de Molina, Denise Herreño Castellanos
- *Política pública constitucional para la sobredimensión de los derechos de las mujeres en la ciudad de Bogotá, en el período comprendido entre 1994 y 2015*
Nayibe Paola Jiménez Rodríguez
- *Internationalité de l'arbitrage: Bref aperçu du panorama latino-américain et suisse*
Alejandro Follonier-Ayala
- *Hacia una criminología para la protección de los derechos humanos*
Yenifer Yiseth Suárez Díaz
- *Consecuencias sociales de ser etiquetado al ser arraigado y posteriormente liberado. Primera parte: fundamento legal del arraigo constitucional*
Karina Flores Rodríguez
- *Validez y eficacia del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano*
Laura Victoria Cárdenas Rojas
- *Políticas públicas en derechos humanos para la niñez en el conflicto armado colombiano: una revisión histórica*
Marcela del Pilar Rodríguez Palacios
- *Migración irregular. Aproximación: doctrina internacional y jurisprudencia penal colombiana a partir de la Constitución de 1991*
Óscar Eduardo Silva Gómez

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 2 No. 2

- *Aproximaciones conceptuales básicas a la adaptación al cambio climático en Colombia.*
Juan Rodrigo Vega Henao
- *Ruta procesal y papel que juega la Defensoría de Familia del ICBF, en el SRPA. “Una clara vulneración a los principios de contradicción y de publicidad del derecho procesal”*
Lina Marcela Acevedo Correa, Ana María Mazo Gutiérrez
- *TIC para la reintegración de excombatientes de grupos armados irregulares en Colombia*
Sandra Liliana Torres Taborda, Efraín José Martínez Meneses
- *Actores políticos locales en Medellín: El bipartidismo y los críticos*
César Augusto Giraldo Ceballos
- *Proyecto de cero papel en la modernización de la jurisdicción contencioso-administrativa*
Luis Yesid Villarraga Flórez, Erick Rincón Cárdenas

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 2 No. 1

- *El tratado para lograr la paz perpetua en Europa del Abad de Saint Pierre y su contexto histórico*
Oscar Mauricio Castaño Barrera
- *Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*
José Saúl Trujillo González, Sergio Andrés Giraldo Galeano
- *Too soon to foresee the reality of global law. International Criminal Law Constitutes the Sole Field Where the promise of Global Law Provides Solid Ground*
Juan Daniel Jaramillo Ortiz
- *El proceso de paz con las FARC-EP, 2010-2013: descripción y análisis sobre el tema procedimental*
Germán Darío Valencia Agudelo, Claudia Gisela Bedoya Tobón
- *Derechos patrimoniales de herencia y de existencia*
Juan Rodrigo Vega Henao
- *Competências constitucionais ambientais no federalismo brasileiro*
Aluísio Celso Affonso Caldas
- *Alcance de las sentencias de unificación del consejo de estado y la corte constitucional en sede administrativa a la luz de la ley 1437 de 2011*
Luis Yesid Villarraga Flórez
- *Violencia política y violencias privadas, un análisis desde la perspectiva de Stathis Kalyvas sobre las lógicas y las teorías de la violencia y el conflicto interno armado de Colombia*
Diego Andrés Montoya Calle
- *Antecedentes jurídico-políticos del código penal colombiano de 1890*
Yecid Echeverry Enciso

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 1 No. 2

- *Garantías judiciales. Una mirada desde el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Grupo Sistema Interamericano Colisión de derechos grupales y derechos individuales. Estudio de casos*
Yesid Echeverry Enciso, Jorge Andrés Illera Cajiao
- *Improcedencia de la caducidad en las acciones resarcitorias por delitos de lesa humanidad*
Juan Esteban Montoya Hincapié
- *El derecho penal como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano*
Luz Elena Mira Olano
- *Acercamiento al conflicto social, su etimología y su conceptualización desde la sociología. Una delimitación teórica del concepto y sus autores*
Andrés Felipe Lopera Becerra
- *Contratos conexos: fundamentos y efectos*
Fernando Gandini Ayerbe
- *Contraste y comparación de la ciencia política frente a un caso particular. Primera parte*
Luis Miguel Obando Tobón
- *El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿derecho humano o concesión graciosa de los “tolerantes”?*
Namiko Matzumoto Benítez, Luis Eduardo Coronel Gamboa

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 1 No. 1

- *Elementos teóricos para el análisis de procesos de paz*
Oscar Mauricio Castaño Barrera
- *Los derechos sociales constitucionales de las personas privadas de la libertad en Colombia (I)*
Carolina Restrepo Múnera
- *Libertad e igualdad en la teoría de la justicia de John Rawls*
Yesid Echeverry Enciso – Jorge Andrés Illera Cajiao
- *Guerras por la humanidad: problematizando el componente humanitario de las intervenciones militares*
Luis Eduardo Giraldo Lopera – Juan Fernando Oliveros Ossa
- *El uso alternativo del derecho: una propuesta para pensar y repensar la práctica judicial*
Sergio Andrés Giraldo Galeano
- *Sujeto y sociedad a partir de los análisis de Foucault sobre la relación saber-poder*
Luis Antonio Ramírez Zuluaga
- *Ciudadanías del Miedo: El caso de Medellín 2004-2007*
Juan Fernando Olivero Ossa

- *Los derechos fundamentales como acción colectiva. Una mirada desde las luchas por el derecho al agua en Colombia y Medellín*
Edward Alexander Niño Viracachá

REVISTA CONFLICTO & SOCIEDAD VOL. 1 No. 0

- *Una reflexión en torno a Oración por la paz, de Jorge Eliécer Gaitán*
Juan Camilo Galeano Sánchez
- *Aproximación teórica al fenómeno del Abstencionismo Electoral*
Cesar Augusto Giraldo
- *¿Quiénes y por qué votan en Medellín? Comprobación empírica de las teorías del comportamiento electoral en las elecciones por Alcalde en Medellín 2007*
John Fredy Bedoya Marulanda
- *El matrimonio entre parejas del mismo sexo y su derecho a formar una familia: Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*
Namiko Matsumoto Benitez
- *Doctrina social de la Iglesia en el marco de los derechos humanos*
Wilberto Therán Lopera
- *Proyecto perfil académico y permanencia en los programas de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta*
Docentes Unisabaneta



Tema: En vía de extinción
Autor: Camilo Alberto Molina Martínez
Título: Nuestras montañas
País: Colombia, departamento de Antioquia

Guía para los autores

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicado, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no ha sido publicado o propuesto en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o Internet.

Las personas interesadas en publicar en la revista “Conflicto & Sociedad” de la Corporación Universitaria de Sabaneta deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Enviar el artículo inédito, en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabenta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G.
- El orden de los artículos debe ser el siguiente:
 - a. Título y Subtítulo (si lo hubiere) del artículo. Se señalará con un asterisco en el título, la naturaleza del artículo y el título de la investigación con un pie de página. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación terminada. La entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización. Cuando se trate de investigaciones en curso el año en que esta inició.
 - b. Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera:
Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación (código Colciencias) al que se encuentra vinculado y línea de investigación, así como dirección de correo electrónico.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Introducción: En esta se debe incluir de manera breve la metodología que se expone en el desarrollo de la investigación y que da cuenta de los resultados del artículo que se pone a consideración. Desarrollo del artículo, conclusiones y lista de referencias.
- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas en tamaño carta, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente

justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.

- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas en normas APA (Asociación Americana de Psicología) última edición. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista *Conflicto & Sociedad*, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista *Conflicto & Sociedad*, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.
- Cuando no se tenga vinculación con la Corporación, deberá anexarse un resumen de la hoja de vida.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Colciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.

Guide for authors

People who submit articles to any of the publications of the University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, in order to be published, must attach the texts to a signed statement indicating that the texts are unpublished and authorship has not been published or proposed in other means of disclosure. This article authorizes the Corporation to publish the article in print, on the Internet or electromagnetic means.

Those interested in publishing in the “Conflicto & Sociedad” of the University Corporation for Sabaneta must comply with the full requirements of the following:

- Send the unpublished paper, in magnetic media, to the email address of direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co, addressed to Jose Saul Trujillo G.
- The order of the articles should be:
 - a. Title and subtitle (if any) of the article. It shall be marked with an asterisk in the title, the nature of the article and the title of research with a footnote. Here you specify whether the item is a finished product research. The entity has financed the research and shooting date. In the case of ongoing investigations in the year this started.
 - b. The data of the author should be marked with two asterisks in the full names as follows:
Education: Titles and institutions that granted, institutional charge current, research group (Colciencias code) to which it is connected and online research and email address.
- On a piece of text should be written an analytical summary of the article in English and Spanish, not exceeding 150 words in each language, and 6-10 key words in both languages.
- Introduction: This should include briefly the methodology outlined in the research and development that accounts for the results of the article put into consideration. Development article, conclusions and list of references.
- Articles should have a maximum of 25 pages in letter size, font Times New Roman 12 pt, footnote 10 points or Arial in the same dimensions, duly justified, with double spacing, with a margin on all four edges 2.5 cm, letter size.
- It is mandatory the use of quotations and citations in APA standards (American Psychological Association) latest edition. The list of references must match the fonts used in the article.

Guide for authors

- In the event that the text contains Excel tables, charts or diagrams, or Submissions must be attached in a separate file in Word and Power Point or in the case of images in jpg format.
- Pages must be numbered in the lower right corner, starting with the title page.
- The submission of an article by the author Conflicto & Sociedad magazine, implies that he certifies and shows that it has not been published in any other medium or likewise is running for another publication, or has been accepted for publication in another journal, thereby transferring copyright to the Conflicto & Sociedad magazine for their respective publication in print and online.
- When there is no link with the Corporation, a summary of the resume must be attached.

The selection of items is done through an editorial committee that internally makes its internal review of the type of article according to the category of Colciencias, in the case of original articles. When the article does not correspond to any category or meets the requirements listed below, it will be returned to the author. Likewise, a review by an external pair, who will be chosen on a discretionary basis by the editorial committee, will be held. Following the same concept favorable or favorable with adjustments will proceed to a final review or adjustments respectively by the author for its publication. In case of unfavorable concept, it will be returned to its author.

Conflicto & Sociedad



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y suscripciones
Oficina editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Conflicto & Sociedad



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y suscripciones
Oficina editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Conflicto & Sociedad



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y suscripciones
Oficina editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.



Conflicto & Sociedad
se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S., en diciembre de 2015

