

# ESCENARIOS ESTUDIANTILES

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

Escenarios Estudiantiles / Sabaneta, Colombia / Vol.1 N° 2 / Julio-diciembre de 2015 /pp. 150 / ISSN 2462-9529

**FONDO EDITORIAL**  
Unisabaneta 

  
**Unisabaneta**<sup>®</sup>  
Innovación y Emprendimiento para la Paz



**Revista ESCENARIOS ESTUDIANTILES**  
Volumen 1, número 2, Julio-Diciembre de 2015  
**ISSN: 2462-9529**

Publicación de la Corporación Universitaria de Sabaneta  
Periodicidad semestral

Hernán Moreno Pérez  
**Presidente de la Asamblea de Corporados**

Juan Carlos Trujillo Barrera  
**Rector**

Carlos Mario Ramírez Betancur  
**Vicerrector Académico**

Lina Marcela Acevedo Correa  
**Directora de la publicación**

Juan Carlos Marín Castillo  
**Editor**  
Juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

John Jairo Ortiz  
**Traductor**

#### **Caratula**

Imágen tomade: [www.ibiblio.org/wm/paint/auth/pollock/pollock.key.jpg](http://www.ibiblio.org/wm/paint/auth/pollock/pollock.key.jpg)

#### **Impresión, diagramación e ilustración:**

Editorial Artes y Letras S.A.S.  
Calle 76 # 45 A 38  
Tel: (4) 372 77 16  
Itagüí-Colombia

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

#### **Comité Editorial**

- Juan Carlos Marín Castillo – Editor. [juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co](mailto:juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co) Corporación Universitaria de Sabaneta. Especialista en Derecho Constitucional, Magíster en Derecho Universidad de Antioquia, Doctorando en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín – Colombia.
- Lina Marcela Acevedo Correa, magíster en Derecho – Universidad de Medellín. Medellín – Colombia. .
- Juan de Dios Uribe Zirene, magíster en Administración de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín - Colombia.
- Jorge Mario Franco Vélez, magíster en Derecho Privado © - Universidad Nacional de Rosario, Rosario – Argentina.
- Ana Alejandra González Restrepo, doctora en Administración Educativa – American Andragogy University, Honolulu-Hawai
- Jesús Obed Londoño, magíster en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia
- José Saúl Trujillo González, magíster en Derecho Público, Universität Konstanz. Konstanz – Alemania.
- Misael Tirado Acero, postdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires – Argentina.
- Jessica Inés Barrios Ramírez, Doctorando en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires – Argentina.

#### **Comité Científico**

- William Alberto Ramírez Silva.
- Doctor en Psicología. Universidad Maimónides. Buenos Aires - Argentina
- Gustavo Beltrán Valencia, magíster en Derecho Universidad de Medellín. Medellín – Colombia.
- Luz Elena Mira Olano, doctorando en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires – Argentina.
- Omar Huertas Díaz. Ph.D © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Atlántico - Colombia
- Lorenzo Cotino Hueso. Doctor en Derecho. Universidad de Valencia. Valencia - España

Fecha de impresión: diciembre de 2015

Tiraje: 1.000 ejemplares

Canje: Biblioteca Corporación Universitaria de Sabaneta,

Teléfono: (574) 301 18 18 ext. 152

Correo electrónico: [canje@unisabaneta.edu.co](mailto: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 el orden 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 una 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**

**Verdad**  
**Bien común**  
**Justicia**  
**Solidaridad**  
**Honestidad**  
**Dignidad humana**  
**Cooperación**  
**Coexistencia 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, social and environmental awareness.

## **Values**

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

# Contenido

	<b>Presentación</b>	7
	<b>Mi otro yo</b>	11
	<i>Malena Carrasquilla Zapata</i> <i>Erika Restrepo Ramírez</i> <i>Alejandro Uribe Salazar</i> <i>Profesor: Sergio Giraldo Galeano</i>	
	<b>Consentimiento informado en menores con intersexualismo</b>	27
	<i>Jhon Fredy Álvarez</i> <i>Miguel Rhenals</i> <i>Catalina Muñoz Correa</i> <i>Profesor: Juan Carlos Marín Castillo</i>	
	<b>Análisis de la ley 789 de 2002, un enfoque desde la afectación al trabajador</b>	43
	<i>Alejandra Giraldo</i> <i>Omar González</i> <i>Andrés López</i> <i>Alejandra Ocampo</i> <i>Profesora: Denis Contreras</i>	
	<b>Responsabilidad de los establecimientos educativos públicos de educación formal básica y media del municipio de Sabaneta en la adecuación y aplicación en los manuales de convivencia de los mecanismos de prevención y mitigación del acoso escolar o matoneo de acuerdo con la de la ley 1620 de 2013 y el decreto reglamentario 1965 de 2013</b>	61
	<i>Robinson Caballero Fontecha</i> <i>Sandra Milena Gallo Gil</i> <i>Diana Patricia Rodríguez Saavedra</i> <i>Profesor: Juan Rodrigo Vega Henao</i>	
	<b>Sabaneta, entre el desarrollo y la contaminación “El precio que paga la comunidad”</b>	79
	<i>Diana Patricia Quintero Gaviria</i> <i>Laura Patricia Toro Álvarez</i> <i>Cesar Augusto Mejía</i>	

---

**Fortalecimiento de la comunicación organizacional en la contraloría municipal de Itagüi** 95  
*Lucas García Arboleda*  
*Alba Inés Ospina Montoya*

---

**Clúster, una ventaja competitiva de frente al libre comercio** 109  
*Mónica Arcila Cobo*  
*Juan David Boborquez Londoño*  
*María Fernanda Díaz López*  
*Daniela Ruiz Campillo*  
*Daniel Bernal Donado*  
*Sebastián Pulgarin Hoyos*

---

**Desmovilización y justicia transicional: la función de la pena debe garantizar los derechos humanos** 121  
*Edison E. Vélez Guisao*  
*Liliana Moreno Arias*

# Presentación

Se pone a consideración de la comunidad académica el segundo número de Escenarios Estudiantiles, que en su calidad de órgano difusor de los resultados de los ejercicios investigativos de los estudiantes de UNISABANETA, divulga aquellos trabajos que se destacan por su calidad, la pertinencia de las temáticas desarrolladas y la profundidad de las conclusiones planteadas.

En este número los lectores encontrarán, además de los resultados de los trabajos de proyecto integrador, proyecto línea de investigación y clínica jurídica, artículos de las especializaciones en Alta Gerencia Estratégica y en Derechos Humanos y Litigio Internacional, y del Semillero de Investigación CENICO adscrito a la Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales de UNISABANETA. De esta manera se amplían las temáticas a publicar en este medio, lo cual evidencia el carácter pluralista e interdisciplinario del mismo.

La Institución pretende con esta publicación afianzar el modelo constructivista social que se ha planteado como misión, toda vez que a través de estos ejercicios se confronta la teoría con la realidad en sus diversas manifestaciones.

Valga la oportunidad para invitar a todos aquellos que quieran hacerse partícipes, a que se vinculen con sus artículos y reflexiones fruto de procesos de investigación formativa.

# Presentation

It is to be considered by the academic community the second number of Student Scenarios, who as a diffuser body of the results of the research exercises students UNISABANETA, broadcast those works that stand out for their quality, the relevance of the thematic developed and depth of the findings raised.

In this issue, readers will find, in addition to the results of the work of integrating project, project line legal research and clinical, articles of specializations in High Strategic Management and Human Rights and International Litigation, and the Seed of CENICO assigned to Research School of Business and Management Sciences UNISABANETA. Thus the thematics to published are extended in this means, which shows the same pluralistic and interdisciplinary character of it.

The organization aims to strengthen with this publication the social constructivist model that has arisen as a mission, since through these exercises theory is confronted with reality in its various manifestations.

This is an opportunity to invite all those who want to become members, to link themselves with their articles and reflections resulting from the formative research process.

## **Misión de la revista**

La revista Escenarios Estudiantiles, con ISSN 2462-9529, editada por la Corporación Universitaria de Sabaneta, tiene como propósito ser un espacio para la divulgación de resultados de investigación de estudiantes de la Institución y demás Instituciones de educación superior, con la finalidad de convertirse en un escenario de diálogo que fomenta la discusión en torno a la investigación formativa.

## **Mission of the magazine**

The Student Scenarios magazine with ISSN 2462-9529, published by the University Corporation of Sabaneta, has as a purpose to be a space for the dissemination of results of the students research of the institution and others Institutions of higher education, in order to become a scenary of dialogue that promotes discussion about formative research.



# Mi otro yo\*

*Malena Carrasquilla Zapata\*\**

*Erika Restrepo Ramírez\*\*\**

*Alejandro Uribe Salazar\*\*\*\**

*Profesor: Sergio Andrés Giraldo Galeano\*\*\*\*\**

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## **Resumen**

Por medio de este artículo pretendemos en primer lugar hacer una diferenciación de los transgénero dentro de la comunidad LGTBI, para de este modo establecer sus rasgos característicos y poder así lograr determinar que visión tiene la comunidad médica de esta población y que garantías ofrecen para la concreción de su real identidad; es acá donde se encuentra el eje central de este artículo, pues se pretende analizar como esa limitada regulación, esconde tras de sí un dispositivo homogeneizador de los géneros.

**Palabras Claves:** Comunidad LGTBI; Género; Identidad; Transgenerismo.

---

\* Artículo producto de trabajo académico desarrollado en la materia Proyecto Integrador I en el Semestre 2015 -1, de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\* Estudiante de primer semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\* Estudiante de primer semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\* Estudiante de primer semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\*\* Abogado de la Universidad de Antioquia; Candidato a Magister en Derecho de la misma Universidad; Docente vinculado de tiempo completo a la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

## ***The other me***

### ***Abstract***

Through this article we first make a differentiation within the LGBTI transgender community, to thereby establish their characteristics and thus ensure what vision has determined the medical community of this population and what guarantees are provided for the realization of its real identity; here it is where the focus of this article is to analyze it as such limited regulation, hides behind itself a homogenizer device gender.

**Key words:** LGTBI community; gender; identity; transgenderism.

## Introducción

Considerar el transgenerismo como uno de los dilemas bioéticos, entendidos estos como las apreciaciones que la ciencia médica da sobre el tratamiento de ciertos aspectos de la vida; y comprender su relación con el derecho; resulta de gran interés en la actualidad por los cambios que, al respecto, se han producido en el discurso médico. Después de mucho debatir en torno a categorías como trastorno y conducta homosexual, el transgenerismo ha sido definido en los últimos años por la comunidad médica como *disforia de género*, es decir, un desacuerdo entre la identidad del sujeto y su morfología física. Ahora bien, el diagnóstico de la disforia de género exige una amplia investigación que incluye el trabajo interdisciplinario de todo un equipo de trabajo del sector salud para poder determinar la viabilidad para la realización de intervenciones, que no sólo involucran múltiples cambios físicos, quirúrgicos, hormonales, psicológicos; sino también de adecuación del entorno cultural y del marco legal que rige tales procedimientos.

En primer lugar es preciso aclarar que el género no es una construcción social, tampoco está definido por las características físicas (genitales) de los individuos y menos aún puede considerarse una expresión de homosexualidad. Es por eso que cuando el desarrollo físico y mental comienza en las etapas posteriores del crecimiento, y todas apuntan a una identidad transgénero, se hace entonces pertinente la inclusión a la comunidad, con unas garantías necesarias para poder desarrollarse plenamente como individuo dentro de su realidad, enfrentando un conflicto de valores morales con distintas perspectivas. Es aquí donde la bioética entra a participar, como un instrumento que puede ayudar a encontrar diferentes posibilidades en soluciones médicas para la concertación de la identidad de género, bajo unos principios éticos que le permitan al transgénero identificarse en cuerpo y alma con su sexo.

Se hace ahora imperioso que el derecho intervenga, y se pronuncie con un discurso claro,

encaminado a reglamentar el efectivo acceso por parte de esta comunidad a los recursos que les permitan lograr la correspondencia entre la identidad mental y física de su género.

Para darle contenido a lo expuesto anteriormente, se ha propuesto como objetivo general, analizar las tensiones que se presentan entre las consideraciones médicas en torno al transgenerismo, y el no reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico colombiano, del derecho a la identidad sexual de la comunidad transgénero, como discurso que esconde un dispositivo homogeneizador de los géneros humanos.

En aras de satisfacer este objetivo, este artículo se divide en tres momentos:

En primer lugar se realizará una definición de transgenerismo en relación con la comunidad LGTBI, a fin de establecer sus rasgos característicos. En segundo lugar se expondrán las consideraciones médicas con referencia al transgenerismo, y las garantías que se le brindan a esta comunidad para construir un nivel de vida plena. Finalmente, en la tercera parte de este trabajo, se estudiarán las consecuencias de la no regulación de la identidad transgénero por parte del ordenamiento jurídico colombiano, y por qué esta ausencia normativa actúa como dispositivo homogeneizador.

Se trata del resultado de una investigación de enfoque cualitativo o comprensivo modalidad documental, con predominio de la técnica de revisión de documentos, para lo que se utilizó como instrumento la guía de revisión documental. Para ello esta investigación se ha apoyado en autores como MICHEL FOUCAULT, quien en libros como *“Historia de la sexualidad, La voluntad del saber”* (1998), refleja como el discurso sobre el sexo y la apropiación de este por los medios de poder, funciona como dispositivo homogeneizador, en tanto pretende desnaturalizar conductas que no tienen el fin deseado (FOUCAULT, 1998).

Siguiendo esta misma ruta se estudió a Giorgio Agamben, que en el libro *“Homo sacer, el poder soberano y la nuda vida”* (1998), donde manifiesta:

“que la vida del hombre como naturaleza está siendo puesta en medio del juego del poder, delimitando la existencia del individuo a un poder soberano ejercido a través del derecho, reduciéndolo a la nuda vida” (Agamben 1998).

En el estudio, “*Genero, Información Básica*”, Lynn Conway, 2006, se desarrolla ampliamente las diferentes concepciones del transgenerismo en la historia, afirmando que este era inexistente, una construcción social, o lo vinculaban con la comunidad LGTBI, resumiendo el transgenerismo a simple inclinación sexual.

Por su parte, en el libro, “*Por la salud de las personas trans*”, Walter Bockting y Joanne Keatley (2011), se expone la idea de transgénero, como la no correspondencia del género con las expectativas asignadas al sexo y las necesidades de ser objeto de atención por parte de las autoridades. Los autores plantean la existencia de una definición de transgénero desligada de discursos de poder y optan junto con las organizaciones internacionales de medicina, por crear una gran variedad de soluciones asistenciales a la concreción de la real identidad. Ello está acorde con la Constitución política de Colombia, que en sus Artículos 13 y 14, establece que todas las personas son iguales ante la ley, y el Estado debe garantizar sus derechos y proteger especialmente a los grupos marginados o minorías, en pro de alcanzar el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica.

## **I. El transgenerismo en relación con la comunidad LGTBI**

### **Comunidad LGTBI y sus características**

Antes de la revolución sexual de los años 1960, no había ningún término común que no fuera despectivo para los no heterosexuales. Magnus Hirschfeld desarrolló la teoría del tercer sexo, intermedio entre varón y mujer. Se interesó en el estudio de una amplia variedad de necesidades sexuales en una época en la que la denominación de las identidades sexuales aún estaba en formación. Sus trabajos científicos extendieron los de Karl Heinrich Ulrichs y Richard von Krafft-Ebing e influenciaron los de Havelock Ellis y Edward

Carpenter; siendo Hirschfeld y su teoría quien incluye el travestismo diferente al homosexualismo. (Magnus Hirschfeld, 1926).

El primer término ampliamente utilizado, homosexual, adquirió en la cultura anglosajona connotaciones negativas, por lo que se tendía a reemplazarlo por homófilo en los años 1950 y 1960 y posteriormente por gay en los años 1970.

Cuando las lesbianas empezaron a construir su propia identidad, el término «gays y lesbianas» se generalizó. Aunque esta agrupación no fue del agrado de toda la comunidad lésbica. La organización Daughters of Bilitis se separó en 1970 debido a la dirección en la que debían centrarse: el feminismo o los derechos homosexuales. Las feministas lésbicas tomaron como prioridad la igualdad de género, percibiendo como patriarcales las diferencias de roles entre hombres y mujeres. A esto pronto se le unió la petición de los transexuales y después la de bisexuales y personas transgénero, de ser reconocidos como parte integrante de la gran comunidad.

No fue hasta los años noventa que se comenzó a tratar con el mismo respeto y con igualdad a los grupos y personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales dentro del movimiento LGBT.

Valga aclarar que LGBTI es una sigla que distingue conjuntamente a lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales. En sus inicios y con la sigla LGB se designaba para incluir lesbianas, gays y bisexuales y en el transcurso de los años se fue incluyendo más letras como la T y la I, para denominar a travestis e intersexuales, término que más adelante será definido. “LGTBI” (SERRANO, 1997).

### **Lesbianas**

La palabra lesbiana procede de la isla de Lesbos en una región pequeña de Grecia, donde provienen las mujeres guerreras o Amazonas que vivieron en la Isla y entablaron grandes batallas con ejércitos de hombres, eran llamadas Amazonas debido a que se les cercenaba un seno derecho con el fin que pudieran manejar muy bien el arco.

El término de lesbiana se utiliza para hacer referencia a una mujer homosexual que siente atracción sexual, física, emocional y sentimental hacia las mujeres únicamente.

## **Gay**

El término anglosajón gay, hoy en día, es sinónimo de homosexualidad y fue popularizado en 1939 por el autor Cary Grant en la película *Bringing up baby*.

En este contexto, gay se refiere específicamente a hombres con una orientación sexual exclusivamente hacia otros hombres (GLAAD, 2010).

## **Transexuales**

Denomina a individuos, conductas, y grupos, centrados en la transformación parcial o total de roles de género, así como en tratamientos de reasignación genital (las cuales pueden ser sólo hormonales o involucrar distintos tipos de alteración quirúrgica). La transexualidad es característica por presentar una discordancia entre la identidad de género y el sexo biológico (GLAAD, 2010).

## **Bisexuales**

Bisexual se refiere a las personas que se sienten atraídas hacia personas de ambos sexos. La bisexualidad cubre cualquier orientación sexual entre homosexualidad y heterosexualidad (GLAAD, 2010).

## **Intersexuales**

Descripción de una persona cuyo sexo biológico es ambiguo. Hay muchas variaciones genéticas, hormonales o anatómicas, que hacen que el sexo de una persona sea ambiguo (por ejemplo, síndrome de Klinefelter). Los padres y los profesionales de la medicina suele asignar los bebés intersexuales un sexo y realizar procedimientos quirúrgicos para conformar el cuerpo del bebé a la asignación. Esta práctica se ha convertido en cada vez más controvertida como adultos inter-

sexuales hablan en contra de la práctica. En muchos casos, el límite entre intersexualidad y transexualidad es difícil de definir, y algunas personas caben en las dos categorías. (GLAAD, 2010).

## **Comunidad Transgénero**

Las personas Transgénero conforman la comunidad LGBT identificados con la letra T, que es la inicial de Transexual o travesti, ambas son de la identidad transgénero, sin embargo el concepto no sería el mismo.

Estas comunidades o movimientos pretenden conseguir que sean tenidos en cuenta a través de normalización social, equidad e igualdad de derechos. Estos movimientos iniciaron desde la década de los 60 hasta nuestros días.

El movimiento gay inicia con los disturbios stonewall en 1950, poco después se creó el frente de liberación gay; en 1969 se crea Alianza de activistas gay (GAA), EN 1970 se realiza la primera marcha gay.

Otros símbolos del transgénero son la mariposa alterada con colores en rosa o azul que hace una referencia a la transición de género. Otro simbolismo de la comunidad transgénero es el Taijitu, como representación del yin y yang alterado en color azul y rosado para representar los géneros binarios y la complementación, equilibrio y armonía de ambos géneros". (Helm, 2014).

## **Diferencia entre los tipos de trans**

Los transgénero son las personas que en diferentes formas se identifican con el género opuesto al de sus características de sexo genital. Las personas transgénero aceptan su identidad de género pero no necesariamente son personas transexuales, estas últimas son aquellas que están haciendo o han hecho una conversión de sexo, de hombre a mujer o de mujer a hombre.

En otras palabras, para ser transgénero no hay que modificar el cuerpo con cirugías o intervenciones médicas. Todos los transexuales son transgénero, pero no todos los transgénero son

transexuales; y aunque los travestis están asociados a la transexualidad, su comportamiento es el de una persona que expresa a través de la forma de vestir, un rol de género socialmente asignado al sexo opuesto.

Al delimitar las diferencias existentes entre los tipos de *trans*, este artículo está focalizado a la comunidad transgénero, pues para estos lo importante es encontrar un equilibrio entre la identidad de su género psicológico y físico.

El concepto transexual se refiere a la existencia de un conflicto con el género “biológico” con la identidad de género del individuo. Es decir, una persona transexual es aquella que encuentra que su identidad sexual está en conflicto con su sexo orgánico, biológico. De modo que transgénero es aquella persona que modifica permanentemente su expresión de género (hombre a mujer o viceversa), vive y se relaciona con la sociedad desde su género adoptado con nombre e identidad. Puede o no modificar su cuerpo con el uso de hormonas, aceites o cirugías; puede ser homosexual, bisexual o heterosexual.

### ***Cómo las consideraciones genéticas y psicológicas convierten al transgénero en un dilema bioético***

Una de las primeras búsquedas se realiza en el ámbito biológico, según la Asociación Mundial de Profesionales para la Salud Transgénero (WPATH), las evidencias en que se basan no resultan suficientes para establecer conclusiones definitivas al respecto; se puede mencionar que aunque el 99% de los fetos se desarrollan normalmente con genes masculinos (cromosomas XY) o femeninos (cromosomas XX), en cada 200 o 400 nacimientos algo ocurre en la etapa temprana de la gestación, que hace que las hormonas sexuales no tengan una acción usual en la integración del cerebro del feto. En estos casos los niños nacen con un sexo neurológico y una identidad de género innata, opuesta a la que indican los genes y sus genitales. Los doctores y los padres miran los genitales del bebe y simplemente lo declaran niño

o niña. Todo parece indicar que se desarrollaran como hombre o mujer.

Sin embargo, la comunidad médica-psiquiátrica, específicamente la Asociación Americana de psiquiatría (APA), desde los años 70 ha dudado sobre el término que se debe utilizar para referirse a los transgénero, y apoyados en los DSM (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), consideraron que el término más apropiado entre “desorden por incongruencia de género” y “disforia de género”, era este último, por ser un desacuerdo entre la identidad sexual y la morfología física, esta apreciación ha llevado a realizar diferentes estudios psicológicos que argumentan que este trastorno puede afectar la autoestima y los comportamientos individuales (amaneramientos, vestuario) y sociales (elección de compañeros sexuales).

Para la psiquiatría la disforia de género, es un trastorno mental, que ha sido aplicado en trastornos bipolares, psicóticos y de personalidad. Destinar este concepto al género, tiene como consecuencia un cuestionamiento del individuo sobre si está sufriendo o no un trastorno mental, o tal vez, se podría cuestionar más bien la normatividad que es usada por la psiquiatría como un medio de exclusión y coerción en las personas que se salen de la norma. Precisamente, Foucault, en “*la Historia de la Sexualidad*”, plantea como el poder se apropia del discurso sobre el sexo para desnaturalizar las conductas que se salen del fin deseado (Foucault, 1998); por esa razón diagnosticar con trastorno mental a las personas con identidad y expresiones de género diversas, olvidando que su experiencia puede estar marcada por un sufrimiento.

Homi Bhaba, en “*El lugar de la Cultura*” (1994), habla sobre la reflexión que debemos hacer en ideas que mantenemos como verdades absolutas, considera que es necesario dejar ir los convencionales sistemas de clasificación humana de las clases de género para acercarnos a otras realidades (Bhaba, 1994).

El diagnóstico de disforia de género dentro de las clasificaciones psiquiátricas es un argumen-

to con repercusión ética, que se utiliza como dispositivo de control sobre los individuos que son diagnosticados y patogeneizados.

En efecto, las consideraciones médicas del trato que se debe dar a los transgénero bajo los diferentes protocolos establecidos psiquiátrica y físicamente, se traducen en una “ética” humanista, que pretende tener como fin aliviar el sufrimiento de los pacientes que declaran sentir un dolor por su desacuerdo entre su identidad y morfología física. En ese momento, la bioética entra a enlazar el conocimiento biológico, con una reflexión crítica, analítica, comparada y sancionada, por valores biojurídicos y de la relación del transgénero con la sociedad; es un puente entre la salud del ser humano y el ecosistema.

Estos discursos médicos convierten a la comunidad transgénero y su problemática en un dilema bioético, porque su relación médico-paciente se basa principalmente en aplicar principios de esta disciplina como son la beneficencia y la justicia. La beneficencia es la obligación de actuar por el bien del paciente, visto no solo desde la parte física sino como persona integral; este principio es difícil de respetar en los transgénero por razones culturales y porque presenta en muchos casos pro y contra en virtud a su dignidad. Mientras tanto la justicia trata de disminuir las situaciones de desigualdad que se presentan frente a la sociedad.

### **Garantías asistenciales al transgénero**

La visibilización externa (cambios estéticos), no es una cuestión obligada para todos los transgénero, sin embargo, se hace necesario la mayoría de las veces que su imagen refleje lo que sienten; por eso la comunidad médica interviene con una diversidad de posicionamientos físicos y psicológicos, que ofrecen pocas garantías en la asimilación del sexo sentido.

### **Hormonales y Cirugía**

En la década de los 60 el endocrinólogo estadounidense HARRY BENJAMIN elaboró criterios

diagnósticos para los casos *trans*, y en 1979 fue establecido un protocolo oficial para los tratamientos de reasignación de género, este protocolo denominado “*Standards of Care for Gender Identity Disorders*” (SOC), es una asistencia que puede incluir la atención primaria, ginecología, atención urológica, opciones reproductivas, la voz y la terapia de comunicación, servicios mentales, hormonal y tratamientos quirúrgicos. *Asociación Mundial de Profesionales para la Salud Transgénero (WPATH)*

Las personas transgénero pueden elegir expresar su identidad de género de formas distintas, para los que desean conseguir unos cambios físicos permanentes, pueden usar tratamientos hormonales y cirugía. Habrá que aclarar que conseguir estas cirugías requiere por lo menos de dos informes de recomendación: uno realizado por un profesional experimentado en salud mental y el otro por un especialista médico que afirme que la cirugía es el modo adecuado de tratar el paciente.

Las garantías médicas varían dependiendo de la edad de comienzo del tratamiento, pues no es lo mismo tratar de generar cambios en un adolescente que en alguien que pasó los 40 años. Por esta razón es importante tener claridad sobre los perjuicios y beneficios para no crear falsas expectativas.

### **El Test de la Vida Real**

La comunidad médica, como voz autorizada en materia de salud, ha creado el Test de la vida real (WPATH-SOC, 2001), como requisito indispensable para acceder al derecho de una cirugía de cambio de sexo. Este test se basa en tener una experiencia de la vida real, viviendo en el papel del sexo deseado en todos los aspectos de la vida, adecuando su imagen corporal y su lenguaje oral en cada una de las circunstancias diarias. Este requisito es necesario para verificar si se cumple o no con los criterios que están establecidos para el género en el que anhelan vivir.

En este proceso se inicia una lucha entre las imposiciones de la cultura de género y la resisten-

cia que debe tener el individuo para soportar normas y regulaciones de género, donde se intenta disciplinarlo para que recite las normas y parezca lo más normal posible. Adriana María Ruíz en *“La Violencia del derecho y la Nuda Vida”*, da claridad sobre el pensamiento de Michael Foucault, entendiendo *“la norma como una forma de posesionarse de la vida en general, desde lo orgánico hasta lo biológico, desde el cuerpo que se quiere disciplinar, hasta la población que se quiere regularizar”* (Ruiz, 2012).

Este dispositivo de control insertado en la vida de un individuo que se encuentra lleno de miedos, angustias, discriminación, y que además es juzgado, escudriñado y aislado, es comparable con el Musulmán a que refiere Agamben, en *“El Poder Soberano y la Nuda Vida”* (I -1998), cuando describe lo define como un *“No-hombre, que resiste el sometimiento a la voluntad del otro, perdiendo toda conciencia de sí mismo, convirtiéndose en Muerto-Viviente”* (Agamben, 1998).

Este test es un juego de poder, donde la autoridad médica es la encargada de proveer al individuo del género y de apropiarlo de la normatividad que le puede permitir acceder a todas las dinámicas sociales. Así, el transgénero se convierte en un agente social según Pierre Bourdieu y de una forma consciente, se auto somete a las normas impuestas (Bourdieu, 2004), ya no importa que considere innato el género que reclama, sólo aguanta esa violencia y dominación con una sumisión que le da eficacia a esas normas impuestas legitimando esa forma de poder.

Tomando un fragmento de Hannah Arendt, escrito por Adriana María Ruiz en la Nuda vida, podemos expresar en pocas palabras

Como un hombre se puede transformar en una cosa, en algo que ni siquiera son los animales:

... el verdadero espíritu puede ser destruido sin llegar siquiera a la destrucción física del hombre; y que desde luego el espíritu, el carácter y la individualidad, bajo determinadas circunstancias, solo parecen expresarse por la rapidez o la lentitud con la que se desintegran” (Arendt, citada por Ruiz, 2010).

El poder y la dominación a la que se ven sometidos los transgénero, puede considerarse una forma de violencia donde lo único que importa es anular al más débil, degradar su individualidad, aislándolo de sus verdaderos derechos. El totalitarismo que se impone en desmantelar de su personalidad a esta comunidad los convierte en víctimas.

## **II. La protección de la dignidad humana y el respeto a la diversidad sexual como elementos constitutivos de una Vida Plena para la comunidad transgénero**

En la cotidianidad existen elementos que prometen encontrar un sentido para la vida, justicia para un pueblo, un futuro feliz y perfecto. Y, sin embargo, esos elementos formadores de una vida plena, especialmente como son la dignidad y el respeto, son ideales peligrosos para la comunidad transgénero, porque para aplicarlos en la consecución de sus derechos se hace casi necesario pasar por un camino de violencia, de limpieza étnica, exterminio... La confianza que se pone en creer que estos elementos van hacer tomados en cuenta para la construcción de una vida plena, es directamente proporcional a la crueldad que se utiliza para hacerlos realidad, como nos permite visualizar Giorgio Agamben, en *Homo Sacer*, *“al hombre que no puede ser sacrificado ritualmente, pero puede ser asesinado por quien sea, sin que ello implique un homicidio, un hombre que esta desprotegido y reducido a la incertidumbre de su mera existencia física”*. (Agamben, 2010).

En Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha permitido ampliar, extender los derechos de los transgénero, ejemplo de ello son sentencias como la T-876 de 2012 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla donde se establece el derecho a la salud y la vida digna, por lo cual se ordena a la EPS autorizar cirugía de cambio de sexo y demás procedimientos médicos necesarios; la T-918 de 2012 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio donde se establece que la “reasignación sexual” a la que

una persona decide someterse, con el objeto de adecuar su estado psicosocial al físico y, de ahí, vivir en el sexo con el que se identifica plenamente, constituye, de forma innegable, una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales; estas sentencias, aceptan que la falta de correspondencia entre ambos sexos impide vivir una Vida Plena.

Por su parte la investigadora Julieta Lemaitre, en *El amor en tiempos de cólera: Derechos LGTBI en Colombia* expresa “*Lo que está en juego en los derechos no es solo el sentirse bien con uno mismo, de la autoestima, sino el poder dar un significado social a la propia vida, ponerle nombre a su convivencia, a su cotidianidad*” (Lemaitre, 2009)

La forma de vida que los transgénero buscan, la expresa Agamben, en *Medios sin fin*, es “*una vida que le permite al hombre convertirse en un ser de potencia, que puede hacer o no hacer, fracasar o triunfar, perderse o encontrarse; ya que el hombre es el único ser en cuyo juego siempre está su felicidad*” (Agamben, 2001).

El concepto de dignidad humana está formado por componentes sociales, espirituales, biológicos e intelectuales que ayudan a crear una armonía interna para construir una calidad de vida más digna.

### **III. Del por qué la limitada regulación de la identidad transgénero en el ordenamiento jurídico colombiano, funciona como dispositivo homogeneizador**

La pretensión de homogeneización, que es el común denominador de los ordenamientos jurídicos, no es ajena al ordenamiento colombiano, como lo dice RUIZ en el libro “*Tensiones en las decisiones en salud pública en el sistema de salud pública colombiano*”, pues poseer la capacidad de normalización, o más bien, de “*poseer el saber/poder de nor-*

*malización que distingue y clasifica la normalidad o anormalidad de las conductas y las existencias, del trabajo y los afectos de la población*” (Ruiz, Foucault, 2014), se ha convertido sin duda alguna en el fin a perseguir.

El propósito develar en este punto como el ordenamiento jurídico colombiano se ha apropiado de ciertos mecanismos o discursos para consolidar su poder, y como por medio de la gestión de la vida, y en nuestro caso, el no reconocimiento de la identidad de los transgénero, realmente está consolidando la idea de homogeneización, y de control sobre el cuerpo y así de la vida.

Así reducir la soberanía o el fundamento del derecho, a la existencia de la vida (nuda vida), permite dar soporte a la idea, de la necesidad de controlar esa nuda vida, y no solo sus expresiones políticas, manifestaciones de la sexualidad como el transgenerismo se inscriben a la perfección dentro de esas expresiones que necesitan ser reprimidas, es aquí donde el poder, entendido como el ordenamiento jurídico, al limitarse, o al no regular a cabalidad la identidad de los transgénero, lo que busca realmente es reprimir, pues, “*lo propio del poder es ser represivo y reprimir con particular atención las energías inútiles, la intensidad de los placeres y las conductas irregulares*” (Foucault, 1998), siendo así la represión el fundamento de la homogeneización y la base de la relación entre poder, saber y sexualidad.

### **Discursos de poder como expresión de la biopolítica**

Retomando la idea tratada anteriormente, se abordará el concepto de biopolítica, entendida como “*el proceso mediante el cual la vida pasa a ser el centro de la política*” (Foucault, 1998). Como eje central de este concepto de poder o de manejo del poder, vemos que están la vida, el cuerpo, la sexualidad, y así todos los discursos que este poder esconde, o en los que más bien este poder se soporta, para justificar su decisión de ignorar conductas y comunidades que no se inscriben dentro de los parámetros establecidos por él; toman pues estos discursos un valor extraordina-

rio, y terminan volviéndose en la mayoría de los casos, los unos un simple elemento servil de los otros.

A partir del siglo XIX, se dio una gran apertura en torno al tratamiento y la forma de hablar de cierto temas, especialmente de la sexualidad, pero realmente lo que se pretendía, o escondía detrás de esta supuesta apertura, era que los discursos generados, no fueran discursos reales, sino hacer del sexo y del manejo del cuerpo algo propio, para así teniéndolo en su terreno poder delinearlos y controlarlos, fijando la normalidad. Unos “*discursos encubridores que equivaldrían a evitación*” (FOUCAULT, 1998). Veamos algunos de estos dispositivos:

## Capitalismo

Pregunta Michael Foucault

¿Acaso la puesta en discurso del sexo no está dirigida a la tarea de expulsar de la realidad las formas de sexualidad no sometidas a la economía estricta de la reproducción: decir no a las actividades infecundas, proscribir los placeres vecinos reducir o excluir las prácticas que no tiene la generación como fin? (Foucault, 1998)

El capitalismo funciona como el discurso de poder con más fuerza, que se ha erigido como el nuevo dios, es él, quien determina tanto a estados, como a sociedades, dictando las directrices sobre todos los aspectos y diciendo a estos como deben regirse. El capitalismo se posesiona tan fuertemente en el centro de todo que vuelve al cuerpo un objeto dentro de la función o relación de producción, a partir de las relaciones impuestas por el capitalismo, se comienza a controlar a la sociedad no solo como un todo, sino que trajo consigo la posibilidad de apropiación de la nuda vida como lo dice Agamben, : “*no suprime la vida sagrada, sino que la fragmenta y disemina en cada cuerpo individual, haciendo de ella el objeto central del conflicto político*” (Agamben, 1998). En efecto, al tomar la vida de los ciudadanos en su forma más elemental, que Agamben denomina *zoe*, divide a la sociedad en porciones tan pequeñas de simple

existencia física, que empiezan a dar la apariencia de inexistencia.

Por ende, la sexualidad no escapa al control del capitalismo; como de una forma magistral lo enuncia Foucault en su pregunta, es necesario excluir las sexualidades que no tengan la generación como fin, pues en el modelo económico capitalista, la sexualidad debe ir encaminada a la reproducción o generación de fuerza de trabajo, por tanto, sexualidades diferentes que no cumplen con ese fin deben ser sometidas y excluidas, o mejor aún, tratadas como enfermedades.

Con mayor razón sexualidades como la transgénero que no solo *engendra* sujetos improductivos sexualmente, sino que además promueve sujetos que no se inscriben dentro del marco de producción, pues por su condición de indeterminación sexual, terminan siendo una fuerza laboral excluida, en tanto, no cumplen un requisito tan básico para hacer parte de esta, como es el poder identificarse legalmente con el sexo al que pertenecen realmente, así los transgénero que ya hicieron su transformación física al sexo al cual realmente se sienten pertenecientes, se encuentran con la inmensa barrera, de la incongruencia entre su físico y su identificación.

## El Estado

El Estado para lograr su legitimación se vale de la biopolítica, como medio de control que le sirve a la perfección, pues al reducir a la existencia física, permite una total intervención y delimitación de la vida y el cuerpo de los ciudadanos, que genera homogeneización y mayor control. Si no hay cuerpo no hay sujeto político.

Tanto poder tienen los discursos que, “*vida y muerte no son propiamente conceptos científicos, sino políticos, en cuanto tales, solo adquieren un significado preciso por medio de una decisión*” (Agamben, 1998), decisión de ignorar, de callar, de excluir, propia del ordenamiento jurídico colombiano.

El ánimo limitador o el silencio por parte del ordenamiento jurídico frente al tema de la transexualidad, encubre tras de sí discursos de este

tipo, pues, la liberación sexual oculta un gran poder, entonces, entre más controladas estén las libertades sexuales, tanto más fácil será limitar los peligros, y cuando hablamos de peligros nos referimos a peligros que puedan alterar el poder del Estado.

## **Sociedad**

La sociedad actúa como el principal ámbito práctico de regulación de la conducta, mediante su imposición de normas y parámetros de comportamiento, es quien efectivamente hace real la idea de homogeneización, dentro de esta no están permitidas las conductas disonantes, la pertenencia a la sociedad solo se puede lograr si se vive bajo la línea trazada por esta, así comunidades como la transgénero son tratadas por la sociedad como conductas desviadas, merecedoras de rechazo y de exclusión. Dentro de la sociedad los sujetos, deben acogerse a su condición natural, y deben comportarse en correspondencia con las expectativas sociales tradicionalmente asociadas con el sexo asignado al nacer; *“la esencia del hombre no está ya en la libertad, sino en una especie de encadenamiento... encadenado a su cuerpo, al hombre le es negado el poder de escapar de sí mismo”* (Agamben, Arendt, 1998).

Es pues la falta de regulación del ordenamiento jurídico colombiano, en gran medida una consecuencia del discurso de la sociedad, del cual se vale para instaurar una sensación de normalidad, que secunda una perpetuación en el poder.

## **Consideraciones de los alcances del ordenamiento jurídico colombiano respecto a la identidad de los transgénero**

El ordenamiento jurídico colombiano, más que limitarse en relación con la regulación de la identidad de los transgénero, toma como política, el silencio. Son pocos los pronunciamientos que existen, parece que pretendieran invisibilizar a esta población, o simplemente creen que es suficiente vincularla con la comunidad LGTBI.

Nos encontramos frente a un ordenamiento dominado por una política que como dice Roberto Esposito *“o la política es frenada por una vida que la encadena a su insuperable límite natural, o, al contrario, es la vida la que queda atrapada, presa de una política que tiende a sojuzgar su potencia innovadora”* (Esposito, 2006).

Estamos entonces, gracias al silencio del ordenamiento, ante la indeterminación de la comunidad transgénero, en cuanto a identidad legal se refiere, pues no existe ninguna herramienta con la que puedan contar para hacer efectiva su plena identidad y asociación al sexo al que realmente pertenecen.

Una situación más inquietante sale a la luz cuando se hace visible la tendencia a la cual están suscritos los estados, bajo la cual finalmente el ordenamiento jurídico, está siendo sometido a los estados de excepción, a la voluntad del soberano en turno. *“Así, el estado de excepción, que era esencialmente una suspensión temporal del ordenamiento sobre la base de una situación real de peligro, adquiere ahora un sustrato de permanencia se mantiene de forma constante fuera del orden jurídico normal”*. (Agamben 1998).

De esta manera se evidencia cómo la limitación en la regulación de la identidad transgénero, termina también obedeciendo a ciertas élites de poder, a las cuales les interesa el mantenimiento de una situación lo más normal posible, donde los sujetos sean lo más homogéneos posible, que permita así una determinación por parte de este de sus esferas de intimidad; la vida, el cuerpo terminan siendo determinados solo por las disposiciones del ordenamiento, entre tanto este no lo disponga son inexistentes.

## **Bioderecho, el marco jurídico de la bioética**

Al hablar de biojurídica, que como su nombre lo dice combina el *bios* (vida humana en grupo) – *ius* (derecho), nos referiremos a como esta disciplina pretende garantizar que las disposiciones o normas, especialmente las derivadas de la bioética, de la investigación y manipulación de

la vida; se adapten o tengan fundamentación en ciertos aspectos morales inherentes al hombre.

Se presenta pues esta pretensión del bioderecho como una fuente más de normalización, en tanto pretende subsumir la ética en la moral, o mejor construir una moral universal, no basada en la interpretación de la realidad, y en la existencia de principios fundamentales a la vida humana, sino en concepciones subjetivas y moralistas. Para las cuales las sexualidades desviadas no son permitidas, y por tanto, las leyes no deben ser creadas para comunidades como estas que no se adaptan a la moral establecida, pero como dice Diego García,

El principio de libertad moral: Todo ser humano es agente moral autónomo, y como tal debe ser respetado por todos los que mantienen posiciones morales distintas. Lo mismo que el pluralismo religioso y el pluralismo político son derechos humanos, así también debe aceptarse como un derecho el pluralismo moral. Ninguna moral puede imponerse a los seres humanos en contra de los dictados de su propia conciencia. El santuario de la moral individual es insobornable. (García, 1989).

### ***El ordenamiento jurídico colombiano***

Dentro de los del ordenamiento jurídico colombiano es muy poco lo que se ha hecho en relación a la identidad legal de los transgénero, parece que existiera una pretensión de lo que ha traído como consecuencia la *invisibilización*. Este silencio por parte del ordenamiento podría también obedecer a la biojurídica de la que se ha hecho referencia, a la estrecha relación que tienen derecho y moral, que funciona a la perfección si de normalizar se trata, mientras que la situación debería ser totalmente distinta; el derecho debe tener total autonomía de la moral, para así poder realmente cumplir con su función, sin llegar a la homogeneización, debe encargarse solo de la parte ética, en tanto afecta las relaciones de alteridad y de garantizar que para todos exista libertad, igualdad y dignidad.

Son unas pocas tutelas y sentencias de la Corte Constitucional las que tratan al transgénero como tal, pero ninguna brinda soluciones o garantías para la consecución de la plena identidad. Pues dentro de las casi inexistentes garantías que brindan, está la posibilidad de cambio de nombre, derecho que por cierto tienen todos los ciudadanos, pero que coincidentalmente a esta comunidad en la práctica se le ponen exigencias adicionales, como la presentación de testigos.

### ***Principios fundamentales***

Las cartas constitucionales se han encargado de recoger toda una serie de principios que determinan el rumbo o los valores fundamentales de la sociedad, es así como en nuestra constitución se reza:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

ARTICULO 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991).

Es claro que en la Constitución como norma fundamental del ordenamiento colombiano, se promueve que todas las personas tienen derecho a que se reconozca la identidad de cada uno, que se deben promover condiciones para que exista libertad e igualdad. Paradójicamente, en la realidad como se ha expuesto anteriormente priman otro tipo de discursos, y es claro que con la comunidad transgénero la libertad e igualdad son relativas. Es en este ámbito donde debería actuar la Biojurídica como garante de la aplicación de estos principios, no como lo hace sirviendo de ente regularizador.

No es necesario entonces debatir sobre la existencia o no de principios fundamentales en Colombia, como tampoco es necesario ir más allá del propio ordenamiento, pues resulta claro y evidente que está consagrada la protección y el acceso por parte de todos a estos, simplemente el efectivo cumplimiento de estos esta permeado por el poder, que esconde tras todas sus actuaciones la pretensión de homogeneizar.

### **Delimitación binaria de la identidad**

*“La diferencia binaria tradicional entre masculino y femenino (hombre y mujer) es el resultado del uso y costumbres, que han mutado a lo largo de la historia y que son contingentes de acuerdo a factores temporales y espaciales”* (SENTENCIA T – 771/13).

Es claro que las concepciones cambian de acuerdo con la época y las sociedades, o más bien con las necesidades de la sociedad, pero la característica estática y rígida del derecho dificulta esta adaptación a los cambios; lo que no quiere decir que sea aceptable quedarse en la concepción binaria de la sexualidad, en una sociedad donde hace ya varias décadas se está haciendo evidente la existencia de otras sexualidades, o más bien se hace necesaria una nueva concepción de la identidad sexual; se entiende que el sexo es el resultado final de una yuxtaposición, normalmente perfecta, entre sus llamados elementos objetivos o biológicos y los elementos subjetivos, que conforman la llamada identidad sexual de la persona o sentimiento íntimo y social de pertenencia a uno de los dos sexos. (Campos, 2015).

Si puede ser tan claro médicamente, sería necesario que fuera igual de claro jurídicamente; no pretendemos para nuestro caso la existencia de un tercer sexo, sino que exista la posibilidad de pasar de un género al otro, pues los recientes pensamientos teóricos, tanto sobre el género como la sexualidad han demostrado que *“el gran edificio del género no puede considerarse ya plausiblemente como una emanación de la Naturaleza, sino que es construido sobre las necesidades y deseos siempre cambiantes y las prácticas sociales de millones de personas”* (Bocking – Keatley, 2011).

La delimitación binaria, tiene como mayor pecado el encasillamiento fatal al sexo que se le declara al niño al nacer, y la no regulación por parte del ordenamiento, aviva esta concepción, limitando por completo la posibilidad de los transgénero de conseguir su real identidad.

### **Reconocimiento de la personalidad Jurídica del transgénero**

Al hablar de personalidad jurídica hay que circunscribirse a la posibilidad real y efectiva de ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Si no existe la posibilidad de que los transgénero accedan a su real identidad, se está negando también la posibilidad que puedan tener personalidad jurídica, y como se vio anteriormente, la Constitución consagra en su Artículo 14, que toda persona tiene derecho a que se le reconozca su personalidad jurídica. Entonces bien, partiremos de la idea, que el hombre no puede ser definido o esclavizado simplemente a su cuerpo, ni existir simplemente como indeterminación, debe existir la posibilidad, de realmente poder ser, a través de su autodeterminación, idea por lo visto no compartida por el poder ni la biopolítica, en la cual el fin último es el cuerpo y la total disposición de él.

### **Conclusiones**

Hemos llegado a las siguientes conclusiones, primero, es importante identificar las diferencia que existen entre Transexual, travesti y Transgénero, y así permitir que las personas con identidad de género u orientación sexual diferentes sean incluidas dentro de la diversidad sexual, y sean entendidos y tratados con respeto.

Segundo, los seres humanos desde el nacimiento se encuentran determinados por el sexo biológico, la identidad de género es la que nos permite desarrollar sentimientos y comportamientos según la identidad sexual a la cual nos sentimos pertenecientes.

Tercero, el transgenerismo debe ser tratado con una atención médica especializada, pero no

como un diagnóstico patológico, el cual tampoco debería requerirse para justificar y garantizar la asistencia psicológica, quirúrgica y hormonal necesaria.

Cuarto, en la Constitución de 1991, se dieron unas garantías y derechos que se orientan a reivindicar las libertades individuales de los colombianos, pero debido a la ineficacia presentada en materia del reconocimiento de estos derechos, los transgénero se han visto motivados a pronunciarse judicialmente a través de las tutelas, para reclamar sus derechos.

Quinto, la falta de regulación no debería verse finalmente como un limitante, puede ser, más bien, la oportunidad de que las comunidades se autorregulen; que sea esta vacuidad la que posibilite la autodeterminación, la existencia de sujetos libres, que como los trans, no necesiten que alguien le diga cómo ser, para efectivamente ser.

Sexto, el verdadero discurso de poder y la gran efectividad de la biopolítica, radican, en que el control no es externo, habita en nosotros mismos.

## Referencias Bibliográficas

- Agamben, Giorgio. (1998). *Homo Sacer, el poder soberano y la nuda vida*. Valencia. Pre-Textos.
- Agamben, Giorgio. (2001). *Medios sin fin*. Valencia. Editorial Pre-Textos.
- APA – American Psychological Association. Disponible en: <http://www.apa.org/>
- Bhabha, Homi (2002). *El lugar de la Cultura*. Ediciones Manantial SRL Argentina
- Bockting, Walter y Keatley, JoAnne. (2011). *Por la salud de las personas Trans*. [en línea]. Disponible en: [http://www.aidstar-one.com/sites/default/files/Por\\_la\\_salud\\_de\\_las\\_presonas\\_Trans.pdf](http://www.aidstar-one.com/sites/default/files/Por_la_salud_de_las_presonas_Trans.pdf) [2015, 14 de Marzo].
- Bourdieu, Pierre. (2004). *Sobre violencia simbólica*. Artículo publicado en “La Trama de la Comunicación” Vol. 9, Anuario del Departamento de Ciencias de la Comunicación. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario. Rosario. Argentina. UNR Editora, 2004.
- Campos, Arantza. (2006). *La transexualidad y el derecho a la identidad sexual*. [en línea]. Disponible en: <http://www.felgth.org/rs/1027/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/ece/filename/la-transexualidad-y-el-derecho-a-la-identidad-sexual.pdf> [2015, 13 de marzo].
- Constitución política Colombiana. (1991). Artículo 13 y 14.
- Conway, Lynn. (2006). *Transgénero*. [en línea]. Disponible en: <http://ai.eecs.umich.edu/people/conway/TS/ES/TSES.html> [2015, 19 de febrero].
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 771 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa, Enero de 2013).
- Esposito, Roberto. (2006). *Bios*. Turín. Amorrortu editores.
- Foucault, Michel. (1998). *Historia de la Sexualidad, la voluntad del saber*. México. Siglo veintiuno editores.
- García, Diego. (1989). *Fundamentos de Bioética*. Madrid. Editorial Eudema.
- Gay and lesbian Alliance against Defamation “GLAAD Media Reference Guide 8th Edition Transgender glossary of terms” GLADD, USA, mayo 2010.
- Monica Helms, creator of the Trans pride flag, donates it to the Smithsonian by Lexie Cannes on august 25, 2014. Disponible en: <http://lexiecannes.com/2014/08/25/monica-helms-creator-of-the-trans-pride-flag-donates-it-to-the-smithsonian/>
- Lemaitre, Julieta. (2009). *El amor en los tiempos del cólera: Derechos LGTBI*. Colombia. Revista Internacional de Derechos Humanos SUR, Disponible en formato digital [www.revistasur.org](http://www.revistasur.org).
- Ruiz, Adriana María. (2012). *La nuda vida: Entre el poder soberano y una analítica del biopoder*. Bogotá, Colombia. Artículo que hace parte de la tesis de maestría titulada

- Violencia jurídica y la nuda vida. Disponible en: <http://revistas.lasalle.edu.co/index.php/lo/article/viewFile/2179/2017>
- Molina, Gloria, Muñoz, Iban, Ramírez, Andrés y Ruiz, Adriana María. (2014). Tensiones en las decisiones en salud pública en el sistema de salud Colombiano. Bogotá. Pulso y letra editores.
- Serrano, A. José Fernando (1997). Entre negociación y reconocimiento.
- Estudios sobre “homosexualidad” en Colombia Nómadas, número 6. Universidad central Bogotá. [en línea]. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1539/18/17CA-PI16.pdf>.
- WPATH. The World Professional Association for Transgender Health. Disponible en: <http://www.wpath.org/>



# Consentimiento informado en menores con intersexualismo\*

*Jhon Fredy Álvarez\*\**

*Miguel Rhenals\*\*\**

*Catalina Muñoz Correa\*\*\*\**

*Profesor: Juan Carlos Marín Castillo\*\*\*\*\**

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## **Resumen**

Desde el punto de vista de los trastornos del desarrollo sicomotriz de las personas, la diferenciación sexual va de la mano con la identificación sexual y aunque según la Sociedad Colombiana de Pediatría, la primera no siempre asegura la segunda, esta noción es importante destacarla ya que jurídica y médicamente amplían el concepto del desarrollo de la sexualidad hacia uno que va más allá de las características biológicas. De esta manera, más que un asunto de carácter jurídico, el problema de los trastornos del desarrollo sexual o estados intersexuales en este artículo gira en torno a la ponderación de principios y valores constitucionales tales como la autonomía, la libertad, la vida, libre desarrollo de la personalidad y de dignidad humana a partir de la problemática que se crea en torno al consentimiento informado y sustitutivo como requisito de la atención médica para la práctica de un procedimiento invasivo. En este sentido, este escrito tiene como fin analizar los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al derecho del menor con trastorno del desarrollo sexual mediante el estudio de los casos que han existido en Colombia y el papel del consentimiento informado en cirugías y tratamientos de reasignación de sexo cuando se trata de menores de edad.

**Palabras clave:** Autonomía, estados intersexuales, hermafroditismo, consentimiento informado. Derechos de los niños.

---

\* Artículo producto de trabajo académico desarrollado en la materia Proyecto Integrador II en el Semestre 2015 -1, de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\* Estudiante de segundo semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\* Estudiante de segundo semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\* Estudiante de segundo semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\*\* Comunicador Social de la Universidad Pontificia Bolivariana; Abogado de la Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho Universidad de Antioquía; Doctorando en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana. Correo: [juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co](mailto:juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co)

## ***Informed consent for minors with intersexualism***

### ***Abstract***

From the point of view of the developmental disorders; sexual differentiation comes together with the sexual identification and although according to the Colombian Society of Pediatrics, the first concept doesn't always ensures the second, this is important to emphasize as legal and medically expand development concept of sexuality to a concept that goes beyond the biological characteristics. But also, more than a legal issue, the problem raised in disorders of sexual development or intersex in this project revolves around the balance of constitutional principles and values such as autonomy, freedom, life, free development of personality and human dignity from the problems created around informed and substitutive consent as a condition of medical care for the practice of an invasive procedure. This work aims to analyze the rulings of the Constitutional Court regarding the right of the child's sexual development disorder by studying cases that have existed in Colombia and the role of informed consent in surgeries and treatments of sex reassignment when it comes of minors. We will see how the Constitutional Court decides in favor of the prevalence of the Fundamental Rights of children, sexual identity and gender.

**Keywords:** Autonomy, intersex, hermafroditism, informed consent. children's rights.

## Contextualización

A lo largo de la historia, los médicos y los padres a través de una actitud asistencialista tomaban la decisión de realizar la reasignación de género en el menor al momento de su nacimiento, ante lo cual se presentaron casos en los que la Corte Constitucional recibió tutelas de personas a las cuales les fueron realizadas estas intervenciones sin tener en cuenta su consentimiento y de esta manera vieron violentados sus derechos, puesto que a medida que fueron creciendo no tenían comportamientos del sexo que les habían asignado, así como también estaban en contra de la decisión tomada por sus representantes y el personal médico.

Estos sucesos en Colombia, responden a la falta de legislación respecto al tema sobre los derechos del menor con trastorno intersexual. Se analizará entonces cómo la Corte Constitucional se ha pronunciado antes los casos en los cuales se presenta este trastorno.

### I

En esta parte se abordará la definición de los trastornos del desarrollo sexual, los tipos de alteraciones que conllevan y se identificarán, en términos generales, cuales son las problemáticas concretas a las que se enfrentan los individuos con estados intersexuales.

Desde el punto de vista de los trastornos del desarrollo sexual, la diferenciación sexual va de la mano con la identificación sexual y aunque según la Sociedad Colombiana de Pediatría, la una no siempre asegura la segunda, este concepto es importante destacarlo ya que jurídica y médicamente amplían el concepto del desarrollo de la sexualidad hacia un concepto más allá de las características biológicas.

Son muy variadas las causas de los trastornos del desarrollo sexual, tanto los que producen la ambigüedad sexual como los mismos estados intersexuales o del desarrollo sexual, ya que participan factores genéticos, hormonales, enzimáticos e inclusive factores externos (medicamentos,

tabaquismo, drogas de consumo, exposición a radiación, etc.) que pueden alterar en alguna de sus formas el desarrollo del embrión. Se parte del concepto de gónada indiferenciada y del “principio de Eva” que se resume en que la naturaleza tiende siempre a la formación de órganos sexuales externos femeninos, a menos que exista un gen masculino encargado de la producción de la virilización externa. (Sentencia T1025, 2002)

Durante las primeras semanas del desarrollo, el embrión tiene tanto conductos de Wolff como los conductos de Muller (cada uno se diferencia en órganos sexuales masculinos y femeninos respectivamente) y externamente existe una estructura anatómica común, llamada “el tubérculo genital” que da lugar tanto a la formación de pene y su escroto, o en caso contrario a la vagina y sus labios mayores y menores. Después de la fecundación la gónada primitiva o indiferenciada en un embrión XY se convierte generalmente en testículos y si es XX se forman órganos sexuales femeninos. (Temuco, 2006)

Durante el control genético de la diferenciación sexual no solo participan genes ubicados en los cromosomas sexuales XY o XX, los autosomas son los encargados de los procesos de diferenciación de los tejidos y las distintas hormonas encargadas de la esteroidogénesis. Así, cualquier alteración de estos factores internos y externos que participan del desarrollo sexual normal da lugar en forma patológica a los desórdenes del desarrollo sexual “estados intersexuales”, anteriormente llamados hermafroditismo y los trastornos por ambigüedad sexual. (Saulo Molina, 2008)

Los desórdenes del desarrollo sexual, antes llamados estados intersexuales, se definen en la sentencia T 622-2014 como “la situación en la que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente. Se presenta cuando la persona nace con ambos sexos, es decir, con órganos sexuales, tanto externos como internos, del sexo femenino y masculino”. (Sentencia T 622, 2014)

Los desórdenes del desarrollo sexual cambiaron en la literatura médica su clasificación y enfoque a partir del 2006.

Tanto la literatura médica, como la sentencia T-622 de 1014 y la sentencia SU-337 de 1999 clasifican los desórdenes del desarrollo sexual en tres grandes grupos:

De un lado, encontramos los llamados “hermafroditas verdaderos”, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal (con testículos y ovarios al tiempo) o porque poseen lo que se denomina un ‘ovotestes’ (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los ‘pseudohermafroditas masculinos’, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambiguos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño. Por último, existen otros casos clasificados como de ‘pseudohermafroditismo femenino’, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambiguos o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas. (Sentencia T 622, 2014)

La sentencia T- 622 de 2014, precisa conceptos médicos, psicológicos y jurídicos, iniciando por el sexo genotípico el cual se refiere a los cromosomas sexuales tanto 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer, el sexo fenotípico el cual hace relación al aspecto de los genitales externos distinto al sexo gonadal dado (testículos u ovarios, el sexo legal el cual es el que aparece según los Registros Notariales; el sexo de crianza, el cual es el que se forma en el seno de la familia e inducen los padres y por último pero no menos importante, el sexo psicológico es el que se toma en función de todas las anteriores y que llevan al individuo a asumir un rol.

La sentencia también conceptúa que la identidad de sexo y la identidad de género podrían dar lugar a confusiones y se deben diferenciar, ya que el concepto de identidad sexual se refiere a las características biológicas sexuales de una persona que incluyen el sexo cromosómico, la apariencia genital externa y el sexo gonadal o los genital interno (dimensión sexual estática); pero la identidad de género tiene en cuenta un concepto más relacionándolo con el sentido de masculinidad, de feminidad y determina la formación de su personalidad a partir de su actitud sicosocial y cultural (dimensión dinámica del sexo). (Sentencia T 622, 2014)

Los estados intersexuales, hermafroditismos o ahora llamados desordenes del desarrollo sexual, se refieren entonces a la discordancia entre las dimensiones anatómicas del sexo gonadal, cromosómico y fenotípico y la apariencia genital externa, la cual no permite la identificación fácilmente del sexo al momento de nacer. (Sentencia T 622, 2014)

El problema actual se ocupa de ponderar la autonomía del menor cuando se trate de disponer de su propio cuerpo en la reafirmación de su sexo, todo esto cuando el nivel de raciocinio y las condiciones clínicas se lo permitan, ya que cada persona debe de ajustar su sexo de acuerdo a lo sentido y vivido.

Entre los problemas que se enfrentan los padres de los menores con desorden del trastorno sexual, desde el nacimiento se encuentran tener que tomar la decisión de escoger (unilateralmente y según grupo de apoyo médico) el sexo biológico de los hijos o esperar a que éstos alcancen una autonomía y una madurez suficiente para tomar ésta decisión. (Sentencia T 622, 2014)

Otro problema es el problema discriminatorio desde el colegio hasta las otras instancias sociales debido a su apariencia física. Sin contar con los problemas desde el nacimiento ante el reconocimiento legal ante registro público, ya que como bien es sabido en las formatos actuales solo existe las casillas de masculino y femenino,

llevando erróneamente a tomar como urgencia la asignación de sexo cuando se sabe claramente que la mayoría de los casos no representan un riesgo mayor para salud e integridad del paciente. (Sentencia T 622, 2014)

Según la Sentencia T 1025 de 2002, la identidad personal toma la forma de un bien fundamental a partir del respeto del modo de ser de cada persona. Las intervenciones y los tratamientos hormonales en el desorden del desarrollo sexual no pretende solo curar una patología, sino que también persigue el logro de un objetivo superior como lo es poner en concreto aspectos determinantes de la naturaleza humana, la identidad sexual de la persona. (T 1025 de 2002).

La identificación sexual se refiere al sexo social o la forma desde la sexualidad como un individuo se relaciona con la sociedad, donde interviene factores biológicos, hormonales, estructuras del neurodesarrollo y dinámicas familiares y sociales que resultan en una identificación del género.

## II

En esta parte se definirá el consentimiento informado y se identificará cuál es la normatividad a aplicar cuando se trata de pacientes menores de edad con trastornos del desarrollo sexual.

En primer lugar, se debe precisar que el consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o procedimientos médicos invasivos o no invasivos, después de haber comprendido la información que se le ha dado, acerca de los objetivos del estudio o tratamiento, los beneficios, las molestias, los posibles riesgos y las alternativas, sus derechos y responsabilidades. (Sánchez, 2011)

El paciente expresará su consentimiento por escrito o, en su defecto, de forma oral ante un testigo independiente del equipo de médicos interdisciplinarios, que lo declarará por escrito bajo su responsabilidad.

En el caso de las personas menores de edad o incapaces de dar el consentimiento, éste será otorgado por su representante legal, siempre de manera escrita, y tras haber recibido y comprendido la información mencionada. Sin embargo, cuando las condiciones del sujeto lo permitan, estos, también pueden dar su consentimiento o negarse a participar en el estudio, después de haber recibido la información pertinente y adaptada a su tipo de entendimiento. En algunos casos, tales como el examen físico de un médico, el consentimiento es tácito y sobreentendido. Para procedimientos más invasivos o aquellos asociados a riesgos significativos o que tienen implicados alternativas, el consentimiento informado debe ser presentado por escrito y firmado por el paciente. (Jimenez, 2013)

Bajo ciertas circunstancias, se presentan excepciones al consentimiento informado. Los casos más frecuentes son las emergencias médicas donde se requiere atención médica inmediata para prevenir daños serios o irreversibles, así como en casos donde por razón de incapacidad de hecho o biológica, el sujeto no es capaz de dar o negar permiso para un examen o tratamiento. (Cárdenas, 2011)

El consentimiento informado tiene sus raíces legales en 1947 con el Código de Núremberg, a través del cual se juzgó a un grupo de médicos acusados de realizar experimentos caracterizados como crímenes en contra de la humanidad, cometidos contra prisioneros de guerra en campos de concentración nazi durante la Segunda Guerra Mundial, los cuales se realizaban sin información o consentimiento sobre los riesgos a los que se enfrentaban las víctimas.

En 1964 se promulgó en la Asamblea Médica Mundial la Declaración de Helsinki, que ha sido modificada en varias ocasiones, agrupando un conjunto de reglamentos que orientan a los médicos en experimentos con seres humanos, y resalta la importancia del consentimiento voluntario dentro de los protocolos de estudio. La primera sentencia del consentimiento informa-

do tuvo lugar en las islas británicas en 1767 en el caso Slater vs. Baker & Stapleton (Cfr. Galán Cortés Julio César, Responsabilidad civil médica), pero el documento se perdió.

El consentimiento informado es un término que traduce un derecho del paciente dentro de la bioética médica. Su principal objetivo, y tal vez el único, es proteger la autonomía del paciente y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que son los fundamentos del consentimiento informado, y están contemplados en la Constitución Política de Colombia de 1991, Capítulo 1, Título II, Artículo 16 y siguientes. Estos fueron ratificados en la Resolución 13437 de 1991 del Ministerio de Salud, por la cual se adoptó el Decálogo de Derechos de los Pacientes aprobado por la Asociación Médica Mundial en Lisboa, 1981 donde el párrafo 2º del Artículo 1º de esta Resolución, señala que todo paciente debe ejercer sin restricciones de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole su derecho a una comunicación plena y clara con el médico, apropiada a sus condiciones psicológicas y culturales y que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a su enfermedad, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgo que dicho tratamiento pueda traer.

Así mismo, acorde con la Ley 23 de 1981, dentro de las exigencias al profesional médico se encuentra el deber de informar de forma adecuada y oportuna a todos sus pacientes los riesgos que puedan derivarse del tratamiento que le será practicado, solicitando su consentimiento (artículo 15 y 16). (RESOLUCION 13437 DE 1991 Los Derechos del Paciente, 1991) (Ley23 1981 Normas Sobre Etica Medica, 1981) (Constitucional, 1991)

Es por esto que La Corte Constitucional, al decidir una acción de tutela en el año de 1994, indicó a propósito del reconocimiento de la autonomía del paciente lo siguiente: “1. En términos generales, toda persona tiene derecho a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. Esta posibilidad es una manifestación del principio general de libertad, consagrado en la Carta

de derechos como uno de los postulados esenciales del ordenamiento político constitucional (C.P. arts. 13, 16 y 28). Del principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud.”

Para la Corte el consentimiento informado constituye el instrumento idóneo para garantizar el reconocimiento de los derechos constitucionales del paciente, entre ellos el del acceso a la prestación de salud, el del reconocimiento de la dignidad humana, el derecho a la información, el de la autodeterminación y el de la libertad.

Bajo estos parámetros La Constitución Política de Colombia de 1991, Título II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes”, artículos 15,18 y 20 hacen referencia a la intimidad, a la autonomía de las personas y a recibir información veraz e imparcial.

Dentro de las normas éticas exigidas al profesional médico en Colombia por la Ley 23 de 1981 se encuentra el deber de informar adecuada y oportunamente a todos sus pacientes los riesgos que puedan derivarse del tratamiento que le será practicado, solicitando su consentimiento anticipadamente. Artículo 15: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”

El Ministerio de Salud a través del Decreto 3380 de 1981, reglamentario de la Ley 23 de 1981, define excepciones para la obtención del consentimiento informado y es así como en el artículo 11 se registra: “El médico quedará exonerado de hacer la advertencia del riesgo previsto en los siguientes casos: Cuando el estado mental del paciente y la ausencia de parientes allegados se lo impidan. Cuando existe urgencia o emergencia para llevar a cabo el tratamiento o procedimiento médico”.

El Ministerio de Salud en la Resolución 13437 de 1991 “Por la cual se constituyen los Comités de Ética Hospitalaria y se adopta el Decálogo de los Derechos de los Pacientes” establece como derechos del paciente:

Su derecho a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiadas a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como a los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar y el pronóstico y riesgos que dicho tratamiento conlleve. También su derecho a que él, sus familiares o representantes, en caso de inconsciencia o minoría de edad consientan o rechacen estos procedimientos, dejando expresa constancia ojalá escrita de su decisión. (Metrosalud, 2011)

El consentimiento informado para ser válido según la Corte Constitucional, precisa de la existencia de varios elementos para que legitimen cualquier tratamiento médico y ante su ausencia se cataloga la intervención médica como abusiva, ilícita o ilegal. Tales elementos son: que sea informado, persistente y cualificado. Por su parte, el artículo 1504 del Código Civil establece que los menores de edad son incapaces absolutos o relativos, con lo que se establece que no es necesario el consentimiento informado de los menores para autorizar la práctica de cirugías de asignación de sexo (Sentencia T-1025, 2002).

El Ministerio de la Protección Social de Colombia dentro de las buenas prácticas en seguridad con el paciente y específicamente en el paquete instruccional denominado “Garantizar la Funcionalidad de los Procedimientos de Consentimiento Informado” lo define como “la aceptación libre por parte de un paciente de un acto diagnóstico o terapéutico después de haberle comunicado adecuadamente su situación clínica”. (Ministerio de la Protección Social, 2015)

En los menores de edad incapaces, la voluntad se suple mediante el uso del consentimiento informado de sus padres o representantes legales, o a quien le corresponda. De esta manera, si

la ley prevé que en relación con los incapaces su voluntad se suple mediante el consentimiento de sus padres o representantes legales a quienes les corresponde expresar la autorización con el fin de la realización de cualquier tratamiento sea de tipo hormonal o quirúrgico del menor. (Sentencia T1025, 2002), (Codigo Civil Colombiano, 2014)

• **Elementos del consentimiento informado:**

- **Voluntariedad:** Acto mediante el cual un individuo libre ejerce su autodeterminación al autorizar cualquier intervención médica para sí mismo, en forma de medidas preventivas, de tratamiento, de rehabilitación o de participación en una investigación.
- **Información en cantidad suficiente:** solo la reflexión basada en la relación que se ha establecido con un paciente en particular nos permitirá establecer cuáles son las necesidades reales de conocimiento del paciente respecto a su patología. La comunicación de la verdad en medicina constituye un imperativo ético, pero la determinación de la oportunidad de su conocimiento sigue siendo un juicio clínico. La información que debe darse a un paciente determinado ha de entenderse como un proceso evolutivo, no como un acto clínico aislado dándole al enfermo la opción de escoger. Esto deberá adaptarse a la situación particular de cada paciente.
- **Información con calidad suficiente:** Se considera que existen dos aspectos que pueden alterar la calidad de la información. La primera de carácter objetivo y se origina en el médico, la segunda es de carácter subjetivo y se origina en el paciente como receptor de la información. La información debe ser provista usando un lenguaje inteligible para el paciente, esto es de acuerdo con su nivel cultural y sus posibilidades de comprensión.
- **Competencia:** De acuerdo con la teoría del consentimiento informado sólo los pacientes competentes tienen el derecho ético y legal de aceptar o rechazar un procedimiento propuesto o sea de otorgar o no el con-

sentimiento. La competencia se define como “la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores”.

Adicionalmente, en los casos en los cuales el grado de afectación sobre la persona es muy elevado, se requiere del consentimiento informado y cualificado. En estos casos no basta con brindarle al sujeto la información necesaria con el fin de que pueda decidir en plena conciencia y libertad, sino que, además, el mismo debe presentarse bajo una determinada forma, bajo la consideración de aspectos adicionales tales como la oportunidad para realizar la manifestación, la manera como la información debe ser presentada. (Metrosalud E., 2011)

Aunque es posible establecer elementos comunes entre el consentimiento sustituto y lo que se debe entender por consentimiento informado es preciso advertir que en cada uno de los ámbitos en los que éste se requiere deben observarse las especificidades y características propias del caso, prestando especial atención a los diferentes principios y valores constitucionales involucrados, así como a la posibilidad del sujeto de derechos afectado para prestar su consentimiento. Así por ejemplo, decisiones como las de someterse o no a un determinado procedimiento médico que afecte de manera exclusiva a quien va a ser objeto de éste, son del resorte exclusivo de la persona que las toma de forma libre, autónoma e informada. En estas circunstancias, por lo tanto, la posibilidad que eventualmente pueden tener los padres, los familiares o el Estado de tomar una decisión en nombre y representación del afectado mediante un consentimiento sustituto se debe a que la persona en cuestión no está en condiciones para poder tomarla pese a la urgencia de hacerlo.

### ***El consentimiento sustituto***

El consentimiento informado puede ser reemplazado por un consentimiento sustituto cuando

do haya una urgencia de realizar el tratamiento. Así, existen tres criterios centrales que deben ser considerados para determinar cuándo es procedente que se brinde un consentimiento informado sustituto. Estos eventos son: En primer lugar, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del niño, niña o adolescente. En segundo lugar, el análisis de los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño o la niña. En tercer lugar, la edad del paciente. (Sentencia SU-337, 1999)

En relación con este último punto, la Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de salvaguardar el consentimiento sustituto informado, cualificado y persistente, sin entrar a analizar la procedencia de la operación. También ha enfatizado, en lo referente a la edad del paciente, que a partir de los cinco años no es constitucionalmente admisible el consentimiento paterno sustituto para la remodelación de los genitales. Así, tratándose de intervenciones quirúrgicas y hormonales para la asignación de sexo, el permiso paterno es válido y suficiente en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, cuya responsabilidad se adjudica al grupo interdisciplinario de médicos, cirujanos, sicólogos y trabajadores sociales que cuiden y velen por la salud del niño o la niña.

Finalmente, el consentimiento informado y sustituto es un elemento necesario para lograr, en los casos de intervenciones quirúrgicas a niños y niñas menores de cinco años, la protección integral que como sujetos de derechos, los niños y niñas requieren para su pleno desarrollo (Sentencia SU 337, 1999)

### **III**

En este apartado se establecerá, según las sentencias estudiadas, cómo la Corte Constitucional ha garantizado el derecho al consentimiento informado en la reasignación de género basado en el principio del interés superior del menor, cuando sus representantes no tienen en cuenta su autonomía para autorizar este procedimiento.

El principio constitucional del consentimiento informado ha sido especificado por la Corte por medio de este Escenario constitucional:

### Análisis dinámico

¿Cuáles han sido las decisiones y los fundamentos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al derecho del menor con trastorno del desarrollo sexual cuando el consentimiento de reasignación de género es autorizado por sus representantes?		
Las cirugías y los tratamientos de reasignación de sexo deben realizarse con el consentimiento informado del menor en estado de intersexualidad, cuando éste alcance la edad o umbral crítico que le permita tener una conciencia respecto a su orientación sexual	<ul style="list-style-type: none"> <li>° T 477/95 MP Alejandro Martínez</li> <li>° T 692/99 MP Carlos Gaviria</li> <li>° T 551/99 MP Alejandro Martínez</li> <li>° T 337/99 MP Alejandro Martínez</li> <li>° T 1025/02 MP Rodrigo Escobar</li> <li>° T 1021/03 MP Jaime Córdoba</li> <li>° T 912/08 MP Jaime Córdoba</li> <li>° T622/14 MP Jorge Pretelt</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>° Código Civil art 1504</li> <li>° Ley 23/ 81 Art 15</li> <li>° Resolución 13437- 81</li> <li>° Decreto 3380/81 Art 11</li> </ul>
		No es necesario el Consentimiento Informado de los menores con estados de intersexualidad para autorizar la práctica de cirugía de reasignación de sexo; los menores de edad son incapaces o relativos

Se procede a realizar un análisis de las sentencias, iniciando con la última sentencia proferida por la Corte Constitucional o sentencia arquimédica en materia de los desórdenes del desarrollo sexual, Sentencia T 622 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt donde la Corte Constitucional en el caso de la tutela contra la EPS, para lograr la cirugía y tratamiento de un menor con intersexualismo, en uno de los puntos más importantes exhortó al Ministerio de Salud a elaborar un protocolo de obligatorio cumplimiento para que las entidades de salud sigan un procedimiento ágil y adecuado para tratar a personas nacidas en condición de intersexualidad. La jurisprudencia debe de garantizar que el consentimiento informado sea persistente y cualificado en defensa de la realización de los derechos relacionados con la sexualidad e identidad de género de los menores.

Además se dejó por sentado que las decisiones de los médicos no pueden desconocer la condición de sujeto libre y autónomo del paciente, ni siquiera cuando se trate de menores, pues a pe-

sar de que el consentimiento depende principalmente de la decisión de los padres, debe de tener en cuenta la opinión del niño. Estas deben ser el producto de un conocimiento detallado.

También el estado deberá garantizar la asistencia psicoterapéutica de un equipo médico especializado y trabajador social permanente para la asesoría del menor y sus padres.

La corte además subrayó que el consentimiento de los padres no debe ser absoluto, por que el niño va a llegar a la madurez mental que le permita tener una conciencia respecto a su orientación sexual, que además anotó que no es admisible el consentimiento sustituto en niños mayores de cinco años, caso en el cual la decisión respecto a la asignación del sexo corresponde a él mismo.

La sentencia arquimédica despliega este nicho citacional, pues muestra un nivel analógico fáctico donde podemos apreciar que todas estas sentencias tratan del consentimiento informado en menores con trastornos del desarrollo sexual.

### Nicho Citacional Primer nivel

Sentencia T 622- 2014
--------------------------

Sentencia SU 337- 1999	Sentencia T 551 - 1999	Sentencia T 692 -1999	Sentencia T 1390 -2000	Sentencia T 1025 - 2002	Sentencia T 1021-2003	Sentencia T 912- 2008	Sentencia T 477- 1995
---------------------------	---------------------------	--------------------------	---------------------------	----------------------------	--------------------------	--------------------------	--------------------------

Con base en lo anterior, se analiza el nicho citacional de segundo nivel, fallos que ya están contenidos en las sentencias del primer nivel; cada una con las respectivas citas que nos llevan a las Sentencias Hito.

SENTENCIA T 622- 2014
--------------------------

SENTENCIA SU 337 1999	SENTENCIA T 551 1999	SENTENCIA T 692 1999	SENTENCIA T 1390 2000	SENTENCIA T 1025 DE 2002	SENTENCIA T 1021 2003	SENTENCIA T 912 2008	SENTENCIA T 477 1995
T 477 1995	T 271 1995	T 551 1999	T 337 1999	T 337 1999	SU 819 1999	T 337 1999	C 479 1995
T 411 1994	T 114 1997	T 337 1999	T 551 1999	T 531 1999	SU 337 1999	T 551 1999	C 109 1995
T 481 1998	T 337 1999	T 489 1998	T 692 1999	T 477 1995	T 411 2003	T 692 1999	T 548 92
T 206 1997	T 477 1995	T 239 1997	T 629 1999	T 692 1999	C 542 1998	T 1025 2002	T 1009 1995
T 401 1994	T 269 1995		T 153 1998	T 629 1999	T 1056 2001	T 1021 2003	
				T 474 1996	T 1025 2002	T 523 1992	
				T 477 1995			

De este modo se realizará un análisis dinámico para la búsqueda de un nicho citacional que nos lleve a las sentencias más relevantes o sentencias hito que nos permitan esbozar la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

### Sentencias Hito

SENTENCIA SU 337- 1999	T 477 -1995	SENTENCIA T 551-1999	SENTENCIA T 622- 2014	SENTENCIA T 622- 2014
Sentencia hito dominante	Sentencia fundadora de línea	sentencia consolidadora de línea	sentencia reconceptualizadora de línea	sentencia arquimédica

La sentencia SU-337 de 1999 es la sentencia HITO dominante pues hace presencia en la mayoría de las sentencias que tratan del tema en particular y es reiterada su opinión en estas. Además que definen los trastornos intersexuales desde el punto de vista médico, se solicitó intervención a la Academia Nacional de Medicina, a la Sociedad Colombiana de Urología y a las facultades de Medicina oficialmente reconocidas, a la Defensoría

del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Ministerio de Salud para que estos tuvieran presente esta decisión para otros casos similares.

Este fallo define los trastornos intersexuales así:

“Estos trastornos del desarrollo y de la diferenciación sexual, que en general la litera-

tura médica caracteriza como ‘estados intersexuales’, suelen clasificarse, desde finales del siglo pasado, en tres grandes grupos. De un lado, encontramos los llamados “hermafroditas verdaderos”, que son casos poco frecuentes y se caracterizan porque son personas que en general, aunque no obligatoriamente, tienen un cariotipo XX y presentan los dos tipos de tejido gonadal, ya sea porque tienen testículo y ovario simultáneamente, o porque poseen lo que se denomina un ‘ovotestes’ (mitad testículo y mitad ovario). De otro lado, están los ‘pseudohermafroditas masculinos’, que son individuos con sexo genético XY y testículos, pero que presentan genitales ambiguos, por lo cual se suele hablar de un hombre mal virilizado. Estas personas pueden presentar, en algunos casos, genitales externos que son muy femeninos, y pueden poseer entonces un introito vaginal, un clítoris normal o ligeramente aumentado de tamaño, o un pene muy pequeño. Por último, existen otros casos clasificados como de ‘pseudohermafroditismo femenino’, que son individuos con sexo genético XX, con ovarios, pero con genitales ambiguos, o bastante masculinos, por lo cual se habla a veces, de mujeres virilizadas. ( Sentencia SU 337, 1999)

La Corte resolvió que las cirugías y tratamientos deben de realizarse con el consentimiento del menor cuando está en condiciones de tomar la decisión. En consecuencia, en los términos señalados en el fundamento jurídico No 91 de esta sentencia, se debió constituir un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario al menor y a la madre.

Por su parte, la sentencia T 477-1995, es la FUNDADORA de línea ya que es la que inicia las sentencias de tutela o de constitucionalidad con enérgicas y amplias interpretaciones del derecho constitucional. Aunque esta sentencia no fue proferida entre los años 1992 y 1993 (periodo inicial de actividad de la Corte) se caracteriza porque fue fundamental en el tema tratado y no puede remitirse a ningún precedente.

La ratio decidendi de este fallo es:

NO es posible la “readecuación de sexo,” sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones: Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mí” (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. (Sentencia T 477, 1995)

El gran interrogante para absolver en esta tutela es:

*¿Fue o es legítima la conducta de las autoridades y de los particulares que participaron en el proceso de readecuación de sexo del menor, a la luz de los artículos 20 de la anterior Constitución, artículo 6° de la actual y, en el caso concreto de los particulares, del artículo 45 del Decreto 2591 de 1991? (Sentencia T 477, 1995)*

La Corte Resuelve entonces: Se le deben proteger los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le preste a la persona vulnerada a cuyo nombre se instauró la tutela, la protección adecuada consistente en el tratamiento integral

físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida y a la cual se ha hecho referencia en este fallo. Este tratamiento integral podrá tener continuidad más allá de los 18 años siempre y cuando un grupo científico interinstitucional lo considere conveniente. El mismo grupo interinstitucional, junto con el correspondiente Defensor de Menores, hará el seguimiento al tratamiento, ordenar la corrección del registro civil de nacimiento.

La Sentencia CONSOLIDADORA de línea es la T- 551 de 1999, en la cual la Corte revisó los fallos adoptados con ocasión de una solicitud de tutela presentada por el padre de una niña de dos años que presentaba una forma de ambigüedad genital, a saber un pseudohermafroditismo femenino por hiperplasia suprarrenal congénita. El padre solicitaba al juez de tutela que ordenara al ISS que llevara a cabo una cirugía para reasignar los genitales de la menor de edad, y que además le suministrará todos los medicamentos y terapias que fueran necesarios para tratar esta patología. Según el peticionario, los especialistas consideraban que esa operación debía ser adelantada cuando el paciente cumpliera dos años, ya que era indispensable para asegurar un desarrollo psicológico sano de la niña.

La SENTENCIA T 622- 2014 también es la RECONCEPTUALIZADORA de línea, ya que realiza reformulaciones importantes y explica mejor el sentido general que ha mantenido la línea a lo largo del tiempo, y además aplicó en este caso la ratio de la sentencia anterior. Pues precisa conceptos médicos, psicológicos y jurídicos, iniciando por el sexo genotípico el cual se refiere a los cromosomas sexuales tanto 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer.

La sentencia también conceptúa que la identidad de sexo y la identidad de género podrían dar lugar a confusiones y se deben diferenciar, ya que el concepto de identidad sexual se refiere a las características biológicas sexuales de una persona que incluyen el sexo cromosómico. Con

base en estos fundamentos, la Corte ordena a la EPS que debe continuar de forma prioritaria con las evaluaciones de los especialistas que requiere el menor –como urología pediátrica-, y prestar el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de asesoría; así mismo, se debe preguntar al niño y a sus padres su decisión, y se debe realizar la cirugía, (Sentencia T 622, 2014). Esta sentencia introduce un elemento adicional, que consiste en la orden para que el Ministerio de Salud elabore un protocolo de práctica para el tratamiento de las personas nacidas en condición de intersexualidad, (Sentencia T 622, 2014).

La sentencia T-912 de 2008 también es una sentencia RECONCEPTUALIZADORA de línea, ya que dentro de sus posturas se encuentra que se solicitó una operación para reasignación de genitales a un menor. En este caso se reiteraron los parámetros sentados en las sentencias SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1025 de 2002 y T-1021 de 2003, sobre las cuales extrajo la regla según la cual:

“(…) en casos de estados intersexuales o hermafroditismos, es válido el consentimiento sustituto paterno en menores de cinco años, siempre que se trate de un consentimiento informado, cualificado y persistente, acorde con las recomendaciones médicas y cuyo seguimiento corresponde a un grupo interdisciplinario de apoyo. Sin embargo, cuando el infante ha superado el umbral de los cinco años, le corresponde a éste tomar la decisión sobre su identidad sexual, pero a partir de un consentimiento especial y cualificado que comporta: (i) el consentimiento prestado por los padres coadyuvado por (ii) la expresa voluntad del menor y, dada la naturaleza altamente invasiva de las operaciones y tratamientos médicos destinados a asignar un determinado sexo, (iii), el seguimiento profesional de un equipo interdisciplinario que brinde apoyo psicoterapéutico, y que debe incluir, no sólo profesionales de la medicina sino también un psicoterapeuta y un trabajador social, que deberán acompañar al niño y a sus padres en todo el proceso de la decisión”. ( Sentencia T 912, 2008)

## **Análisis estático**

Una vez realizado el análisis dinámico de los precedentes, se procederá a efectuar el análisis estático de las sentencias hito, buscando ampliar la interpretación de las mismas en la consolidación de la línea jurisprudencial, para esto veremos la ratio decidendi en cada una de las sentencias.

- Sentencia SU 337-1999: las razones de la Corte fueron: Definición del consentimiento informado, en la cual se ratificó la importancia al respeto de los derechos fundamentales, (la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad de la niña), decidió que la madre y la niña tenían que tener un apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario necesario para prestar un consentimiento informado con miras a que se adelantaran las cirugías y los tratamientos hormonales, con base en la posición propia de la niña.
- Sentencia T 477-1995: las Razones de la Corte: En aras a proteger los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, se ratificó entonces su condición de varón ante el Notario, queriendo la protección adecuada consistente en el tratamiento integral físico y psicológico requerido para la readecuación del menor, previo consentimiento informado, y en relación con la mutilación sufrida y a la cual se ha hecho referencia en este fallo, ordenó al ICBF lleva a cabo un procedimiento para que esto se presente y finalmente dio la opción al menor que se le puede desinar un abogado para comenzar un juicio de responsabilidad civil.
- Sentencia T 551 1999: las razones de la Corte: El Estado y la comunidad médica deben cualificar el consentimiento de los padres en los casos de ambigüedad genital, a fin de que la decisión paterna se fundamente ante todo en los intereses del niño. El juez entonces estableció que: antes de ordenar que se adelante una operación de readaptación de los genitales del menor, debe comprobar previamente si la autorización paterna reúne esas

características de “consentimiento informado cualificado y persistente”, pues de no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y mal podría ordenarse por vía judicial la práctica de una intervención médica que no cuenta con un consentimiento informado válido, que es requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico.

- Sentencia T 622 DE 2014: Resuelve ordenar a la EPS continuar de forma prioritaria con las evaluaciones de los especialistas que requiere el menor y prestar el apoyo y acompañamiento psicológico necesario con profesionales de la salud especialistas en el área de los trastornos de desarrollo genital. Igualmente resuelve que la EPS en el término de las 48 horas siguientes a la notificación deberá integrar un equipo interdisciplinario conformado por médicos (cirujanos, urólogos, endocrinólogos, pediatras y psiquiatras), psicólogos y trabajadores sociales, con el fin de que fijen un diagnóstico, asistan, orienten y asesoren sin perjuicio de los resultados que ya se han obtenido.

Una vez se haya realizado la asesoría se consulte al niño la decisión informada por medio del equipo. Si es afirmativa, resuelve la Corte, ordenar la cirugía y los tratamientos hormonales requeridos y demás tratamiento que sean indispensables. Así mismo, se ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil se modifiquen los documentos conforme a su identificación sexual, además que el Ministerio de Salud y protección social elabore protocolos de práctica clínica para el manejo de las personas con trastornos de identidad sexual y reciban un manejo ágil e interdisciplinario.

Argumentos legítimos e ilegítimos de interpretación del precedente

Sentencia SU 337-1999. En este caso se presenta la llamada por López Medina “Obediencia al precedente”, dado que la Corte Constitucional por primera vez conoció de un caso de una niña diagnosticada con ambigüedad sexual en el año 1999. Este precedente fijó los criterios rela-

cionados con el consentimiento libre, previo e informado de los padres y los menores de edad para solicitar las operaciones y tratamientos que resolvieran el estado hermafrodita. En esta providencia también recopiló y analizó distinta literatura científica sobre los estados intersexuales y sus consecuencias tanto en la salud como en el desarrollo personal de los niños y niñas con esta condición. Del desarrollo jurisprudencial debe resaltarse el hecho de que la Corporación admite que es el menor de edad quien debe decidir si se realiza o no la operación de asignación de sexo y todo lo que ello implica, en virtud del respeto de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la autonomía personal. La sentencia actual aplica argumentos legítimos respecto al precedente proferido en las sentencias T 477-1995.

En la Sentencia T 551 1999 se presenta obediencia del precedente ya que organizó una síntesis y reiteración de la doctrina constitucional sobre el consentimiento informado en casos de ambigüedad sexual y establece textualmente: “En la reciente sentencia SU-337 de 1999, esta Corporación analizó *in extenso* y de manera sistemática los problemas constitucionales que plantea el consentimiento informado en relación con los actuales tratamientos a la ambigüedad genital. Por ende, para resolver el presente caso no es necesario estudiar nuevamente el tema en forma integral sino que es suficiente sintetizar y reiterar los principales resultados del examen constitucional adelantado en la mencionada sentencia”.

En la Sentencia T 622 DE 2014 se da obediencia al precedente se da continuidad a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-337 de 1999 y que además ha reiterado a lo largo del tiempo, se retoma lo expresado sobre el significado y tratamiento médico de los estados intersexuales. Además agrega “posteriormente, esta Corporación retomó los parámetros expuestos en la **sentencia T-551 de 1999**, en la cual revisó los fallos adoptados con ocasión de una solicitud de tutela presentada por el padre de una niña de dos años que presentaba una forma de ambigüedad ge-

nital, a saber un pseudohermafroditismo femenino por hiperplasia suprarrenal congénita.”

## Conclusiones

Después de analizar las sentencias y los conceptos técnicos al respecto, se puede concluir que el consentimiento informado en menores debe tener las siguientes condiciones: antes de los cinco años se debe proceder con base en la regla general del consentimiento sustituto, padres, representantes o tutores legales acompañado de un equipo interdisciplinario de profesionales de la salud. Después de los cinco años se puede proceder a la intervención quirúrgica de redefinición de sexo sólo con fundamento en el consentimiento informado del menor, a menos que, en atención a las particularidades de cada caso, se disponga una opción distinta, como el consentimiento asistido, en procura que el Estado respete la integridad y los derechos del menor y tanto los padres como los menores deben obtener desde el inicio la información de tratamientos y cirugías para sus hijos antes de firmar el consentimiento.

En procura de garantizar en los menores el libre desarrollo de la personalidad cuando estos tienen algún trastorno de desarrollo sexual, en toda la jurisprudencia estudiada se estableció que la identidad sexual hace parte del núcleo esencial de dicho derecho, lo que implica la autonomía del sujeto de autogobernarse y autodefinirse como desee en su proyecto de vida es por esto que la corte constitucional determino que en caso de ser llevada a cabo la reasignación de genero deberá realizarse la misma en el registro civil de nacimiento.

Luego de construir la línea Jurisprudencial y con respecto a las decisiones y fundamentos de la Corte Constitucional como la encargada salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución, cuando se refiere a menores con trastornos de desarrollo sexual, se puede concluir que está fundamentada siempre en el principio de la prevalencia de los derechos del menor; es por esto que sus pronunciamientos generan una línea de reiteración sólida y uniforme que genera un ba-

lance constitucional en las decisiones futuras de la corte sobre estos asuntos.

## Referencias bibliográficas

- Sentencia SU 337, 377 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 1999).
- Sentencia T 551, 551 (CORTE CONSTITUCIONAL 1999).
- Sentencia T 912, 912 (CORTE CONSTITUCIONAL 2008).
- Camargo, R. E. (4 de 12 de 2008). *www.derecho.unal.edu.co*. Recuperado el 22 de 03 de 2015, de <http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/pj25/10Concepto.pdf>
- Camila Cespedes, S. C. (2005). Trastornos de la Diferenciación sexual. Un enfoque práctico. *programa de Educacion Continua en pediatria*, 45 a 51.
- Cárdenas, J. S. (2011). Consentimiento Informado. *Medico Legal*.
- Carpenter, M. (4 de Octubre de 2014). *www.brujulaintersexual.com*. Obtenido de <https://brujulaintersexual.wordpress.com/2015/01/21/que-es-la-intersexualidad-intersexualidad-para-aliados-por-morgan-carpenter-activista-intersexual/>
- Castillo, I. U. (5 de noviembre de 2014). <http://aleasiuclm.wix.com>. Obtenido de /aleasiuclm#!8-de-Diciembre-d%C3%A1Da-de-la-Solidaridad-Intersexual/c1kod/8BF81664-530D-40F8-82B2-D55FB7DAE34C
- Codigo Civil Colombiano*. (2014). Bogota: Legis.
- Constitucional, C. (1991). *Constitucion Politica de Colombia*. Santafe De Bogota: Leyer.
- Encrypted. (18 de 03 de 2015). *www.encrypted.com*. Obtenido de <https://encrypted-tbn1.gstatic.com/images?q=tbn:ANd9GcR4d-sq-6TTUw1HYC9WZ47rgh29itVzYWdG-FYKpIWrbryVMLV7Cc>
- geosalud. (s.f.). *www.geosalud.com*. Recuperado el 10 de marzo de 2015, de <http://www.geosalud.com/consentimiento/consinformms.htm>
- Intersex. (30 de Mayo de 2015). <http://lesbitgay.info>. Obtenido de <http://lesbitgay.info/in-tersex-terminologia-e-historia/>
- Jimenez, L. M. (2013). *EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LOS MENORES DE EDAD, UNA REVISIÓN A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE*. Medellín: universidad Pontifica Bolivariana.
- Ley, 23 (Colegio de Etica Medica 1981).
- Ley23 1981 Normas Sobre Etica Medica, 23 (Congreso de la Republica 1981).
- Metrosalud. (2011). *Documento Tecnico Sobre el Consentimiento Informado*. Medellín : Alcaldia de Medellin.
- Metrosalud, E. (2011). *www.metrosalud.gov.co*. Recuperado el 26 de 02 de 2015, de <http://www.metrosalud.gov.co/intra-joomla/images/planeacion/Estructura%20Documental/5%20Manuales/MANUAL%20CONSENTIMIENTO%20INFORMADO.pdf>
- RESOLUCION 13437 DE 1991 Los Derechos del Paciente, 13437 (Ministerio de Salud 1991).
- Salud, M. d. (2015 de Marzo de 2015). *WWW.MINSALUD.COM*. Obtenido de <http://calidadensalud.minsalud.gov.co/EntidadesTerritoriales/SeguridaddelPaciente.aspx>
- Sánchez, A. F. (2011). El consentimiento informado, como parte del derecho médico. *www.ambitojuridico.com*. Obtenido de [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9570&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9570&revista_caderno=7)
- Saulo Molina, O. (2008). Diagnóstico prenatal de ambigüedad. Bogota: Universidad Javeriana.
- Sentencia T 276, 276 (Corte Constitucional 11 de abril de 2012).
- Sentencia T 477, t 477 (Corte Constitucional 1995).
- Sentencia T 622, 622 (Corte Constitucional 2014).
- Sentencia T1025, 1025 (Corte Constitucional 2002).
- Sentencia T1025, 1025 (Corte Constitucional 2002).
- Temuco, J. h. (marzo de 2006). <http://www.med.ufro.cl>. Obtenido de [http://www.med.ufro.cl/clases\\_apuntes/cursos\\_clinicos/urologia/documentos/apuntes-embriolog-urogenital\\_resumen.pdf](http://www.med.ufro.cl/clases_apuntes/cursos_clinicos/urologia/documentos/apuntes-embriolog-urogenital_resumen.pdf)



# Análisis de la ley 789 de 2002, un enfoque desde la afectación al trabajador\*

*Alejandra Giraldo\*\**

*Omar González\*\*\**

*Andrés López\*\*\*\**

*Alejandra Ocampo\*\*\*\*\**

*Profesora: Denis Contreras\*\*\*\*\**

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## **Resumen**

La reforma laboral introducida por la ley 789 de 2002 concebía la idea de que al disminuir la jornada nocturna y consecuentemente su remuneración, aumentaría el número de empleo en el país, pero a partir de las estadísticas otorgadas por el DANE y el Banco de la República se pudo constatar que este objetivo no se cumplió, pero lo que si se logró fue la vulneración del principio de progresividad, de la confianza legítima y de la dignidad humana del trabajador, entre otros.

**Palabras Claves:** Derechos laborales; jornada nocturna; principio de progresividad.

---

\*\* Artículo producto de trabajo académico desarrollado en la materia Proyecto Integrador V en el Semestre 2015 -1, de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\* Estudiante de quinto semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\* Estudiante de quinto semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\* Estudiante de quinto semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\*\* Estudiante de quinto semestre de la Facultad de derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA

\*\*\*\*\* Abogada de la Universidad de Antioquia; Especialista en Derecho de la Seguridad Social y Candidata a Magister en Derecho de la misma Universidad.

## ***Analysis of Law 789 of 2002, an approach from the worker involvement***

### ***Abstract***

The labor reform introduced by law 789 of 2002 conceived the idea that by diminishing the night shift hours and its remuneration, the amount of jobs in Colombia would increase. However after some statistics presented by DANE and Banco de la República, it was evident that this goal wasn't accomplished. What occurred was a vulneration to the principle of progressiveness, legitimate trust and the workers human dignity, among others.

**Keywords:** labor rights; night shift; progsiveness principle.

## **Introducción**

Desde la expedición de la Ley 789 de 2002, el 27 de diciembre del 2002, han surgido un gran debate acerca de los perjuicios surgidos a los trabajadores en ocasión a ésta, ya que en la misma se decretó que las jornadas nocturnas no comienzan desde las seis de la tarde, tal y como se encontraba tipificado en el artículo 160 de Código Sustantivo del Trabajo, y sobre las cuales se establecía el recargo del 35% para las horas nocturnas, si no que dicho recargo se comenzaría a pagar solo a partir de las 10 de la noche, afectando gravemente a los trabajadores que laboran en este horario ya que sus ingresos por horas labores nocturnas se vieron disminuidos notablemente.

De conformidad con esto, algunos miembros de partidos políticos, en especial del polo democrático como Alexander López, senador de Colombia y Wilson Arias, incentivaron un proyecto de ley en el que se pretendía fuera derogada esta ley, para que así a los trabajadores que cumplen su jornada laboral en el horario nocturno se les pague de la manera correcta, respetando sus derechos y que además se efectivice la confianza legítima en el Estado que con esta ley se vio suprimida.

A pesar de los grandes esfuerzos realizados por estas personas, este proyecto de ley titulado “Por el cual se dictan normas para promover empleabilidad y desarrollar la protección social” apenas logró ser aprobada en primer debate en la comisión séptima, lo que obligó a su archivo automático por falta de trámite.

El actual presidente de Colombia Juan Manuel Santos se pronunció sobre este tema específico dentro de su campaña electoral, prometiendo devolver el recargo por jornada laboral nocturna desde las 6 pm, tal como regía antes de 2002, expresando que de tal manera se desarrollaría mejor la economía Colombiana; pero es claro que el ejecutivo hasta el momento no ha cumplido esta promesa de campaña y como dice el senador López previamente citado “no ha querido salvar el proyecto que beneficia a más de 6 millones de

trabajadores.” (Periódico El País el 19 de junio del 2014, Las horas extras en Colombia no se van a revivir).

A partir de la investigación que se presentará en este artículo se pudo concluir que esta reforma laboral ocasionó un grave detrimento en la dignidad del trabajador toda vez que afecta las garantías de aquellos que laboran en un horario nocturno, porque al implementarse el cambio de la jornada laboral se obtuvo que los mismos trabajadores laboraran lo mismo o incluso más por una remuneración menor, es decir, no se cumplió con el objetivo de la ley, además de que es una medida regresiva que no cumple con los parámetros del test de proporcionalidad de la Corte Constitucional, y por ende es inconstitucional.

Así entonces, lo que se pretende con este artículo es indagar, profundizar y esbozar cuales son las consecuencias que acarrearán para aquellos trabajadores que laboran en el horario nocturno con la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, enfocándose principalmente en la vulneración de su dignidad, el principio de progresividad y la confianza legítima, también se pondrá de relieve la gran negligencia del Estado al no tomar medidas en las cuales se pueda equilibrar y amparar mejor al trabajador con la consagración de dicha ley.

Además, se hará un minucioso análisis de como la implementación de dicha ley no ha servido para generar más empleo la cual se decía que era su finalidad, de como con este tipo de medidas se ha retrocedido enormemente en cuanto a las garantías y protección al trabajador, de los grandes perjuicios que le han ocasionado a estos, entre otras falencias que emanan a partir de la promulgación de la ley 789 de 2002.

## **Reforma laboral**

Al realizarse un minucioso rastreo sobre la Ley 789 de 2002 se puede evidenciar que está teniendo diferentes modificaciones en cuanto a la normativa del subsidio familiar, al sistema de protección social, reformas a algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, creó el Fondo Emprender

y demás variables que contienen dicha ley, hace pensar en un principio que está es muy equitativa, progresista y garantista. En cuanto al punto concreto de este trabajo, aunque existan modificaciones positivas como las mencionadas previamente, se debe decir que la presente investigación no está enfocada en toda la ley como tal, porque en su esencia es beneficiosa, sino que básicamente este escrito se enfocará en el artículo 25, ya que es palmario que esta medida afecta directamente la dignidad de todos los trabajadores que laboran en el horario nocturno.

Para dar más claridad a lo dicho anteriormente, es pertinente traer a colación este artículo de la ley 789 de 2002:

El artículo 160 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 160. Trabajo ordinario y nocturno:

1. Trabajo ordinario es el que se realiza entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintidós horas (10:00 p.m.).
2. Trabajo nocturno es el comprendido entre las veintidós horas (10:00 p.m.) y las seis horas (6:00 a.m.).

Anteriormente el artículo 160 de Código Sustantivo del trabajo estipulaba que las horas nocturnas comenzaban desde las 6:00 pm hasta las 6:00 am. Con la implementación de esta ley, se recortó el recargo del 35% por 4 horas, lo cual repercute en que aquellos trabajadores que laboran en este horario estén trabajando lo mismo por menos remuneración.

Esta ley y en especial este artículo se establecieron con el único fin de generar más empleo, la cual justificaban este artículo con 640.000 mil trabajos más en los 4 años siguientes a su vigencia.

### **Principio de progresividad**

Es importante señalar que el cambio de la jornada laboral introducido por la Ley 789 de 2002 trajo consigo el desconocimiento del principio de progresividad, acarreando esto el desconocimiento de los avances obtenidos en materia

laboral por los trabajadores a la largo de la historia Colombiana.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos aprobada por la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973, el cual reza:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Y en el artículo 2.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales aprobado a través de la ley 74 de 1968, el cual reza que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Con respecto a este principio, la Corte Constitucional en sentencias como la C-556 de 2009 con magistrado ponente a Nilson Pinilla Pinilla, ha establecido que este consiste en: “...la obligación de moverse lo más rápidamente posible hacia la meta, además de que el Estado se encuentra obligado a aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos sociales y tiene prohibido, al menos en principio, retroceder en los avances obtenidos.”(Subrayado y en negrilla fuera del texto) (Párr. 2)

A partir de las normas y sentencias anteriormente citadas, y tal y como lo establece (Toledo

Toribio, S.F) El Estado con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) tiene la prohibición de tomar medidas regresivas frente a ellos.

Expresa Toledo Toribio (S.F) que el principio de progresividad contiene una doble dimensión, una positiva y una negativa, la positiva haciendo referencia al avance gradual en la satisfacción de los DESC a través de decisiones estratégicas con miras a la preeminencia de estos derechos y la negativa, a la prohibición de retorno en los avances obtenidos.

### ***Test de Proporcionalidad***

Es pertinente señalar que no toda medida regresiva es inconstitucional, y la Corte Constitucional para determinar cuándo una ley lo es o no lo es, ha recurrido a unos parámetros establecidos por la misma institución en sentencias como la C-228 de 2011 con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao Pérez, en la cual se establece que una medida regresiva es acorde al sistema cuando:

1. la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa;
2. que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida;
3. que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto;
4. que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido;
5. que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.

A partir de esto es necesario hacer un análisis riguroso al artículo 25 de la Ley 789 de 2002 para determinar si se cumplen con los parámetros previamente mencionados o por el contrario, lo que

se hizo fue retroceder en cuanto a las garantías alcanzadas hasta el momento por el trabajador.

Para hacer este análisis se enfrentara la teleología de la norma en cuestión y los resultados obtenidos a la luz de los parámetros previamente mencionados.

Con respecto al primer parámetro, es decir, la finalidad de la norma, es importante señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynnett defendió la norma porque, de acuerdo con esta Corporación, se busca impulsar el crecimiento de la economía a través de la generación de empleo enfrentando así las causas estructurales del desempleo en Colombia y debido como consecuencia fue declarada exequible.

El siguiente parámetro establece la demostración de que la norma si conduce a la finalidad perseguida, es decir, que la norma si va a ayudar efectivamente a lograr el número esperado de empleos o por el contrario no se logró generar empleos o se logró pero no en la medida de lo esperado.

En este punto es necesario establecer qué efectos tuvo la reforma laboral, si por un lado pudo aumentar el número de empleo o por el contrario se logró que los trabajadores trabajaran más por una menor remuneración.

Juan Carlos Guataqui Roa (2009) al hacer un análisis del impacto de la reforma laboral al 2009 expone que después de la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002 hubo un aumento en las horas extras más no un aumento significativo en la jornada ordinaria.

Por otro lado, al analizar los resultados obtenidos entre los años 2001 al 2006 por la encuesta continua de hogares del DANE, en la cual se tenía en cuenta la tasa de desempleo y la cantidad de población en edad de trabajar se pudo llegar a la conclusión de que a partir de la reforma laboral no hubo una disminución significativa en la tasa de desempleo.

**DANE- ESPECIAL GEIH - MAYO DE 2001-2006,**

Concepto	Promedio de 12 meses junio - mayo				
	2001 -2002	2002-2003	2003-2004	2004-2005	2005-2006
% población en edad de trabajo	75,4	75,7	76,1	76,4	76,8
TGP	61,9	61,5	61,9	60,0	59,8
TO	52,5	52,3	53,1	52,4	53,0
TD	15,1	15,0	14,2	12,8	11,5
TD Abierto	13,8	13,9	13,1	11,8	10,7
TD Oculto	1,3	1,2	1,1	1,0	0,8
TS Nacional	33,5	32,8	32,5	31,2	31,7
Insuficiencia de horas	14,6	12,7	13,5	11,7	11,2
Empleo inadecuado por competencias	3,1	2,9	3,2	3,2	3,8
Empleo inadecuado por ingresos	27,1	27,2	26,5	25,7	26,5
<hr/>					
Población total	42.005.222	42.714.743	42.437.536	44.163.091	44.860.275
Población en edad de trabajar	31.655.413	32.346.195	33.050.790	33.758.171	34.449.714
Población económicamente activa	19.594.771	19.903.423	20.466.168	20.270.030	20.615.432
Ocupados	16.633.329	16.909.100	17.554.336	17.675.850	18.244.875
Desocupados	2.961.442	2.994.324	2.911.832	2.594.180	2.370.507
Abiertos	2.697.008	2.758.307	2.680.168	2.382.906	2.197.416
Ocultos	264.435	236.017	231.664	211.274	173.092
Inactivos	12.060.641	12.442.772	12.584.621	13.488.141	13.834.282
Subempleados	6.858.793	6.532.455	6.654.392	6.329.535	6.525.878
Insuficiencia de horas	2.858.793	2.532.029	2.764.678	2.379.535	2.309.812
Empleo inadecuado por competencias	616.497	572.961	648.359	654.034	779.712
Empleo inadecuado por ingresos	5.307.699	5.412.251	5.432.373	5.202.514	5.464.546

Fuente: DANE, Encuesta continua de hogares.

Nota: Datos expandidos con proyecciones demográficas respecto a la población en edad de trabajar (PET), por dominio de estudio.

Nota: Toda variable cuya proporción respecto a la PEA sea menor a l 10%, tiene un error de muestreo superior al 5%, que es el nivel de calidad admisible para el DANE.

Posteriormente en el año 2006 el DANE creó la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) la cual reúne información sobre diversos temas en una misma encuesta con el fin de incrementar la calidad y confiabilidad de la información, llenar vacíos y ampliar la cobertura geográfica para la realización de la misma.

Uno de estos temas es las condiciones de empleo de las personas, en la cual se establece si trabajaban o no, su remuneración, si estaban afiliados a la seguridad social, además de las características generales sobre la población.

Con respecto a los datos obtenidos por esta nueva encuesta del DANE, el Banco de la Repú-

blica de Colombia unificó los datos obtenidos a partir del año 2001 hasta mayo del 2015 (fecha de elaboración de este informe), datos en los cuales se puede evidenciar que aunque si se ha logrado una disminución en la tasa de desempleo, esta no ha sido significativa ni tampoco constante en el tiempo, pues el porcentaje sube y baja conforme pasan los años y que la disminución más significativa en la tasa de desempleo<sup>1</sup> se dio a partir del 2013, es decir, 11 años después de la expedición de la norma.

Por otro lado, en las consideraciones del proyecto de ley que reformaba el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 y otros artículos de la misma,

1 La tasa de desempleo es la relación porcentual entre el número de personas desocupadas y la población económicamente activa.

presentado por Libardo Enrique García Guerrero, representante de la Cámara en el 2011, mencionó que la primera vez que se demandó la constitucionalidad de la norma, la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynnett, la declaró exequible toda vez que la norma estaba fijada para producir sus efectos en 4 años y por ende habría que esperar a que la Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo, creada específicamente para vigilar la efectividad de la norma, diera su informe sobre los resultados.

La Comisión de Seguimiento y Verificación de las políticas de Generación de Empleo, presento el informe referido en el que, luego de reconocer la complejidad de disponer de métodos exactos para medir el impacto de algunas medidas de la reforma laboral, recomendó al Congreso de la República mantener vigente la Ley 789 de 2002 por estar en armonía con las disposiciones constitucionales y los tratados sobre derechos humanos laborales, la comisión que ordenaba la ley se disolvió en 2006 y según el Procurador de la época, Edgardo Maya Villazón, “no cumplió sus funciones de recuperar espacio para la generación de un empleo digno, aliviar la situación de los desempleados y permitir que accedieran a la seguridad social. (García Guerrero, L.E. 2011)

Es pertinente señalar que la Ley 789 de 2002 en el parágrafo del artículo 46 relacionó directamente la vigencia de la norma con la efectividad en la generación de empleo y el informe de la comisión no fue adecuado para determinar esto, pues no contaba con los métodos idóneos para reunir tal información y por ende solo señaló de manera arbitraria que las normas eran acordes a la Constitución.

Con posterioridad al referido informe, el ciudadano Carlos Rodríguez Díaz, demandó nuevamente la inconstitucionalidad del artículo 25 y otros, demanda que fue resuelta mediante sentencia C-257 de 2008 por la Corte Constitucional

(magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández), en la cual se establece que hay cosa juzgada, sin realizarle en ningún momento el test de proporcionalidad a la norma.

El Magistrado Jaime Araujo Rentería, expuso en su salvamento de voto de la sentencia previamente mencionada que tan solo por crear la comisión, el legislador reconoce que no está seguro de que la medida sea efectiva para lograr el beneficio, pero que sí es seguro en cuanto a que se van a causar perjuicios a los trabajadores y beneficios a los empleadores, ya que por tal motivo se está avalando la regresión de los derechos del trabajador sin producir beneficios.

En el proyecto de ley que derogaba la norma en cuestión, se establece en un informe realizado por el gobierno, que de los 640.000 empleos que se debían crear en los cuatro años siguientes a la expedición de la Ley 789 solo se crearon 240.000. Cabe mencionar que recordando la sentencia C-038 de 2004 reiterada por la sentencia C-257 de 2008, esta es una norma que condiciona su validez a su eficacia y por ende no es pertinente desconocer este informe realizado por el propio gobierno.

Por otro lado, en el proyecto de ley se mencionó que no había prueba alguna de que las disminuciones en la tasa de desempleo se deban al desmejoramiento de los derechos del trabajador o si por el contrario se debió a otras medidas tomadas en la Ley, como por ejemplo el subsidio para el empleo de la pequeña y mediana empresa del artículo 2º, o la exención del pago de aportes al régimen de subsidio familiar, al SENA o al ICBF, para los empleadores que vincularan trabajadores adicionales, contemplada en el artículo 13, tal como lo puso de presente el Magistrado Jaime Araujo Rentería en el salvamento citado.

Ahora bien, a partir de los datos anteriores podríamos decir que no hubo un aumento significativo en el número de empleos, por lo cual la finalidad de la norma en cuestión no se logró y consecuentemente no se cumple con el segundo presupuesto y pese a estos resultados el Estado no ha hecho nada para revertir estos efectos.

Así mismo, el tercer presupuesto establece que de todas las alternativas posibles para generar un mayor número de empleo esta era la más adecuada. Para determinar si este parámetro se cumple o no se hará una comparación en cuanto a las jornadas laborales de algunos países de Latinoamérica, para ver cómo han enfrentado el tema de las jornadas laborales.

Chile regula el tema de las jornadas laborales en el artículo 22 del Código de Trabajo, el cual establece que la jornada laboral semanal no puede superar las 45 horas a partir del 1 de enero de 2005, antes era de 48 horas semanales y con respecto a la remuneración dice La Dirección del Trabajo:

Mediante el Dictamen N°4415/171, precisó y complementó el Dictamen N°4338/168, del 22 de Septiembre de 2004, señalando que las partes involucradas en la relación laboral, no se encuentran facultadas para acordar una rebaja o disminución de la remuneración pactada, como consecuencia del imperativo legal de reducción de la jornada laboral establecida en el inciso 1° del artículo 22, con relación al artículo 19 transitorio, ambos del Código del Trabajo. De esa forma, las remuneraciones totales de los trabajadores no pueden verse afectadas con ocasión o a causa de la disminución de la jornada laboral, independientemente del sistema de remuneración existente en cada empresa, salvo en aquellas remuneraciones variables que deberán ajustarse para que el trabajador mantenga el monto de sus remuneraciones percibidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la disposición legal. (S.F)

Tal vez en Colombia una menor jornada laboral sin detrimento en la remuneración del trabajador, lograría que los empleadores tuvieran que contratar a un mayor número de personas, lo cual era el objetivo de la reforma laboral introducido por la Ley 789 de 2002.

En Argentina la Ley 20744 texto ordenado por Decreto 390 de 1976, que regula el contrato de trabajo en su artículo 200 establece que la jornada diurna y nocturna tienen igual remunera-

ción, tal vez en Colombia eso podría significar que los trabajadores no serían explotados en cuanto a sus horarios, porque así el empleador contrataría a más personas sin tener que pagar el recargo nocturno lo cual podría implicar el aumento en el número de empleo.

A partir de esto, se puede concluir que había otras opciones mejores que no implicaran que el trabajador trabajara más por un salario menor.

El cuarto presupuesto es la no afectación del contenido mínimo del derecho social comprometido, en este caso en particular sería el derecho a la remuneración mínima vital y móvil, también concebida como un principio de la seguridad social.

Según Jorge Iván Calvo León (S.F), Los principios de la seguridad social se pueden entender como “aquellos ideales que buscan ser alcanzados por el sistema de la seguridad social”, se le debería considerar como aquello que se debe realizar en la mayor medida de lo posible. Pero al hacerle un análisis a la realidad se puede llegar a la conclusión de que los principios encajan perfectamente en la definición dada por Calvo.

Estos principios se encuentran consagrados en los artículos 48 y 53 de la Constitución, la remuneración mínima vital y móvil encontrándose en este último.

La remuneración mínima vital y móvil, debe ser proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la cual parece ser que a los dirigentes y empresarios de nuestro país solo entendieron la primera parte de este principio, es decir, “remuneración mínima” puesto que es imposible decir que es suficiente para cumplir las necesidades que tienen las personas y mucho menos se puede decir que es congruente a la cantidad de trabajo que hay, puesto que en realidad a más horas de trabajo menos es el pago recibido, lo cual es un grave atentado contra la dignidad de las personas y ha imposibilitado que las familias colombianas logren superar su situación de miseria y pobreza.

Teniendo en cuenta que con la Ley 789 de 2002 se obtuvo como resultado lo opuesto a lo

que se buscaba: poco crecimiento en la cantidad de empleo en el país pero un aumento en las horas extras, es decir, las mismas personas trabajan mucho más por un salario menor, se podría considerar que se afectó el contenido mínimo del derecho a la remuneración mínima vital y móvil, pues no es acorde a la cantidad de trabajo.

El quinto parámetro es que el beneficio que alcanzó fue mucho mayor al costo que aparejó, y como se dijo anteriormente la finalidad de la ley, es decir, un mayor número de empleo, no se cumplió, por lo cual trajo como consecuencia que la remuneración que obtenían anteriormente los trabajadores disminuyera, que la cantidad de trabajo aumento para una misma persona pero con un salario menor y que la dignidad del trabajador se viera afectada.

El Estado tenía fijada una jornada laboral en la que se favorecía a los trabajadores y con la nueva ley se estaría eliminando este beneficio, alterando así reglas que estaban implementadas, actuando así de mala fe y desconociendo lo tipificado en el artículo 83 de nuestra constitución que establece: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Es importante señalar que con la reforma laboral de la Ley 789 de 2002 se está incumpliendo con tratados como la Convención Americana o el PIDESC desconociendo así el principio *pacta sunt servanda*, el cual establece que los tratados se tienen que cumplir y más que eso, se tienen que cumplir de buena fe.

Ahora bien es importante cuestionarse ¿por qué el gobierno sigue defendiendo esta reforma laboral pese a los perjuicios que le causa al trabajador? Tal vez sea por los costos multimillonarios que le podría aparejar a las empresas en el país, puesto que ya la remuneración sería muchísimo mayor y proporcional a la cantidad de trabajo, sumándole a esto las liquidaciones e indemnizaciones por despido sin justa causa en caso de tener

que realizar recorte de personal. Por otra parte también se encuentra el aumento en los aportes a la seguridad social y consecuentemente para el sistema general de la seguridad social integral, el aumento en el ingreso base de liquidación (IBL) para la pensión de vejez, invalidez y muerte, toda vez que las administradoras de fondos de pensiones, ya sea pública o privadas, tendrían que aumentar el valor de las mesadas.

¿Será que al cambiar lo establecido actualmente por la Ley 789 de 2002 con respecto a la jornada laboral podría aparejar un desequilibrio mayor que el existente en el sistema general de la seguridad social integral?

¿Tendrían que aumentar nuevamente la edad para pensionarse o el número de semanas mínimas cotizadas requeridas para equilibrar nuevamente el sistema, tal y como se reformó esto con la Ley 100 de 1993 o con el Acto Legislativo 01 de 2005 que eliminó los regímenes especiales en su época?

A partir de todo lo previamente expuesto se concluye que la reforma laboral es inconstitucional pues no cumplió con los presupuestos del test de proporcionalidad, por lo cual en caso de volver a ser demandada su constitucionalidad debería ser declarada por la Corte Constitucional inexecutable por las razones expuestas.

### ***Principio de la confianza legítima y su vulneración con la reforma laboral***

Al realizar el cambio en la jornada laboral lo que hizo fue retroceder en los avances obtenidos por el trabajador además de que creó una herramienta que permite que sean explotados con mayor facilidad, todo esto disfrazado de la idea de que se garantiza una mayor cobertura laboral.

Por otro lado con la Ley 789 de 2002 también se vulneró el principio de la confianza legítima, este principio ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional como un mecanismo que, en pocas palabras, busca conciliar en cierta me-

dida las condiciones y el interés general que se concreta en los deberes de la administración, tales como conservar y preservar el espacio público y todo tipo de condiciones sociales que busquen mejorar la calidad de vida de las personas que integran dicha sociedad, además también tiene en cuenta los derechos al trabajo e igualdad de las personas que ejercen el comercio informal.

## **Jurisprudencia y normatividad sobre confianza legítima**

La Corte Constitucional en varias sentencias ha encuadrado la importancia de la confianza legítima en todas las acciones administrativas del Estado.

También ha dicho que este es un principio con bases estructurales nacidas de otros principios fundamentales como el de la seguridad jurídica, la cláusula del Estado Social de Derecho y principalmente del principio de la buena fe.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-360 de 1999 (magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero), dispone que este es un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica, de respeto al acto propio y buena fe, adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado.

Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible. Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideren convenientes para la sociedad. Lo prudente

es que antes del desalojo se trate de concertar y concretar, con quienes estén amparados por la confianza legítima, un plan de reubicación u otras opciones que los afectados escojan, la administración convenga y sean factibles de realizar o de principiar a ser realizadas.

El Principio de Confianza Legítima se deriva del artículo 83 superior, al estatuir que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Tal norma constitucional ha sido desarrollada por esta corporación, indicando que las relaciones con la comunidad han de ceñirse a ese principio, lo que implica, de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas y, de otra, el derecho a esperar que los demás obren de la misma forma. Ello se predica de todas las relaciones comunitarias y asume especial relevancia cuando participa la administración pública, en cualquiera de sus formas, dado el poder del que se encuentra investida. De tal manera, toda la actividad del Estado se ha de desarrollar dentro del respeto al acto propio y la confianza legítima.

Por otro lado, la Corte Constitucional en la sentencia C -097 de 2011 (magistrado ponente Alexei Julio Estrada), indicó que es deber de la administración actuar en sus relaciones jurídicas con los particulares de manera consecuente con sus conductas precedentes, de manera que los administrados no se vean sorprendidos con conductas que resulten contrarias a sus expectativas legítimamente fundadas, basado como está el principio de confianza legítima en que las autoridades públicas no pueden alterar, en forma inopinada, las reglas que gobiernan las relaciones del Estado con los asociados.

De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia T- 895 del 2010 (magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla), establece que el principio de confianza legítima se basa en que las autoridades públicas no pueden alterar, en forma inopinada, las reglas que gobiernan las relaciones del Estado con los asociados.

El Estado está para proteger a las personas y no para establecer medidas que las afecte, con Ley 789 de 2002 no se tiene en cuenta que los trabajadores han permanecido en desigualdad desde la entrada en vigencia de esta ley, siendo victimizados así durante 12 años aproximadamente.

Hay que tener en cuenta que se estaría vulnerando el principio de la confianza legítima ya que el Estado tenía fijado una jornada laboral en la que favorecía a los trabajadores y con la nueva ley se estaría eliminando este beneficio, alternado así reglas que estaban implementadas, actuando así de mala fe y desconociendo lo tipificado en el artículo 83 de nuestra constitución que establece: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

### ***La Dignidad humana***

Para el pleno desarrollo del presente artículo es pertinente abordar y profundizar en el principio de la dignidad humana desde todas sus perspectivas, ya que para el caso concreto, claramente ésta se les ve vulnerada a los trabajadores que laboran en el horario nocturno con la implementación del artículo 25 de la Ley 789 de 2002.

### ***Jurisprudencia y normatividad sobre dignidad humana***

La dignidad humana tiene múltiples acepciones, una de la definición más común es la de “Tratar al otro no como un medio si no como un fin para así reconocerle su humanidad” esto se traduce como: el ser humano no es un instrumento para llegar a un fin. También es conocida comúnmente como aquel valor intrínseco de todo ser humano, independientemente de su raza, condición social o económica, edad, sexo, ideas políticas o religiosas.

Lo anterior hablando en términos generales sobre el concepto, pero entrando más en el sistema normativo colombiano se podría aclarar que esta además de ser un valor es un principio cons-

titucional de mucha importancia en nuestro ordenamiento jurídico ya que como lo establece el artículo 1° de la Constitución Política: está fundada en el respeto de la dignidad humana, por ende es el pilar o eje fundamental de todos los derechos.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 1992 (magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), plantea que la dignidad humana “es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”.

En la jurisprudencia colombiana, la sentencia que mejor explica este concepto es la sentencia T -881 de 2002 (magistrado ponente a Eduardo Montealegre Lynett), en la cual la Corte Constitucional dividió el concepto en dos esferas, como objeto de protección, entendiéndose por tal La dignidad como ejercicio de la autonomía de la persona en ejercicio de su plan de vida “vivir como quiera”, La dignidad como condiciones materiales de existencia “vivir bien” y la dignidad como intangibilidad de la integridad física y moral “vivir sin humillaciones”.

En segundo lugar se entiende la dignidad humana desde la función del enunciado normativo, dividiéndose en la dignidad como un derecho fundamental autónomo, como un valor constitucional y la dignidad como base axiológica del ordenamiento jurídico.

### ***Vulneración de la dignidad humana***

Desde la perspectiva en la que se enfocará este apartado es la dignidad desde ambas esferas, enfrentándola directamente con la afectación de los trabajadores que laboran en horarios nocturnos con la entrada en vigencia del artículo 25 de la Ley 789 del 2002.

La dignidad como condiciones materiales de existencia “vivir bien” se entiende como el deber de disponer de una protección y garantía a todas las personas, en el caso concreto a los trabajadores. Dicha protección se debe materializar en unas justas condiciones de trabajo, es decir, que sea bien valorado y remunerado el trabajar

en la noche, para que así estas personas cuenten con unas condiciones materiales que les permitan desarrollar plenamente su propio plan de vida, ya que al pagarles el precio justo por la labor realizada, todos estos trabajadores podrán tener más ingresos económicos y así dignificar su vida y por ende la de sus familiares.

La dignidad como intangibilidad de la integridad física y moral “vivir sin humillaciones” presupone que el Estado como garante de derechos debe de amparar y disponer de todas las herramientas pertinentes para que la dignidad de todas las personas no se vea afectada o al menos en la menor medida posible. Claramente con la implementación de la Ley 789 del 2002 se ve desvirtuado lo dicho anteriormente (que además es obligación del Estado), ya que al no reconocer el recargo de las horas nocturnas desde las 6 pm como antes estaba tipificado el artículo 160 de CST repercute en que estos trabajadores laboren el mismo tiempo y no se les pague lo debido, afectando su integridad física y moral porque ¿Cómo podría un trabajador que cumple un horario nocturno realizar bien sus funciones sabiendo que no le pagan lo que realmente merece? Cabe analizar que en muchas ocasiones las personas aseguran que el trabajo dignifica a la persona, pero en este punto es pertinente cuestionarnos ¿será que realmente ésta premisa si se cumple con la implementación de la Ley 789 de 2002 para los trabajadores que laboran en la noche?

Por otro lado, cabe recordar que en el artículo primero de la Constitución Política de Colombia no solamente se hace referencia a que la Constitución está basada en el respeto de la dignidad humana sino también al trabajo, lo cual, la implementación de la Ley 789 de 2002 pasa por alto este principio, lo que lleva a pensar que esta ley no es constitucional sino que por el contrario, va en contravía de nuestra carta política ya que no solo vulnera este artículo sino también los artículos 48 y 53 de ésta.

El principio a tratar es intrínseco en el derecho al trabajo y se encuentra consagrado taxativa-

mente en el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia de la siguiente manera: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”

Asimismo el artículo 53 de la misma, consagra para el caso concerniente, que la ley debe garantizar una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y el adiestramiento y el descanso necesario. La sentencia C- 425 del 2005 (magistrado ponente Jaime Araujo Rentería), establece que el acceso al trabajo es una posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos servicios que le permiten funcionar a todo ser humano en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, resaltando que la dignidad humana es un principio esencial, inherente e inalienable para la persona.

En todo lo anterior, la responsabilidad del Estado frente a los derechos del trabajador es palmaria, pues es el encargado de velar por los derechos de éstos, estableciendo políticas de desarrollo que beneficien al trabajador para así garantizar una vida digna. De la misma manera, cabe analizar el siguiente punto plasmado en el artículo 53 de la Constitución, frente a la Ley 789/02:

Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo: Este es precisamente uno de los puntos más relevantes en la presente investigación pues, el no reconocimiento del recargo en las horas nocturnas durante 4 horas repercute directamente en la remuneración del trabajador, de tal forma que, como se había dicho en un principio, el trabajador a partir de la implementación de esta ley, estaría trabajando las mismas horas, sin obtener por esto una mejor remuneración. Entonces cabe preguntarnos ¿será que con la implementación de dicha ley, el Estado está garantizando o efectivizando el derecho constitucional de una remuneración proporcional a la cantidad del trabajo para protección del trabajador? Teniendo en cuenta para el análisis de ésta pregunta, que la Constitución es

norma de normas por lo tanto ninguna otra ley puede sobrepasarla.

Ahora bien, de conformidad con lo anterior, la Sentencia C- 425 del 2005 consagra lo siguiente: “Las acciones que efectúe el aparato estatal en materia de trabajo, de salud, de educación, de servicios públicos, entre otras, van sin duda encaminadas directa o indirectamente a resguardar los derechos fundamentales y en consecuencia a respetar la dignidad humana.”

La misma expresa:

...la vida, la integridad física y la salud, son derechos indispensables para hacer efectivo el derecho al trabajo. Razón por la cual, ha sido encomendado al Estado Social de Derecho, la garantía y prestación del Servicio Público de Seguridad Social, para que sea a través de dicho servicio que el Estado dignifique y otorgue justicia a las condiciones en que se ejerce el trabajo.

El derecho al trabajo, debe darse bajo condiciones dignas y justas, así mismo lo consagra el artículo 25 de la Constitución, pero con todo lo anterior se puede inferir que con el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 la dignidad del trabajador se encuentra oscilando, pues en vez de mejorar sus condiciones frente al trabajo, claramente las está desmejorando, dejando así de reconocer el recargo nocturno por 4 horas de trabajo. Por lo cual cabe preguntarnos ¿qué tan garantista está siendo el Estado como protector de los derechos del trabajador? Pregunta para la cual se debe tener en cuenta la defensa de la creación de la norma en la Sentencia C-038 del 2004 como generadora de empleo. Pero así mismo surge un interrogante ¿si resulta factible para el empleador generar más empleo cuando un solo trabajador puede realizar lo mismo y por menos remuneración? Teniendo en cuenta que no existiría ya la figura del recargo por 4 horas: de 6:00pm a 10:00pm.

Ahora bien, implementar el sistema de horas nocturnas como estaba establecido anteriormente es un tema que aún se debate en el gobierno e inclusive ha sido utilizado como propuestas de

campañas políticas pero de ahí a hacerlas realidad, es completamente distinto. Pues mientras tanto los trabajadores regidos bajo esta normatividad, siguen sufriendo los perjuicios.

Tras todo lo anterior, se pueda inferir entonces que la creación del artículo 25 de la ley 789 de 2002 es completamente contrario a la normatividad y la jurisprudencia colombiana, pues si bien la misma está encaminada a la protección de la dignidad del trabajador y a la progresividad de sus derechos, el artículo 25 de dicha ley va en contravía de ello, pues desmejora los derechos de los trabajadores y además de ello, no existe una remuneración acorde a la cantidad del trabajo, lo que hace evidente una vulneración de la dignidad humana y por tanto, de un principio constitucional.

Mientras tanto, los trabajadores del horario nocturno, siguen esperando que los grandes dirigentes del país atiendan a sus peticiones, y sobre todo; que recuerden y cumplan sus promesas de campaña y de esta forma se declare la INCONSTITUCIONALIDAD de ésta norma que tanto afecta a éste sector de la población.

### ***Afectación a partir del artículo 25 de la ley 789 de 2002***

El actuar del Estado con respecto a la implementación de la Ley 789 de 2002 ha dejado un tinte amargo en el paladar de los trabajadores colombianos, al punto que al hacerse referencia a la confianza legítima este se torna en un principio desvalorizado y enunciado exclusivamente dentro del papel, dado que en la práctica no se encuentra una aplicación real y justa de éste principio. Analícese lo siguiente: hasta antes de la implementación de la Ley 789 de 2002 los colombianos con ingresos más bajos y condiciones económicas difíciles podían esforzarse trabajando después de la jornada ordinaria laboral y bajo esta premisa aumentar sus ingresos, logrando de esta manera satisfacer las mínimas necesidades inherentes a su condición social.

La revista Semana (2007) publicó un estudio de la Universidad Nacional, contratado por la

Central Unitaria de Trabajadores (CUT), dice que mientras los empleados colombianos dejaron de percibir ingresos por su labor nocturna, el sector empresarial aumento en los últimos cinco años y la generación de empleos es nula comparado con la pretensión con la que se implementó la mencionada ley. El procurador Edgardo Maya, la senadora Gloria Inés Ramírez incitan al debate proponiendo el regreso del pago de horas extras, dado que la costumbre laboral en Colombia, porque la jornada diaria terminaba a las 6:00 p. m. y después de esa hora el trabajo extra o suplementario se remuneraba con un recargo del 75% del valor del trabajo ordinario diurno. Igualmente trabajar turnos nocturnos a pesar del gran esfuerzo que se debe hacer, se compensaba con un recargo del 35% y eso les permitía a trabajadores colombianos que normalmente laboran en horas de la noche que económicamente se sostienen con un salario mínimo, acceder a unos mayores ingresos con el mencionado recargo.

Esos derechos sufrieron un atentado constitucional con la entrada en vigencia de la Ley 789 de 2002, que dispuso en el artículo 25 modificar la jornada ordinaria y establecer que esta fuera de 6 de la mañana a 10 de la noche, por supuesto sin recargo alguno, supuestamente con el fin de promover el empleo. Cientos de trabajadores colombianos se vieron afectados con la ley, la cual es a todas luces regresiva y miles de millones de pesos fueron ahorrados por los empresarios nacionales sin que ello se reflejara ni en el empleo, ni en los recaudos fiscales y mucho menos en la inversión social. En efecto, según los estudios y conclusiones que se tienen tanto de investigaciones académicas como de los órganos de control, se pudo concluir que la implementación de la medida no contribuyó a la generación de los empleo y esta se supone era una medida transitoria que al no lograrse lo propuesto desaparecerían sus efectos.

El 16 de abril del 2013, la Comisión Séptima de Senado aprobó en primer debate la ponencia presentada por la senadora Gloria Inés Ramírez Ríos, al Proyecto de Ley No. 82 de 2012 Senado, “Por la cual se derogan las disposiciones que no

lograron los efectos prácticos para la generación de empleo, de la Ley 789 de 2002”.

La página oficial del senado (2013) público la ponencia de la senadora sobre la reforma laboral, en la cual se establece que es necesario un nuevo proyecto de ley que reforme la Ley 789 de 2002 puesto que lo que consagra no ha logrado los efectos esperados, la disminución en la tasa de desempleo ha sido mínimo siendo una cifra ridícula de la cual el Gobierno no puede estar orgulloso toda vez que atenta contra la dignidad humana, el derecho al trabajo y las garantías mínimas laborales y desconocen principios, valores y derechos fundamentales consignados en la Carta Política y los Tratados internacionales.

Por otro lado, es importante analizar las condiciones de empleo de los Colombianos, en esta ponencia además se señala que según un estudio realizado por la Escuela Nacional Sindical se concluyó que “apenas el 32% de los colombianos que trabajan, tiene condiciones de trabajo decente porque la mayor parte de los empleos de la economía son de mala calidad”.

Además, más de la mitad de la población está en condiciones de informalidad. De acuerdo con el DANE, del total de ocupados, el 51.2% tenía un empleo informal. Por su parte, el Banco de la República considera trabajadores informales a los que no contribuyen a la seguridad social y de acuerdo con esta definición la informalidad está en el 62%. Estas cifras dieron lugar a que el último Informe del Panorama Laboral de América Latina de la OIT clasificara a Colombia entre los cuatro países de la región con mayor informalidad.”

## **Conclusiones**

Con base en todo lo expuesto previamente se concluye que el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 vulnera gravemente la dignidad del trabajador, toda vez que afecta directa y drásticamente las garantías de aquellos trabajadores que laboran en un horario nocturno, porque al implementar el cambio de la jornada laboral se obtuvo que

los mismos trabajadores laboraran lo mismo o incluso más por una remuneración menor, esto se debe a que al recortar el recargo nocturno del 35% por 4 horas, los empleadores no contratan a más personas sino que ponen a una misma persona a trabajar más por un periodo de tiempo muchísimo mayor sin un aumento en su remuneración, lo que repercute por un lado en que se transgrede la dignidad humana de cada uno de estos trabajadores y por otro lado que además sea una medida totalmente regresiva, ya que no fomentó el empleo (tal y como se justificó en la exposición de motivos por la cual fue realizado este artículo 25 de la Ley 789 de 2002) sino que por el contrario, causó un detrimento a aquellos trabajadores que laboran en un horario nocturno y por ende un déficit en la empleabilidad.

Es pertinente resaltar que la empleabilidad no se puede promover desmejorando a la fuerza laboral que en la actualidad se encuentra empleada, ni desconocer los derechos mínimos de los trabajadores, ya que son derechos por los cuales estos han luchado arduamente e históricamente, por lo cual, el legislador no puede desconocer los derechos adquiridos de estos trabajadores y mucho menos crear una norma que los afecten tan drásticamente tal y como se explicó anteriormente.

Por otro lado, la corte constitucional ha sido clara en numerosas ocasiones que el Estado está para proteger a las personas y no para establecer medidas que los afecten, y que si una norma va en contravía de la Constitución es inconstitucional.

Tal y como se demostró anteriormente, esta medida es totalmente inconstitucional toda vez que no cumple con los parámetros del test de proporcionalidad, test utilizado por la Corte Constitucional para determinar cuándo una medida es o no constitucional, además de que vulnera el derecho al trabajo en condiciones dignas y el derecho a la remuneración mínima vital y móvil que debe ser acorde a la cantidad y a la calidad del trabajo.

En este punto se debe recordar lo dicho anteriormente respecto a la vulneración de la confian-

za legítima, toda vez que el Estado había establecido unas reglas de juego (en este caso consagrado que la jornada laboral nocturna comenzaba desde las 6pm y desde esta hora comenzaba el recargo nocturno del 35 %) y luego cambia las reglas sin importar el gran número de trabajadores que se vean afectados por dicho cambio, atendiendo con más prioridad intereses políticos y empresariales que se encuentran de por medio.

Es pertinente reiterar que el Estado está para proteger y no para adoptar medidas que afecten a la población, evidentemente existe una gran negligencia de este al ser partícipe del gran desempleo que generó el artículo 25 de la ley 789 de 2002, ante dicha situación es totalmente responsable de que el desempleo siga creciendo cada vez más en nuestro país.

Frente a lo planteado en este artículo, es claro que el Estado debe crear urgentemente medidas que reformen o deroguen este artículo para amparar a los trabajadores afectados por dicha ley y así generar mejores condiciones de trabajo para que las personas puedan dignificar su vida.

Con respecto al segundo objetivo específico se concluye que: El principio de progresividad consagrado en los artículos 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el 2.1 del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que el Estado tienen la obligación de aumentar progresivamente la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y que no puede retroceder en estos avances, salvo en los casos en los que el retroceso sirva para lograr un fin mayor.

Es importante señalar que el derecho al trabajo tiene suprema importancia tanto a nivel nacional como internacional, toda vez que este permite dignificar a la persona y que este se desarrolle como tal, además de que permite que un país crezca económicamente y supere las condiciones de pobreza.

Si bien el artículo 25 de la Ley 789 de 2002 se promulgó en aras de mejorar la economía del país, lo que realmente se logró fue un déficit de la

empleabilidad, tal y como lo demuestran las estadísticas emitidas por el DANE, las cuales fueron previamente explicadas en la presente investigación y dicho déficit se ocasionó entre otras cosas porque debido a esta reforma a la jornada laboral nocturna se le otorga una libertad y potestad a todo empleador de decidir si contratar a una persona para que realice una determinada función o si por el contrario contrata a dos personas para que se turnen dicha función, lo cual en la mayoría de casos optan por la primera y lo que repercute en el despido masivo de trabajadores en muchas empresas para así reducir costos.

Y lo que hace peor la situación es que el Estado al ser plenamente consciente de estas estadísticas no ha hecho nada para rectificar la situación, es decir, están protegiendo los gravámenes contra el trabajador, lo que conllevó a que se retrocediera en los avances obtenidos sin ninguna razón de ser, y por ende a que se vulnerara el principio de progresividad y se incumpliera con los tratados internacionales ratificados por Colombia mencionados previamente, asimismo se incumplió con el Pacta Sun Servanda, principio del derecho internacional que establece que los tratados se tienen que cumplir y de buena fe, pues el Estado parece no tener la intención de cumplir estos tratados que benefician altamente a los trabajadores.

## Referencias Bibliográficas

- Banco de la República (S.F) Tasas de empleo y desempleo. Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/es/tasas-empleo-desempleo>.
- Calvo León, J.I (S.F) Principios de la seguridad social. Recuperado de: <http://www.binasssa.cr/revistas/rjss/juridica8/art3.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 53-83. Julio 7 de 1991 (Colombia)
- Convención americana sobre derechos humanos. Artículos 26. 22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica. Recuperado de: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-038 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnett. Enero 27 del 2004) Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-038-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-425 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería. Abril 26 del 2005) Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=16747>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala plena. Sentencia C- 097 de 2013 (M.P. Alexei Julio Estrada. Febrero 27 del 2013) Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-097-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C- 228 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Marzo 30 de 2011) Párr. 164. Recuperado de: <Http://Www.Corteconstitucional.Gov.Co/Relatoria/2011/C-228-11.Htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-257 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Marzo 12 de 2008) Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-257-08.htm>
- Corte Constitucional De Colombia. Sala Plena. Sentencia C-556 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Agosto 20 de 2009) Párr. 2. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-556-09.htm>
- Corte constitucional de Colombia. Sala segunda. Sentencia T - 401 de 1992, (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz; Junio 3 de 1992) Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-401-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sala séptima. Sentencia T -881 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnett. Octubre 17 de 2002) Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>





# Responsabilidad de los establecimientos educativos públicos de educación formal básica y media del municipio de Sabaneta en la adecuación y aplicación en los manuales de convivencia de los mecanismos de prevención y mitigación del acoso escolar o matoneo de acuerdo con la de la ley 1620 de 2013 y el decreto reglamentario 1965 de 2013\*

*Robinson Caballero Fontecha\*\**

*Sandra Milena Gallo Gil\*\*\**

*Diana Patricia Rodríguez Saavedra\*\*\*\**

*Asesor: Juan Rodrigo Vega Henao\*\*\*\*\**

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## **Resumen**

La Ley 1620 de 2014, por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, establece las rutas de atención de estas problemáticas que se presentan al interior de las instituciones educativas.

El presente artículo reflexiona acerca de la importancia de esta norma y presenta el estudio de caso del municipio de Sabaneta, en donde se analizó la adecuación de los manuales de convivencia de los Establecimientos Educativos públicos de educación formal básica y media, a la prevención y mitigación del acoso escolar o matoneo y los pronunciamientos judiciales que se han proferido en la materia en el mismo contexto territorial.

**Palabras clave:** Sistema Nacional de Convivencia Escolar, Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar, Manuales de Convivencia, Responsabilidad del Estado, Centros Educativos.

---

\* Artículo científico producto de trabajo académico desarrollado en la materia Proyecto de Línea de Investigación III en el Semestre 2015 -1, de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\* Estudiante del pregrado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\*\* Estudiante del pregrado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\*\*\* Estudiante del pregrado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

\*\*\*\*\* Abogado, Especialista en Gestión Ambiental, Magister en Medio Ambiente y Desarrollo. Docente Asistente de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho y co-investigador del Grupo de Investigación POLEMOS de la Corporación Universitaria de Sabaneta - UNISABANETA -.

***Accountability of basic and middle public educational establishments of the town of Sabaneta in the adaptation and application on the coexistence manuals of the mechanisms of prevention and mitigation of bullying in accordance with the law 1620 of 2013 basic formal education and regulatory Decree 1965 of 2013***

***Abstract***

Law 1620 of 2014, whereby the National School Coexistence System and Exercise Training for Human Rights Education for Sexuality and Prevention and Mitigation of School Violence is created, establishes routes care of these problems presented within educational institutions.

This article reflects on the importance of this rule and presents the case study of the town of Sabaneta, where the adequacy of manuals coexistence of public formal elementary and secondary educational institutions was analyzed, to the prevention and mitigation of bullying and the court rulings that have been issued in the matter in the same territorial context.

**Keywords:** National School Coexistence System, Exercise Training for Human Rights Education, Prevention and Mitigation of School Violence, coexistence manuals, State Responsibility educational institutions

## **Introducción**

En la Constitución Política de 1991 la educación, como principio, está contemplada en el Preámbulo de la Carta Fundamental a través del “conocimiento” como medio para garantizar un orden político, económico y social justo. La Carta al elevarla a rango constitucional, ha establecido que tiene un doble carácter o naturaleza: como derecho de la persona y como servicio público a cargo del Estado la educación es un derecho de la persona y un servicio público con función social. (Colombia. Constitución Política, 1991).

La educación como derecho y como servicio público con función social, está llamada a ser dinamizadora y orientadora de todo el accionar del Estado para la realización de los fines estatales. Por su parte, el artículo 44 reviste una importancia particular, pues éste, expresamente dice cuáles son los derechos fundamentales de los niños, entre los que se destacan la vida, la educación y la cultura. La educación como derecho fundamental está preservada por los diferentes mecanismos de protección de dichos derechos. (Colombia. Constitución Política, 1991)

A su vez, el artículo 70 establece que el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura en igualdad de oportunidades a través de la educación. Por otra parte, la Constitución en el artículo 311 establece que al Municipio, como entidad fundamental de la organización político- administrativa, le corresponde prestar los servicios públicos, entre los que se encuentra el servicio de educación. (Colombia. Constitución Política, 1991).

La Ley 115 de 1994 dispone que el Proyecto Educativo Institucional (PEI) de los Establecimientos Educativos, debe responder a situaciones y necesidades de los educandos, de la comunidad local, de la región y que los establecimientos educativos deben tener un reglamento o Manual de Convivencia en el que se definan los derechos y obligaciones de los estudiantes. (Colombia. Congreso de la República, 1994).

Por su parte, la Ley 1620 de 2013, asigna a la institución educativa una larga lista de responsabilidades, funciones, obligaciones y deberes, entre los que se cuentan: implementación de proyectos pedagógicos diferentes a los que existen, creación de espacios para la conciliación, activación de la denominada Ruta Integral para la Convivencia Escolar, diseño de estrategias para la flexibilización del modelo pedagógico, revisión y adecuación del PEI, identificación de factores de riesgo que incidan en la Convivencia Escolar, desarrollo de estrategias para evaluación y seguimiento a las formas de violencia escolar, definición del reglamento operativo para el Comité Escolar de Convivencia, las cuales serán en últimas agregadas a las múltiples actividades curriculares complementarias que hoy realiza el docente. (Colombia. Congreso de la República, 2013)

Así, la institución educativa en cumplimiento de unos de los fines esenciales de la educación, como lo es la formación integral, le corresponde jugar su papel frente al fenómeno de la violencia y la manera creciente como esta se expresa en la cotidianidad de la vida escolar, recurriendo para ello al saber, la reflexión y la práctica pedagógica. En la educación para la convivencia, la escuela tiene una responsabilidad ineludible en la formación de ciudadanos capaces de relacionarse entre sí de manera constructiva, respetando los derechos humanos de los demás.

Ahora, el Manual de Convivencia es una norma jurídica y por ser esta su naturaleza, es de obligatorio cumplimiento para sus destinatarios; es coercible, es decir, existen maneras jurídicas de hacerlo cumplir, incluso forzadamente; debe atenderse, en lo formal y lo sustancial, a las exigencias de la normativa colombiana; su contenido no puede ir en contravía de otras normas de superior jerarquía como la Constitución Política o las Leyes que se refieran a la educación y debe difundirse o darse a conocer a la comunidad educativa.

También, como norma jurídica, el manual debe contar con un espíritu o intención que es el de regular la convivencia pacífica en la escuela; el

manual es la herramienta que facilita el aprender a vivir juntos en comunidad por eso su valor como herramienta que apoya la regulación de situaciones en la escuela, la Ley 1620 de 2013 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013 ven en Manual de Convivencia la oportunidad de desaprender y reaprender a partir de las experiencias para realizar un ejercicio de pedagogía constitucional que permite a la comunidad educativa ser sujetos activos dentro del proceso de convivencia con el otro; es aquí donde el rediseño del Manual de Convivencia a la luz de dicha Ley y de las nuevas problemáticas sociales como el acoso escolar o matoneo cobra importancia como objeto de estudio.

### **1. El acoso escolar o matoneo**

Es importante en primera instancia conocer la procedencia de la palabra matoneo, término más cercano a la traducción de “Bullying”, definido como el asedio que realiza un matón o victimario de forma permanente sobre una persona considerada víctima. “A finales de los sesenta y principios de los setenta, surgió en Suecia, en primer lugar, un interés de toda la sociedad por los problemas de agresores y víctimas (Heinemann, 1972; Olweus, 1973), que inmediatamente se extendió a los otros países escandinavos” (Olweus, D. 1998). La crisis de violencia escolar desatada en estos países fue explicada por el psicólogo Dan Olweus quien aportó la palabra “Moobing” para definir el acoso escolar. “La raíz inglesa original “mob” implica que se trata generalmente de un grupo grande y anónimo de personas que se dedican al asedio”. (Barrios, O. y Calderón, J. 2008)

Posteriormente el concepto de acoso sistemático fue definido como “Bullying”, ya que su práctica no depende estrictamente de un grupo. La acción también puede ser una motivación individual. Para Olweus “la situación de acoso e intimidación y la de su víctima queda definida en los siguientes términos: un alumno es agredido o se convierte en víctima cuando está expuesto, de forma repetida y durante un tiempo, a acciones negativas que lleva a cabo otro alumno o varios de ellos (Olweus, 1986 y 1991)”. (Olweus, D. 1998)

El acoso se caracteriza, de acuerdo con diferentes autores, por burlas, bromas, palabras malintencionadas y agresiones físicas, lo anterior se entiende como un tipo de acoso directo. La forma indirecta de matoneo se refiere al aislamiento social sufrido por la víctima.

En términos generales, en el acoso escolar y las acciones matónicas encontramos tres actores fundamentales: actores activos como el “bully” (agresor), es decir el victimario, generador y precursor de las agresiones, maneja un poder simbólico sobre sus demás pares, por lo general, son jóvenes que provienen de hogares disfuncionales que se caracterizan por alta agresividad y falta de cariño, en donde han habido patrones de violencia de alguno de los padres y su estilo de crianza ha sido enmarcado por el maltrato familiar; así mismo no tiene respeto por las normas, ni reconoce la autoridad, ni jerarquías, por lo que, no respetan a sus padres y profesores. El agresor se gesta en su propio hogar; en el que casi siempre es objeto o espectador de maltrato, y ese ejemplo, después lo replicará en la institución educativa.

Los actores pasivos como la víctima y el espectador: \_ La víctima, sujeto blanco de los ataques. En la mayoría de los casos se encuentra en estado de debilidad e indefensión, ya que no está capacitada para responder en defensa propia frente a un tipo de relación violenta, son niños y jóvenes con una baja autoestima, desconocedores de su propio valor, que aguantan lo que les hacen, probablemente destinatarios de maltrato en su hogar, ya sea de padres o hermanos y en otros casos pueden ser menores afectados por la sobreprotección. \_El observadores o espectador; estos por lo general refuerzan las agresiones desequilibrando aún más la balanza de poder entre victimario-víctima, en muy pocas ocasiones los observadores actúan en defensa del matoneado, es un joven poco solidario que abriga sentimientos de culpabilidad, sumiso y con miedo a denunciar, teme que al hacerlo, lo rechacen y lo que es peor, que le suceda lo mismo que a la víctima. (Cepeda-Cuervo, 2012)

Para diferenciar el acoso escolar de otras acciones violentas, como por ejemplo el de una pelea entre compañeros, es preciso reconocer dos características que lo identifican. La primera es la existencia de una relación de poder (dominio-sumisión) que tiene el agresor sobre quién es el agredido o acosado. La segunda, en el acoso, las situaciones de agresión se presentan de forma reiterada. (Cepeda-Cuervo, 2012)

Ahora bien, el acoso escolar o matoneo, de acuerdo con el Art. 2° de la Ley 1620 de 2013, es toda conducta negativa, intencional, metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal o físico o por medios electrónicos contra un niño, niña o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación asimétrica, que se presenta en forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o de parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad del entorno (Colombia. Congreso de la República, 2013).

El acoso escolar es un tema en el que docentes, padres de familia y estudiantes tienen responsabilidad. En una tarea conjunta está la clave para adelantar procesos de solución y prevención.

## ***2. Mecanismos de prevención y mitigación del acoso escolar o matoneo en Colombia***

El Ministerio de Educación considera como un reto para los Establecimientos Educativos la formación para el ejercicio de la ciudadanía, y para ello es fundamental lograr que quienes conforman la comunidad educativa sean sujetos activos de derechos; por lo que deben desarrollarse las competencias necesarias de la convivencia pacífica, fomentar la participación en la toma de decisiones y valorar a las otras personas desde la diferencia. (Ministerio de Educación de la República de Colombia, 2014)

Existe una relación estrecha entre procesos exitosos de formación para el ejercicio de la ciudadanía, el mejoramiento del clima escolar, el desarrollo de ambientes de aprendizaje democráticos, y la transformación de escenarios escolares (Mckinsey & Company, 2007; Stigler & Hiebert, 1999). Es decir, cuando en la escuela el grupo de estudiantes siente que puede participar, el equipo de docentes percibe que existen procesos de comunicación asertivos; las y los directivos docentes lideran de manera democrática la gestión institucional; se mejora el clima escolar, y se obtienen mejores resultados académicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley 1620 de 2013 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013 buscan aportar al mejoramiento de la calidad educativa y la formación para el ejercicio de la ciudadanía, al convertirse en herramientas de política pública que organizan el sector educativo para contribuir al fortalecimiento de la Convivencia Escolar.

De igual forma, la Ley hace énfasis en la necesidad de entender la Convivencia Escolar como un asunto colectivo, cuya responsabilidad es compartida entre la comunidad educativa y otros sectores involucrados.

La Ley 1620 de 2013 asume a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos acogiendo lo ordenado por la Constitución de 1991 y por la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y adolescencia; establece la corresponsabilidad entre los Establecimientos Educativos, la familia, la sociedad y el estado; cuenta con unos principios participación, corresponsabilidad, autonomía, diversidad, integralidad y posibilidad de gestionar alianzas entre sectores, que permiten ser acogidos como criterios de interpretación.

Creación del Sistema Nacional de Convivencia Escolar, que debe garantizar la promoción, orientación y coordinación de estrategias, programas y actividades dirigidas al cumplimiento de la norma. El sistema se caracteriza por que asigna funciones y responsabilidades a los destinatarios de la Ley, se fundamenta en la dignidad humana,

asume la importancia de los contextos en la ocurrencia de las situaciones conflictivas o de violencias, obliga a la planeación general de la escuela mediante modificaciones al Proyecto Educativo Institucional (PEI).

La Ley posibilita identificar e incluir, en los manuales de convivencia nuevas formas y alternativas para incentivar la Convivencia Escolar que incluye aprender del error, respetar la diversidad y dirimir pacíficamente los conflictos, además, visibiliza la familia en el proceso formativo, imputa responsabilidades a los medios de comunicación en la labor formativa, tiene en cuenta estrategias pedagógicas como parte de la transformación de los ambientes escolares, crea el Sistema de Información Unificado de Convivencia Escolar (SIUCE) que permite el diseño de observatorios, la generación de alertas y acciones tempranas, la realización de investigaciones, la toma de decisiones y la reorientación de estrategias para mejorar la convivencia.

La Ley 1620 de 2013 crea una ruta de atención en casos de violencia y un sistema nacional único de información para reportar estos casos de violencia y de embarazo en adolescentes, y da la posibilidad de brindar incentivos a quienes cumplan las exigencias y expectativas de la convivencia, así como imponer sanciones a quienes no lo hagan. Con esta Ley, se crean mecanismos de prevención, protección, detección temprana y de denuncia ante las autoridades competentes, de todas aquellas conductas que atenten contra la convivencia escolar, la ciudadanía y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los estudiantes dentro y fuera de la escuela. La norma también indica la ruta para fortalecer las estrategias para prevenir la deserción escolar, la cual es causada en buena medida por la violencia escolar y el embarazo en adolescencia.

Los Establecimientos Educativos deben liderar acciones que fomenten la convivencia, la construcción de ciudadanía, el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos y la prevención y mitigación de la violencia escolar entre los miembros de la comunidad educativa.

También, convocar a un espacio de conciliación para la resolución de situaciones conflictivas que afecten la Convivencia Escolar, por solicitud de cualquiera de los miembros de la comunidad educativa o de oficio cuando se estime conveniente en procura de evitar perjuicios irremediables a los miembros de la comunidad educativa.

Con la Ley 1620, el Estado evidencia que la intimidación escolar es la semilla a través de la cual las personas pueden asumir comportamientos violentos en otros contextos de su vida. De ahí la importancia de detenerla a tiempo. En marzo de 2013, durante la presentación de dicha Ley, el presidente de la República, Juan Manuel Santos, señaló que se estima que en Colombia, uno de cada cinco niños es o ha sido víctima de intimidaciones y malos tratos de manera deliberada y repetitiva, por parte de sus compañeros: *“De 55 mil menores (pertenecientes a 589 municipios), el 29 por ciento de los estudiantes de quinto grado y el 15 por ciento de los de noveno, manifiestan haber sufrido algún tipo de agresión física o verbal por parte de un compañero. Casi la mitad de los niños o niñas sostienen que sus compañeros discriminan a otros: el 35 por ciento dijo haber sido víctima y, el 22 por ciento, que ha intimidado”*. (Sentido, 2014)

### 3. Manuales de Convivencia

Como lo indica el documento “Manual de Convivencia. Guía Pedagógica” la Convivencia Escolar se puede entender como la acción de vivir en compañía de otras personas en el contexto escolar y de manera pacífica y armónica; es el conjunto de relaciones que ocurren entre las personas que hacen parte de la comunidad educativa. (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014)

La convivencia escolar resume el ideal de la vida en común entre la personas que forman parte de la comunidad educativa, partiendo del deseo de vivir juntos de manera viable y deseable a pesar de la diversidad de orígenes (Mockus, 2002). Así mismo, esta se relaciona con construir y acatar normas; contar con mecanismos de au-

torregulación social y sistemas que velen por su cumplimiento; respetar las diferencias; aprender a celebrar, cumplir y reparar acuerdos, y construir relaciones de confianza entre las personas de la comunidad educativa (Mockus, 2003).

La convivencia no implica ausencia de conflictos, pues en todo grupo social se presentan debido a la presencia de diversos puntos de vista y múltiples intereses. El problema no radica en el conflicto en sí, sino en su manejo inadecuado. La escuela debe contar con acciones concertadas para su manejo, lo cual se convierte en un reto para que la comunidad educativa desarrolle estrategias que le permitan resolver los conflictos de manera adecuada y construir aprendizajes a partir de lo ocurrido. (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014)

El Manual de Convivencia es una parte fundamental del Proyecto Educativo Institucional (PEI) en la cual se deben definir los derechos y

obligaciones de todas las personas de la comunidad educativa en aras de convivir de manera pacífica y armónica, consistiendo en una herramienta en la que se consignan los acuerdos de la comunidad educativa para facilitar y garantizar la armonía en la vida diaria de los Establecimientos Educativos. En este sentido, se definen las expectativas sobre la manera cómo deben actuar las personas que conforman la comunidad educativa, los recursos y procedimientos para dirimir conflictos, así como las consecuencias de incumplir los acuerdos. (Colombia, Ministerio de Educación Nacional, 2014)

Los acuerdos consignados en el Manual de Convivencia se pueden entender como pactos que se construyen con la participación de todas las personas que conforman la comunidad educativa. Entre sus principales objetivos se pueden nombrar los enunciados en el “Manual de Convivencia. Guía Pedagógica”:

**Tabla 1. Objetivos del Manual de Convivencia según el documento “Manual de Convivencia. Guía Pedagógica” (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014)**

1	Promover, garantizar y defender los Derechos Humanos (DDHH) y los Derechos Humanos Sexuales y Reproductivos (DHSR).
2	Establecer normas para las funciones, deberes, comportamientos y actitudes pactados por la comunidad educativa entre sí y con el entorno escolar, de manera tal que se garantice el ejercicio de los derechos de todas las personas que la conforman.
3	Fortalecer procesos en torno a las medidas pedagógicas y alternativas de solución para las situaciones que afectan la Convivencia Escolar.

De acuerdo con lo anterior, es evidente cómo en el marco de la Ley 1620 de 2013 el Manual de Convivencia se convierte en un elemento fundamental para garantizar el mejoramiento de la convivencia y el ejercicio de los DDHH y DHSR. Por esta razón, en el Decreto 1965 de 2013 el proceso de actualización del manual se convierte en un eje fundamental para la implementación de las definiciones, principios y responsabilidades que se plantean en la Ley de Convivencia Escolar. (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014)

Los Establecimientos Educativos ya cuentan con un Manual de Convivencia, lo que se propone con el Decreto 1965 de 2013 artículos 28, 29 y 30, es que a partir de este manual se realice un proceso de actualización teniendo en cuenta una serie de lineamientos que permiten incorporar las definiciones, principios y responsabilidades planteadas por la Ley 1620 de 2013 en los artículos 2, 5, 13, 17, 18, 19 y 21. Para realizar el proceso de actualización del Manual de Convivencia se deben tener en cuenta tres elementos fundamentales para este proceso, los cuales se consignan en la siguiente tabla:

**Tabla 2. Elementos a tener en cuenta en el proceso de actualización del manual de convivencia según el documento “Manual de Convivencia. Guía Pedagógica” (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014)**

1	Comité Escolar de Convivencia: (Ley 1620 de 2013, artículos 12 y 13) se caracteriza por permitir que todas las personas que conforman la comunidad educativa puedan aportar elementos para fortalecer la Convivencia Escolar y compartir las responsabilidades que esto implica. Dentro de las funciones se encuentra el liderar los procesos de actualización del Manual de Convivencia, pues parte de sus responsabilidades consiste en liderar las acciones de promoción de la convivencia y de prevención de las situaciones que puedan afectarla.
2	Lectura de lo que ocurre en los Establecimientos Educativos: (artículo 29 del Decreto 1965) es una estrategia que se utiliza para describir, conocer, analizar e identificar las características de un escenario social, es necesario que se realice una lectura de contexto, es decir un proceso donde se pueda identificar qué ocurre en la institución educativa con relación a la convivencia, el ejercicio de los DDHH y DHSR.
3	Lineamientos generales: en el proceso de actualización del manual, dirigido al mejoramiento de la Convivencia Escolar, se deben desarrollar al menos los seis aspectos que se definen en el artículo 29 del Decreto 1965 de 2013 y lo planteado en la Ley de Convivencia Escolar.

El Manual de Convivencia se entiende como una herramienta para fortalecer los procesos pedagógicos y su revisión se convierte en una oportunidad para responder a los retos de la formación para el ejercicio de la ciudadanía. Además, sirve para hacer partícipes directos a las personas que conforman la comunidad educativa en procesos que faciliten la Convivencia Escolar, como la revisión y establecimiento de acuerdos, y la toma de decisiones. (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014)

#### **4. Establecimientos educativos públicos de educación formal del municipio de Sabaneta**

El municipio de Sabaneta, donde están ubicadas, los Establecimientos Educativos públicos de educación formal básica y media, objeto de este estudio, está situado al sur del Valle de Aburrá y hace parte del Área Metropolitana en el departamento de Antioquia, República de Colombia.

Actualmente, Sabaneta experimenta una coyuntura social relacionada con la urbanización progresiva del municipio, la construcción de espacios para uso industrial y comercial y la migración de personas de clase económica media. Este fenómeno trae consigo consecuencias en el costo de vida, la dinámica social del municipio y en la conservación de los recursos naturales que éste

posee, lo que conlleva a una transformación de su espacio vital que no necesariamente es incluyente.

De otro lado, en el seno de las familias se puede encontrar muchos niños y jóvenes que actualmente experimentan, el efecto de los cambios en el contexto social del municipio, los cuales se enlazan con las dificultades económicas que se dan en sus familias gracias al creciente costo de vida, al ambiente consumista y “aparentemente” próspero que ha surgido en la sociedad sabaneteña, donde los niveles formativos de los padres y madres, que normalmente están entre quinto grado de básica primaria y noveno grado de básica secundaria, se ven como un posible obstáculo que no le permite a estas personas ascender en el ámbito laboral y así estar en capacidad de enfrentar los retos y exigencias que le está estableciendo el medio en el que vive.

Luego, estas condiciones son uno de los factores que influye y permea constantemente el desarrollo de los procesos formativos y evidentemente, la situación de los niños, niñas y jóvenes sabaneteños se reproduce en los Establecimientos Educativos, generando obstáculos y dispersión en el ambiente escolar al interrumpir el buen desempeño no solo en lo académico sino también en la convivencia.

Este panorama es parte de aquello que está caracterizando el contexto social de los Establecimientos Educativos del municipio. Así las cosas,

el estudiante experimenta una inestabilidad personal, familiar y social que se ve potenciada en las aulas de clase; los Establecimientos Educativos no cuentan con mayores recursos didácticos, de planta física y de docencia para responder adecuadamente a los retos locales, es necesario que se logre una mayor concertación entre el desarrollo de los procesos de enseñanza y de aprendizaje, donde no sólo se enseñe la disciplina como tal, sino que desde las diferentes áreas se establezcan y desarrollen pautas consecuentes con las particularidades del contexto sabaneteño y que se verán reflejadas en la convivencia de los estudiantes.

Sabaneta cuenta con ocho (8) Establecimientos Educativos públicos de educación formal básica y media, las cuales son el objeto de nuestro estudio, ellas son: (1) Adelaida Correa Estrada; (2) Colegio Consejo José María Ceballos Botero; (3) José Félix de Restrepo Vélez; (4) María Auxiliadora; (5) María Mediadora; (6) Presbítero Antonio Baena Salazar; (7) Primitivo Leal La Doctora; (8) Rafael J. Mejía.

A cada Manual de Convivencia de estas Instituciones Educativas (IE) se le aplicó una pauta de observación de acuerdo los lineamientos generales para incorporar en los manuales de convivencia de los Establecimientos Educativos a la luz de la Ley 1620 de 2013 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013, en cuanto a las disposiciones sobre manejo de situaciones que afectan la Convivencia Escolar. En la siguiente tabla se presentan los resultados de la evaluación de cada Institución o Establecimiento Educativo, y el estado de inclusión de las variables requeridas por las normas para la actualización de los Manuales de Convivencia.

Luego de la revisión de los manuales de convivencia de los Establecimientos Educativos públicos de educación formal básica y media del municipio de sabaneta se puede concluir que solo el 50%, de los Establecimientos Educativos se dio a la tarea de cumplir con la normatividad vigente, es decir, con lo que establece de la Ley 1620 de 2013 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013;

según el artículo 30 del Decreto 1965 de 2013, los Establecimientos Educativos tuvieron para este proceso seis meses a partir de la publicación del mencionado decreto, los cuales se cumplieron el 11 de marzo de 2014.

Lo anterior a la vez de revelar la omisión de un deber legal por parte de las directivas de las instituciones, es grave al considerarse que el Decreto 1965 de 2013 propone un proceso de actualización al Manual de Convivencia teniendo en cuenta una serie de lineamientos que permiten incorporar las definiciones, principios y responsabilidades planteadas por la Ley 1620 de 2013 en función de las situaciones que afectan la Convivencia Escolar redundando directamente en la calidad de la experiencia académica. En otras palabras, estas instituciones no cuentan con herramientas para dar respuesta a las necesidades específicas de su comunidad, se viola el debido proceso y no se accede a las rutas de atención integral para la convivencia escolar, pues no se cuentan con los protocolos y ante una situación de acoso escolar el docente es indiferente o si actúa lo hace según su criterio personal.

Cabe resaltarse que el Manual de Convivencia debe revisarse anualmente en el marco del proceso de mejoramiento continuo de los Establecimientos Educativos; ya que los temas que se tratan en el manual, al referirse a las relaciones entre personas son dinámicos, complejos y cambiantes. Se puede advertir además que algunas directivas realizaron ajustes formales e incluso semánticos para que pareciera que ya están cumpliendo con lo exigido, sin llevar a cabo ninguna modificación sustancial.

Es por lo anterior que la vía jurisdiccional por parte de los alumnos o sus representantes legales, resulta ser recurrida con frecuencia en contra de estas Instituciones Educativas, a partir del argumento de la violación al debido proceso y el derecho a la educación.

De los ocho Establecimientos Educativos públicos de educación formal básica y media del municipio de sabaneta objeto de estudio, solo

**Tabla 3. Evaluación de la adopción de los presupuestos de las Ley 1620 de 2013 y el Decreto Reglamentario 1965 de 2013 para la actualización de los Manuales de Convivencia de las Instituciones Educativas de Sabaneta**

Tipologías de situaciones que afectan la Convivencia Escolar	Establecimientos Educativos							
	1	2	3	4	5	6	7	8
Las situaciones más comunes que afectan la Convivencia Escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, dentro de la IE.	C	C	DM	C	DM	C	DM	DM
Pautas y acuerdos que deben atender todos los integrantes de la comunidad educativa para garantizar la Convivencia Escolar y el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos.	C	C	DM	C	DM	C	DM	DM
La clasificación de las situaciones que constituyen faltas para la IE.	C	C	DM	C	DM	C	DM	DM
Los protocolos de atención integral para la Convivencia Escolar.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Las medidas pedagógicas y acciones que contribuyan a la promoción de la Convivencia Escolar, a la prevención de las situaciones que la afectan, a la reconciliación y la reparación de los daños causados.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Las estrategias pedagógicas que permitan y garanticen la divulgación y socialización de los contenidos del Manual de Convivencia a la comunidad educativa.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar Componente de Promoción.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar Componente de Prevención.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar Componente de Atención.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar Componente de Seguimiento.	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Clasificación de las situaciones Tipo I	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Clasificación de las situaciones Tipo II	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Clasificación de las situaciones Tipo III	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Protocolos de las IE para atender situaciones Tipo I	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Protocolos de las IE para atender situaciones Tipo II	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Protocolos de las IE para atender situaciones Tipo III	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Activación de los protocolos de otras entidades	C	C	NC	C	NC	C	NC	NC
Comité de Convivencia Escolar	C	C	DM	C	NC	C	DM	DM
Debido proceso	C	C	DM	C	DM	C	DM	DM
Año del Manual de Convivencia	14	14	10	14	09	14	¿?	10

**Convenciones:** Cumple C; Debe Mejorar DM, No cumple NC.

cuatro tienen activo el Comité de Convivencia Escolar, conformado de acuerdo con la normatividad, y con reuniones periódicas donde analizan las situaciones de riesgo, se interviene en casos de comportamientos que atentan contra la sana Convivencia Escolar, se realiza atención y segui-

miento a aquellos casos que efectivamente están afectando la Convivencia Escolar, se aplican los protocolos establecidos y se activa la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar. Es de anotar que no se pudo aplicar la pauta de observación a las Actas del Comité de Conviven-

cia para observar la aplicación de lo establecido en los Manuales de Convivencia en cuanto al debido proceso por la reserva de su identidad de los menores y el derecho a la intimidad.

Por mandato expreso de la Ley 115 de 1994; el Art. 21 de la Ley 1620 de 2013 y el Decreto 1860 de 1994, en la reforma al Manual de Convivencia, deben aplicarse los principios de: participación, corresponsabilidad, autonomía, diversidad e integridad, señalados por la Ley 1620. La revisión, actualización y ajuste del Manual de Convivencia, es una función colectiva de toda la comunidad educativa, pero bajo la constante coordinación y control del Comité Escolar de Convivencia.

Es evidente la necesidad de seguir las orientaciones para el ajuste de los Manuales de Convivencia y la implementación de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, con sus componentes de promoción, prevención, atención y seguimiento en los establecimientos educativos, y para la construcción de los protocolos que permitirán atender las situaciones que afectan la Convivencia Escolar y el ejercicio de los DDHH y DHSR.

En todos los Manuales de Convivencia se deben fortalecer las medidas pedagógicas y las alternativas de solución, pues allí donde radica el éxito de la aplicación de correctivos para mejorar la Convivencia Escolar.

## ***5. Obligaciones especiales de los Establecimientos Educativos frente al personal estudiantil***

Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato. Surgen entonces, unas obligaciones especiales de los Establecimientos Educativos.

La Ley 115 de 1994, dispone en sus artículos 73 y 87 que el proyecto educativo institucional

de las instituciones educativas debe responder a situaciones y necesidades de los educandos, de la comunidad local, de la región y que los establecimientos educativos deben tener un reglamento o manual de convivencia en el que se definan los derechos y obligaciones de los estudiantes. (Colombia. Congreso de la República, 1994)

El Decreto 1860 de 1994 en sus artículos 4, 5 y 7, establece los aspectos que debe contener el Manual de Convivencia, como son: normas de conducta de alumnos y profesores que garanticen el mutuo respeto, definición de claros procedimientos para formular quejas o reclamos; procedimientos para resolver con oportunidad y justicia los conflictos individuales o colectivos que se presenten entre miembros de la comunidad, incluyendo instancias de dialogo y de conciliación; definición de sanciones disciplinarias aplicables a los alumnos incluyendo el derecho de la defensa. (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 1994)

En cuanto al Consejo Directivo de los Establecimientos Educativos dispone el decreto en análisis en su artículo 23, literales b y e, que ésta es la instancia para resolver los conflictos que se presenten entre docentes y alumnos e igualmente debe asumir la defensa y garantía de los derechos de la comunidad educativa, cuando alguno de sus miembros se sienta lesionado. (Colombia, Ministerio de Educación Nacional, 1994)

La Ley 1620 de 2013 también establece responsabilidades a los Establecimientos Educativos, a los rectores y a los docentes, tales como garantizar el respeto a la dignidad e integridad física y moral en el marco de la Convivencia Escolar, implementar el comité de escolar de convivencia y garantizar el cumplimiento de sus funciones acorde con lo estipulado en los artículos 11 a 13 de la Ley, desarrollar los componentes de prevención, promoción y protección a través del manual de convivencia, y la aplicación de la Ruta de Atención Integral para la Convivencia Escolar, identificar, reportar y realizar el seguimiento a los casos de acoso escolar, transformar las prácticas

pedagógicas, participar de los procesos de actualización, contribuir a la construcción y aplicación del manual de convivencia; y las demás establecidas en los artículos 17 a 19 de dicha Ley. (Colombia. Congreso de la República, 2013)

El análisis jurisprudencial que se realizó frente al matoneo en la escuela, trae importantes aportes frente a la homofobia en la educación, ya que el estudiante con una orientación sexual diversa también es matoneado, ya sea por sus propios compañeros o por los mismos directivos del establecimiento educativo.

La Corte Constitucional en su Sentencia T-905 de 2011 señaló que el matoneo no tiene una pauta clara para definirlo; los hechos de esta sentencia consisten en que una estudiante K es sometida a los maltratos verbales por sus propios compañeros a consecuencia de tener acné. Estas afectaciones le han generado un trauma psicológico, hasta el punto de no querer volver a estudiar. Para solucionar estas agresiones verbales, el colegio plasma un tipo de sanción en su Manual de Convivencia que no fue efectiva, ya que los estudiantes siguieron con las agresiones hacia la estudiante K. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 905, 2011)

En la Sentencia T - 905 de 2011 la Corte manifiesta que no se trata simplemente de imponer una sanción en el MC frente a estos tipos de agresiones, ya que como se vio, no surtió efecto tal medida. El establecimiento educativo debió contactar a las autoridades educativas municipales y nacionales para que con ayuda de estas, se hallara una solución eficiente. Estas mismas agresiones se ven en los estudiantes que han escogido una orientación sexual diferente a la heterosexual. Estos maltratos evidencian una fuerte discriminación por parte de la comunidad educativa, que por supuesto genera problemas para relacionarse fácilmente con la sociedad. Estas consecuencias son generadas por causa de la alteración de la propia identidad por parte de la colectividad. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 905, 2011)

La Sentencia T-337 de 1995 de la Corte Constitucional, se basa en que una estudiante, menor de edad que fue maltratada y rechazada por sus compañeros porque la profesora de religión les manifestó que ella, por estar con varios hombres, era una prostituta, tenía el virus de inmunodeficiencia humana y posiblemente estaba embarazada. Como consecuencia del rechazo, la niña no quería ir a su colegio porque no aguantaba las actuaciones de sus compañeros hacia ella. Respecto al caso, la Corte manifestó que independientemente de que el colegio sea religioso o no, las áreas de religión o las áreas que contengan enseñanza de ética y valores no deben influir en la creencia que tiene el maestro hacia los estudiantes, ya que mezclar la creencia ideológica con la cátedra, constituye falta de idoneidad del maestro. Asimismo, establece que la influencia de creencias personales en las horas de cátedra, constituye a los estudiantes una vulneración a sus derechos fundamentales como por ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La educación que carece de base científica y adoctrinadora repercute negativamente en el desarrollo de la sociedad. La sociedad solo puede evolucionar con los pensamientos libres, creativos y responsables de cada persona. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 337, 1995)

La Corte Constitucional en Sentencia T-337 de 1995 expresó que *“La educación debe orientarse hacia el libre desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad, la cual se debe fortalecer con el respeto por los derechos humanos y los derechos fundamentales”* (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 337, 1995). Es decir, la educación enfocándose al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y al respeto de los derechos humanos, ayuda a los estudiantes a comprender el mundo y adaptarse fácilmente a los cambios sociales y culturales que se viven actualmente.

En relación con la responsabilidad de las entidades educativas, la Sala ha precisado el deber de protección y cuidado que existe a cargo de las autoridades escolares respecto de sus alumnos, de tal manera que se garantice su seguridad y se vigi-

le su comportamiento para que no sea éste el causante de daños a terceros, teniendo en cuenta la tutela bajo la cual quedan comprendidos los estudiantes durante su permanencia en las instalaciones educativas o con ocasión de su participación en actividades académicas, culturales o recreativas organizadas por sus directivas dentro o fuera de las mismas.

En la Sentencia T – 337 de 1995, la Corte reiteró que sobre las instituciones educativas recae la responsabilidad por los daños que sus alumnos sufran u ocasionen a terceros cuando se encuentran bajo la tutela de las directivas y docentes del establecimiento educativo, bien sea en sus propias instalaciones o por fuera de las mismas; pero al mismo tiempo se considera necesario resaltar que la justificación para la existencia de esta responsabilidad se halla en el hecho de que en los establecimientos educativos escolares, normalmente se forman y educan personas menores de edad –como en este caso– quienes por esta sola circunstancia se encuentran expuestas a muchos riesgos, toda vez que carecen de la madurez y buen criterio necesarios para regir sus actos y, en consecuencia, pueden incurrir en actuaciones temerarias, imprudentes, de las que se pueden derivar daños para sí mismos o para terceros; es por eso que el artículo 2347 del Código Civil establece que “*los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado*”, situación que sólo puede predicarse, precisamente, de quienes efectivamente requieran de ese cuidado. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 337, 1995)

En la misma Sentencia la Corte reitero que para que se configure este régimen de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado se requiere de la comprobación de sus tres componentes básicos, a saber: i) la existencia de un daño antijurídico, entendido como aquel que el afectado no está en el deber jurídico de soportar; ii) una falla del servicio propiamente dicha, que no es otra cosa que el defectuoso, tardío o inexistente cumplimiento de las funciones a cargo de la Administración; y iii) la comprobación del nexo o relación de causa-

lidad entre los dos anteriores, lo que implica acreditar que fue precisamente esa falla del servicio la que produjo el daño antijurídico. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 337, 1995)

La Corte Constitucional, desde el inicio de su jurisprudencia y a lo largo de la misma, ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la educación, su estrecha relación con el debido proceso a propósito de los trámites que se adelantan en dicho contexto –en especial, si se trata de procesos sancionatorios– y la posibilidad de que la protección del goce efectivo del mismo pueda lograrse mediante la acción de tutela. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 337, 1995)

La Corte considera que el derecho a la educación de toda persona es fundamental (en especial, de todo niño y toda niña y adolescente), tanto por el hecho de que así lo establece textualmente el artículo 44 de la Constitución Política, porque en tal sentido ha sido desarrollado internacionalmente, y porque se trata de un derecho “esencial” o “inherente” a la dignidad de toda persona. Para la Corte, el conocimiento es inseparable a la naturaleza del ser humano, es de su esencia; hace parte de su dignidad; es un punto de partida para lograr el desarrollo de su personalidad, es decir, para ser fin en sí mismo. Sostiene que la educación ocupa un lugar primordial en la vida de toda persona y “logra que permanezca en un constante deseo de realización”. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T – 337, 1995)

En la sentencia T - 420 de 1992 decidió que el Rector de una institución educativa (el Liceo Departamental Integrado San Francisco de Asís de Liborina, Antioquia) había quebrantado “[...] el derecho fundamental de la educación, por cuanto impidió el ingreso de la estudiante al mencionado plantel educativo, aduciendo argumentos de orden moral y más exactamente, que no es permitido por el Liceo recibir madres solteras, sin haber agotado con antelación los procedimientos legales.” Además, decidió que a la estudiante le habían desconocido también el derecho a la igualdad, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La

Corte resolvió confirmar la sentencia de instancia (Juzgado Promiscuo Municipal de Liborina, Antioquia), que había tutelado el derecho de la estudiante, y ordenado al Rector de la institución educativa su reintegro, para la conclusión de sus estudios secundarios. Esta es una de muchas sentencias de la Corte Constitucional que ha reiterado y retomado la línea trazada por la sentencia T - 002 de 1992, la cual ha sido pormenorizada en su recuento en la Sentencia 713 de 2010. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 713, 2010)

La Corte Constitucional ha insistido en que las sanciones que se impongan, por más justificadas o razonables que sean, deben adoptarse mediante un trámite que respete el derecho al debido proceso: *“La jurisprudencia constitucional ha recopilado las principales dimensiones del derecho al debido proceso en el ámbito disciplinario en los Establecimientos Educativos en los siguientes términos: Los Establecimientos Educativos comprenden un escenario en donde se aplica el derecho sancionador. Dichos los Establecimientos Educativos tienen por mandato legal regir sus relaciones de acuerdo a reglamentos o manuales de convivencia. Esas normas deben respetar las garantías y principios del derecho al debido proceso. La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el derecho al debido proceso en el ámbito disciplinario en los Establecimientos Educativos fijando los parámetros de su aplicación”*. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 713, 2010)

Son múltiples los casos en los que la jurisprudencia ha dejado sin efectos una sanción disciplinaria porque una entidad no ha cumplido con las reglas que establece su propia normatividad interna, fijada en el Manual de Convivencia y en el Reglamento Interno, señalando que las garantías específicas que fije cada entidad particularmente, no podrán ser desconocidas por ella misma (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 713, 2010). Un caso de estos se presentó en la Sentencia T - 880 de 1999, en la que la Corte Constitucional inaplicó una disposición del Manual de Convivencia, dejando sin efectos la sanción disciplinaria que había sido impuesta, por considerar que dichas normas establecían unas reglas que no eran respetuosas del debido proceso.

En su recuento la Sentencia T - 713 de 2010 habla también del caso de la tutela del derecho al debido proceso incluso en aquellos casos en los que se ha demostrado que los estudiantes investigados y sancionados sí cometieron las faltas que les fueron endilgadas, advirtiendo que el proceso se ha de repetir adecuadamente, teniendo en cuenta que no es sólo una garantía para los estudiantes sancionados, sino también, de los estudiantes que sean víctimas, en los casos en los que ello ocurra: “[...] en la sentencia T-917 de 2006 se estudió el caso de un grupo de jóvenes que solicitaban que se les tutelara su derecho al debido proceso, porque se les habían impuesto sanciones drásticas y graves, sin el debido respeto de esa garantía constitucional. La Corte resaltó el hecho de que “todos los participantes en los hechos no niegan su responsabilidad”, pero a la vez, que el objeto de la sentencia de revisión no era pronunciarse sobre dicha responsabilidad, “ni calificar las conductas de los menores implicados.” Una vez dicho esto, la Corte decidió que sí se había violado el derecho de los menores, pero que a la vez, las reglas establecidas disciplinariamente en el Manual de Convivencia no podrían reparar adecuadamente las ofensas cometidas al menor afectado por sus compañeros. La Sala tomó varias medidas orientadas a que se respetara el derecho al debido proceso de los agresores, pero asegurando al mismo tiempo, que dicho proceso no sólo fuera formativo y educativo para los menores agresores, sino también para el menor agredido”. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 713, 2010)

Es claro entonces que a la luz de análisis jurisprudencial, es deber de toda institución educativa imponer las sanciones a los estudiantes, respetando las reglas procedimentales que la propia institución haya impuesto, siempre y cuando las mismas respeten los mínimos contenidos de un debido proceso. Como lo indica la Sentencia T - 713 de 2010 “Esta garantía no sólo asegura los derechos de los estudiantes que hayan sido acusados, sino también, los de las personas que eventualmente hayan sido afectadas por la sanción

cometida y encuentren en dicho procedimiento, una forma de reparación y protección de sus derechos.

Finalmente, cuando se verifique la violación o la amenaza de los derechos invocados, se debe comprobar que se siguió el debido proceso y los protocolos establecidos por los Establecimientos Educativos en el trámite disciplinario en cuestión”. (Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T - 713, 2010)

## **Conclusiones**

El Manual de Convivencia es una norma que hace parte del sistema jurídico colombiano y como tal, es de obligatorio cumplimiento y es subordinada a las normas superiores, es decir a la Constitución Política, y la normativa que la desarrolla enmarcando su razón de ser en el debido proceso, en unos de los escenarios más sensibles de aplicación: la garantía del derecho a la educación desde la función social que le es natural en un Estado Social de Derecho inspirado en la dignidad del hombre.

La necesidad de prevenir el acoso escolar con herramientas pedagógicas y legales es un imperativo. Las medidas pedagógicas juegan un papel importante y deben involucrar a profesores, padres de familia, administrativos y autoridades educativas en el restablecimiento de los derechos y la sanción de los agresores.

Los Manuales de Convivencia deben contemplar mecanismos que permitan que estamentos educativos, padres de familia y autoridades conozcan el hecho, debe también contar con alternativas que pongan fin a la agresión, restablezcan el derecho de la víctima y hagan seguimiento a las personas involucradas.

En los Establecimientos Educativos, los trámites sancionatorios deben respetar el derecho al debido proceso, so pena de que la misma quede sin validez y legitimidad por tal razón y por afectar el derecho fundamental a la educación, tanto la omisión de la acción sancionatoria justa como

la amenaza arbitraria de la imposición de una sanción, configuran un acto arbitrario que constituye una violación a las reglas propias del debido proceso y por tanto desdice de la razón de la misión pedagógica entendida como el medio para el engrandecimiento del ser.

Es claro que existe una estrecha relación entre la Convivencia Escolar y los procesos de aprendizaje, toda vez que el mantenimiento de una sana convivencia en el ámbito escolar se reproducen naturalmente mejores relaciones entre estudiantes, docentes, familias y el grupo de directivos docentes, los ambientes en los que se aprende son más participativos e incluyentes, es decir, donde existe un mejor clima escolar, el grupo de estudiantes se siente involucrado en mejores procesos de enseñanza y obtiene mejores resultados académicos.

Como lo indica el documento “Guía pedagógica. Manual de Convivencia”, se identificó que más del 40% de las y los estudiantes de los Establecimientos Educativos oficiales que se desvincularon del sector educativo, lo hicieron debido a factores relacionados con la convivencia escolar como conflictos manejados inadecuadamente, violencia en la escuela, y maltrato por parte de docentes, directivas, compañeras y compañeros (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2010).

Por todo lo anterior, cabe reiterar que las estrategias propuestas con el fin de prevenir y disminuir el acoso estudiantil deben tener en cuenta el principio de corresponsabilidad entre los distintos actores, la convivencia, la promoción y protección de los derechos propios y ajenos, tanto en el mantenimiento de las condiciones deseadas en pro del bienestar, como en la generación de condiciones adversas y los efectos que esto genera en la calidad de vida de las personas, más si se tiene en cuenta que se trata de población sujeta a especial protección como es la infancia y la adolescencia. (Colombia. Ministerio de Educación Nacional, 2014).

En el municipio de Sabaneta solo algunos Establecimientos Educativos (el 50%) han acogido la normativa estudiada y han adecuado el Manual de Convivencia de acuerdo con lo establecido. Se recomienda a los Establecimientos Educativos del municipio de Sabaneta que aún no han adecuado el Manual de Convivencia, seguir los lineamientos que la normativa establece para así tener una ruta clara de atención frente a situaciones de acoso escolar posibilitando así escenarios de mejoramiento para el cumplimiento de las garantías más esenciales de la dignidad humana a los niños, niñas y adolescentes en el ámbito escolar.

### **Referencias Bibliográficas**

- Barrios, O. y Calderón, J. 2008. Caracterización del matoneo en instituciones educativas de Bogotá. Universidad Distrital. Proyecto de Grado, Licenciatura en Educación Básica con énfasis en Ciencias Sociales. Bogotá 2008.
- Cepeda – Cuervo, E. 2012. Acoso escolar: caracterización, consecuencias y prevención. Recuperado de <http://www.bdigital.unal.edu.co/6553/1/cepedacuervoedilberto.2012.pdf>
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de la República. 1991. Constitución Política de la República de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República. 1994. Ley 115 “Por la cual se expide la Ley general de educación”.
- Colombia. Congreso de la República, 2013. Ley 1620 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar”.
- Colombia. Corte Constitucional de la República, 1995. Sentencia T – 337. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Constitucional de la República, 1999. Sentencia T – 880. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia. Corte Constitucional de la República, 2010. Sentencia T – 713. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Corte Constitucional de la República, 2011. Sentencia T – 905. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional. 1994. Decreto 1860 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales”.
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional. 2013. Decreto 1965 “Por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar”.
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional. 2014. Guía pedagógica. ¿Qué puedo hacer para fortalecer la Convivencia Escolar? Recuperado de [http://www.colombiaaprende.edu.co/html/micrositios/1752/articulos-342060\\_archivo\\_pdf.pdf](http://www.colombiaaprende.edu.co/html/micrositios/1752/articulos-342060_archivo_pdf.pdf)
- Colombia- Ministerio de Educación Nacional. 2014. Manual de Convivencia. Guía Pedagógica. Recuperado de [http://www.colombiaaprende.edu.co/html/micrositios/1752/articulos-340940\\_archivo\\_pdf.pdf](http://www.colombiaaprende.edu.co/html/micrositios/1752/articulos-340940_archivo_pdf.pdf)
- Colombia. Ministerio de Educación Nacional. 2010. ENDE - Encuesta Nacional de Deserción Escolar. Bogotá: MEN.
- Mckinsey & Company, 2007. ¿Cómo hicieron los mejores sistemas educativos del mundo para alcanzar sus resultados? Recuperado de [https://mckinseysociety.com/downloads/reports/Education/Como\\_hicieron\\_los\\_sistemas\\_educativos.pdf](https://mckinseysociety.com/downloads/reports/Education/Como_hicieron_los_sistemas_educativos.pdf)
- Mockus, A. (2002). La educación para aprender a vivir juntos. Convivencia como armonización de Ley, moral y cultura. Perspectivas, vol. XXXII, No. 1. Mockus, A. (2003). ¿Por qué competencias ciudadanas en la es-

- cuela? Tomado de Al Tablero. Recuperado de <http://www.colombiaaprende.edu.co/html/docentes/1596/fo-article-58614.pdf>
- Olweus, D. 1998. Conductas de acoso y amenaza entre escolares. Ediciones Morata. Madrid. 1998.
- Sentido. 2014. Un marco legal contra el bullying. Recuperado de <http://sentido.com/un-marco-legal-contra-el-bullying/>
- Stigler, J. & Hiebert, J. 1999. The Teaching Gap. Best Ideas from the World's Teachers for Improving Education in the Classroom, New York: Free Press.



# Sabaneta, entre el desarrollo y la contaminación

## “El precio que paga la comunidad”\*

*Diana Patricia Quintero Gaviria\*\**

*Laura Patricia Toro Álvarez\*\*\**

*Cesar Augusto Mejía\*\*\*\**

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

### Resumen

En el municipio de Sabaneta, Antioquia existen industrias establecidas en terrenos colindantes a zonas residenciales sobre las cuales no se aplica un efectivo control por parte de las autoridades ambientales competentes. Tal es el caso de la Tintorería Tobón Roldan ubicada en el barrio La Florida desde el año 2010, mismo año en el que los habitantes del área comenzaron a interponer quejas ante la Secretaria de Medio Ambiente Municipal, la Alcaldía y el Área Metropolitana del Valle de Aburrá; porque las chimeneas industriales de la empresa comenzaron a expulsar humo blanquecino que ha afectado la salud de varias personas. Luego de admitidas ciertas irregularidades de la Secretaria de Planeación y Desarrollo territorial durante las investigaciones, hasta hoy no se ha resuelto nada al respecto.

**Palabras claves:** Chimenea industrial; contaminación atmosférica; fuente de emisión fija; medio ambiente; salud; uso de suelo.

---

\* Informe final de investigación del proyecto *Contaminación industrial en el Municipio de Sabaneta - Antioquia. Estudio de caso de la Tintorería Mauricio Tobón Roldan*, realizado en la Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-.

\*\* Estudiante de octavo semestre de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-. Correo electrónico: diana.quintero@unisabaneta.edu.co

\*\*\* Estudiante de octavo semestre de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-. Correo electrónico: laura.toro@unisabaneta.edu.co

\*\*\*\* Estudiante de octavo semestre de la facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-. Correo electrónico: cesar.mejia@unisabaneta.edu.co

## ***Sabaneta, between development and pollution “The price paid by the community,”***

### ***Abstract***

Adjacent to the residential town of Sabaneta Antioquia, there are many industries. Many of these industries have little or no environmental supervision authorities. This is the case of Tintorería Tobón Roldán, located on the neighborhood La Florida since 2010. In the same year, residents of the area began to complain to the environmental department, about the pollution created by the factories smokestacks. The pollution began to affect many of the town's residents. After these incidents, authorities admitted irregularities during investigation, they haven't done anything yet.

**Key words:** Air pollution; environment; fixed emission source; health; land use; smokestacks

## Introducción

En el área urbana del Municipio de Sabaneta, Antioquia, se encuentran localizadas industrias dedicadas a la fabricación, bodegaje y distribución de toda clase de alimentos, insumos químicos, materiales de construcción, tintorerías, entre otros; a la vez, también se encuentran variedad de establecimientos comerciales dedicados a diferentes actividades. Una de ellas es la Tintorería Mauricio Tobón Roldan, ubicada en la Ciudadela industrial de Sabaneta sur del barrio La Florida, en esta zona se encuentran conjuntamente localizadas la Institución Educativa Concejo de Sabaneta, el Colegio los Alcázares, el hogar de bienestar del anciano Hogar Nazareth y las urbanizaciones Campo Amalia y Alcázares de la Sabaneta, entre otras.

La mencionada empresa se dedica al teñido y acabado de telas, para ello cuenta con una chimenea que sale de una de las fuentes fijas para la emisión a la atmosfera de gases producto de la actividad económica que desempeña. Es frecuente que la comunidad circundante se vea afectada por dicha emisión, toda vez que con anterioridad han manifestado que en ocasiones se sienten olores fuertes procedentes del humo grisáceo que expulsa. La comunidad afectada refiere que esos gases pueden ser dañinos para la salud de las personas que viven en el sector, principalmente para los menores de edad y los adultos mayores que pueden presentar más afectación debido a su estado de vulnerabilidad. En cuanto a ello, la Organización Mundial de la Salud (OMS, s.f.) según estudios del programa de Salud Pública y Medio Ambiente ha manifestado lo siguiente:

*La contaminación atmosférica afecta de distintas formas a diferentes grupos de personas. Los efectos más graves se producen en las personas que ya están enfermas. Además, los grupos más vulnerables, como los niños, los ancianos y las familias de pocos ingresos y con un acceso limitado a la asistencia médica son más susceptibles a los efectos nocivos de dicho fenómeno*

Respecto a la afección sufrida por el humo que expulsa la empresa, la comunidad elevó una

queja vía telefónica ante la administración municipal, razón por la cual se realizó una visita a las instalaciones de la fábrica por parte de los funcionarios de Medio Ambiente, sin obtener mayores resultados. Posteriormente, la queja se realizó de forma escrita obteniendo como consecuencia la visita de la Secretaría de Medio Ambiente, encontrándose que la empresa no contaba con los respectivos permisos para el uso del suelo expedido por la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial.

Como producto de una visita realizada por personal del Área Metropolitana del Valle de Aburrá, se informó que la empresa cambió la posición del ducto -chimenea- y que de las dos fuentes fijas que se encuentran en la empresa -caldera y termofijadora- ninguna expulsa humo al exterior, pues funcionan con gas natural, razón por la cual manifiestan que no se afecta el aire. Sin embargo, en enero de 2012 requieren a la empresa para que cumpla con la resolución 909 de 2008 y durante el mes de julio del mismo año se inicia un proceso sancionatorio por la Inspección de Espacio Público por no tener permiso de uso de suelos; el representante legal de la tintorería solicitó el permiso ante la Secretaría de Planeación y le fue otorgado en agosto (2012) aun cuando estar inmerso en proceso por violación de la resolución 909 de 2008 es una causal de incumplimiento del artículo 180 del acuerdo 22 de 2009 –PBOT-, pues de acuerdo a este una empresa que tenga bajo, medio o alto potencial contaminante no puede recibir tal permiso. Finalmente, con la presentación del certificado, la administración municipal consideró que no existía fundamento para seguir con el proceso adelantado en contra de la empresa, porque cumple así los requisitos de la Ley 232 de 1995, poniéndole fin al mismo.

Es importante llamar la atención de la comunidad en general para que hagan efectivo su derecho al goce de un ambiente sano, libre de partículas contaminantes emitidas por las chimeneas de las empresas establecidas en el municipio de Sabaneta, que tienen la probabilidad de producir efectos adversos en las personas que continuamente respiran dicho aire.

Con el presente trabajo de investigación se pretende determinar cuáles son los medios legales para evitar la contaminación producida por la chimenea de la tintorería Tobón Roldan en el barrio La Florida; para ello se identificaron, primero, las políticas públicas existentes en Sabaneta para evitar la emisión de gases contaminantes a la atmósfera por parte de las industrias que desarrollan sus actividades en el municipio, y segundo los requerimientos y controles por parte de las autoridades ambientales para el uso del suelo dentro del mismo.

Para lograr el objetivo del proyecto de clínica jurídica, se integraron las fuentes de información y se realizó una confrontación de las mismas, con el fin de ubicar los datos realmente relevantes para el desarrollo de la investigación.

La investigación se desarrolló en el municipio de Sabaneta (Antioquia) y se utilizaron de apoyo los materiales bibliográficos, electrónicos y jurisprudenciales disponibles que permitieron realizar un preciso rastreo de la información; y los demás datos requeridos se solicitaron por medio de derechos de petición dirigidos a las correspondientes entidades públicas del municipio; con los datos obtenidos durante el proyecto a través de encuestas se establecieron estadísticas que permitirán al lector comprender el objeto de la investigación.

El proyecto investigativo se realizó por seis meses en seguimiento a la duración del semestre académico correspondiente al segundo periodo del año 2014.

## ***1. Políticas públicas y control ambiental de la emisión de partículas contaminantes al aire en el municipio de Sabaneta***

La contaminación al medio ambiente y los efectos adversos consecuentes en la salud del hombre y su entorno en general, es un tema de

indiscutible interés que cobra cada día más importancia.

Se debe entender que existen principalmente tres formas de división del medio ambiente para efectos de su estudio y son: el aire, el agua y el suelo. En tanto que hay varias fuentes de contaminación al ambiente que han sido, unas originadas en la naturaleza misma, llamadas fuentes naturales y otras que proceden directamente del ser humano llamadas antropogénicas (Nasa Earth Observaory, 2008).

La contaminación derivada de la fuente natural, consiste en los efectos negativos causados a través de los gases que se liberan en los procesos de descomposición de organismos, incendios forestales y volcanes principalmente; mientras que las fuentes de contaminación antropogénicas están enmarcadas por las actividades que realiza el hombre en su diario vivir y para su beneficio, como las actividades del hogar, las originadas por los medios de transporte y las que emanan de los procesos industriales. Esta última llama especialmente la atención, debido a la creciente cantidad de fábricas en nuestro medio, herencia del desarrollo económico desde la revolución industrial del siglo XVIII.

Se entiende por contaminación atmosférica “[..] El fenómeno de acumulación o de concentración de contaminantes en el aire” (Resolución 601 del 4 de abril de 2006) que altera su calidad y, por ende, resulta riesgoso y molesto para las personas que lo respiran. Se ha convertido en un gran problema consecuente del crecimiento industrial de las poblaciones humanas y foco de interés desde que múltiples investigaciones científicas comenzaron a concluir que la polución del aire y la salud tienen más relaciones de las que se pensaba, por ejemplo, estudios realizados por la Agencia de protección ambiental de Estados Unidos – United States Environmental Protection Agency-<sup>1</sup> han demostrado que “pequeñas

---

1 Agencia fundada el 1 de diciembre de 1970 por del gobierno federal de los Estados Unidos que se encarga de proteger el ambiente y la salud humana.

partículas liberadas mientras gas, petróleo y otros combustibles fósiles son quemados, dañan los sistemas respiratorio y cardiovascular” (EPA. s.f.)

Así que la evolución de las tecnologías y la creciente cantidad de emisiones de contaminantes al aire ha hecho que el hombre comience a exigir controles y estándares de calidad sobre esto con el fin de reducir o prevenir alteraciones al ambiente y al equilibrio natural que repercuten negativamente en la salud de los humanos e incluso causan desordenes climáticos catastróficos.

Dentro del territorio antioqueño, la conformación del Valle de Aburrá propicia la concentración de los vientos del norte que evacúan la carga contaminante por las lluvias en la zona sur, y esto afecta directamente al municipio de Sabaneta. Al respecto la Universidad Pontificia Bolivariana y el Área Metropolitana del Valle de Aburrá realizaron un estudio titulado “*Actualización del inventario de emisiones atmosféricas en el valle de aburrá, con georeferenciación de éstas*” (2006), el cual identificó que el 80% de las industrias del Valle de Aburrá están ubicadas en la parte central y sur, y por tanto en Medellín, Itagüí, Sabaneta y La Estrella se encuentran la mayor cantidad de fuentes de emisión fijas. En el sector de Sabaneta se nota, además, la particularidad de que las industrias están dentro de las zonas urbanas y debido al acelerado crecimiento demográfico del municipio, las fuentes móviles representan también un alto aporte de partículas contaminantes.

De acuerdo al Plan de Desarrollo del municipio de Sabaneta 2012-2015, desde el año 2004 la administración municipal ha estado desarrollando procesos de educación ambiental y está dando aplicación al Acuerdo Municipal sobre política ambiental con calidad para la sustentabilidad del año 2003. También están haciendo seguimiento del Acuerdo número 22 del año 2009 (Plan básico de ordenamiento territorial), el cual establece como estrategia en el campo ambiental el “*control de la contaminación ambiental y control del deterioro del ambiente, con el fin de proteger la calidad de vida de los habitantes del Municipio*” y dentro de los lineamientos

de ordenamiento ambiental urbano expone que la mitigación de impactos sobre el aire hace parte de las formas de conservación de la base natural sostenible (artículo 11). Sin embargo, entre las problemáticas que no han logrado solucionar se encuentran la falta de control ambiental para prevenir la contaminación generada por empresas, la falta de control de emisiones atmosféricas de la industria, y la falta de control de la mezcla de suelos (residencial – industrial). Por tanto, para buscar solución de los hechos dañosos que posiblemente generen impactos ambientales negativos, se debe acudir a la normativa legal vigente a nivel nacional y a sus respectivas derivaciones.

La protección del medio ambiente ha sido principalmente regulada a través de la ley 99 de 1993, que crea el sistema nacional ambiental. Este sistema establece los parámetros básicos que determinan la competencia de las autoridades ambientales de acuerdo a las características de cada territorio o zona. En seguimiento al artículo 64 de dicha ley, se entiende que no existe tan solo una autoridad competente en el municipio de Sabaneta, sino que en las zonas urbanas será competente el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y en las zonas rurales lo será Corantioquia.

El barrio La Florida se encuentra en un sector industrial, y por ende hace parte de una zona urbana; por lo que el ente competente es el Área metropolitana del Valle de Aburrá, quien debe intervenir y regular las emisiones de gases nocivos a la atmósfera producidos dentro del mismo, y puede también apoyarse en la Secretaria de medio ambiente municipal para realizar actividades encaminadas a ejercer un mayor control sobre las empresas industriales y brindar mayor protección a las personas que habitan en la localidad. Sin embargo, existen otras entidades que deben cooperar con las anteriormente expuestas, como la Secretaria de Salud Municipal, que siendo parte del Ministerio de Salud, es competente también en materia ambiental, pues el derecho ambiental no puede desligarse del derecho a la salud.

El control de la emisión atmosférica comenzó a ser regulado por la ley 9 de 1979, la cual exige

un trámite de autorización que debe presentarse ante el Ministerio de Salud o la entidad que este delegue; sin embargo, dicha autorización no constituye un eximente de responsabilidad por los efectos de contaminación causados. Luego el decreto 948 de 1995 creó el permiso de emisiones atmosféricas; y finalmente se expedieron las resoluciones 0601 de 2006 (modificada por la resolución 0610 de 2010) y 0909 del año 2008 que han cobrado gran importancia en materia de control ambiental atmosférico, al ser las bases normativas más recientes a las que debe acudirse en este ámbito. De acuerdo a estas resoluciones se puede entender claramente que las chimeneas industriales que utilizan en la Tintorería Mauricio Tobón Roldan, son consideradas fuentes de emisión fija, porque representan un proceso por el cual se descargan elementos contaminantes al aire a través de fuentes determinadas, y al ser concebidas como tal, deben tener un control de las autoridades ambientales que se realiza a través de mediciones de las partículas expulsadas por la caldera y la termofijadora, y este es un control al que antes de establecerse la fábrica se le tuvo que dar la debida autorización y luego de estar en funcionamiento se deberían entonces realizar las debidas evaluaciones periódicas. Además la empresa debe contar con el permiso de emisión atmosférica, pero no lo tienen y este no ha sido requerido por las autoridades ambientales ni por la Secretaria de Planeación y Desarrollo Territorial.

Es confuso entender que no se realicen controles anteriores y posteriores a las industrias instaladas en las ciudadelas industriales del municipio, aún más cuando estas industrias arrojan cantidades altas de partículas contaminantes que afectan negativamente el ambiente y la salud de las personas que se encuentran alrededor de las zonas problemáticas, y si tales emisiones no son controladas eficazmente, también las generaciones futuras se verán afectadas por las omisiones actuales.

### **1.1 La contaminación atmosférica y el impacto a la salud del hombre**

Las concentraciones de contaminantes en el aire impactan negativamente la salud de los seres

humanos. La contaminación atmosférica, catalizada por la expansión demográfica y el crecimiento industrial, ha sido la causante del aumento de las tasas de mortalidad y morbilidad en las zonas en que se detectan mayores concentraciones (Garamendi González & Sánchez de León Robles, 2003). Es por ello que el principal interés —o el más inmediato— de las normas regulatorias de la calidad del aire, es evitar las enfermedades causadas a la población vulnerable como consecuencia de la inhalación de partículas contaminantes que son liberadas al aire; mientras que el segundo interés —y no por ello menos importante— es proteger a largo plazo el ambiente para que no se desarrollen alteraciones de las futuras generaciones.

Los impactos que puede causar la contaminación atmosférica en el cuerpo humano, han sido muy estudiados, pues representan un problema que debe entenderse y contenerse. Al respecto, la Sociedad Española de Cardiología —previos estudios en pacientes— (SEC, 2011) ha encontrado que los riesgos de enfermedades cardiovasculares aumentan en personas que están expuestas a polución.

*Respirar partículas contaminantes durante todo el año puede acortar la vida de uno a tres años. Causa muchas enfermedades o alteraciones en la salud, partos prematuros, trastornos respiratorios, incluso cuando los niveles de partículas son muy bajos. Empeora el asma, causa sibilancias, tos e irritación respiratoria en cualquier persona con vías respiratorias sensibles. También provoca infartos, ACV, arritmias y muerte prematura (ALA, 2007)*

Por su parte el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Colombia sostiene —con base en investigaciones hechas en América latina y el Caribe— que la contaminación del aire es un problema de salud pública que preocupa a la Nación (2012), toda vez que hay evidencia en resultados que arrojan un incremento en los índices de personas hospitalizadas y muertas con relación a enfermedades respiratorias y cardiacas producidas por la contaminación en el aire.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, reconoce que la contaminación en las

ciudades y en los corredores industriales, es un problema bien conocido en el país, ya que las mediciones realizadas en las estaciones de monitoreo de calidad del aire, establecidas en varias ciudades, se ha logrado determinar que hay focos de alta contaminación en zonas industriales y de alto flujo vehicular. Lo que lleva a pensar, que las personas que viven en el Municipio de Sabaneta se encuentran en un punto de vulnerabilidad, dado que en gran parte de su territorio -15 kilómetros cuadrados- hay presencia de industrias dedicadas a diferentes especialidades, aunado a ello los corredores viales que pasan por el mismo territorio.

En cuanto a las personas que habitan en el barrio La Florida, ya han presentado síntomas de enfermedades del sistema respiratorio, muchas de ellas aducen que es debido al humo que inhalan casi diariamente proveniente de la Tintorería Tobón Roldán; humo que no solo nubla el espacio,

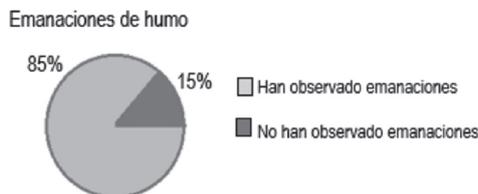
sino que también tiene un característico olor que impide respirar cómodamente y obliga a las personas a cerrar por gran parte del tiempo ventanas y puertas.

## 1.2 Análisis y tratamiento de los datos

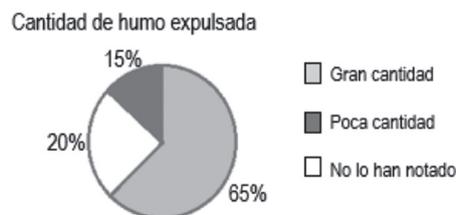
Durante la elaboración del presente proyecto, se realizó una encuesta a veinte personas habitantes del barrio La Florida con el fin de comprender la opinión de la comunidad sobre las incomodidades causadas por la constante emisión de humo de la Tintorería Tobón Roldán y también se obtuvo una lista de firmas de personas que dieron la información de los síntomas que presentan.

La encuesta fue diligenciada por un total de 20 personas habitantes del barrio La Florida en el municipio de Sabaneta y de sus respuestas se puede establecer que:

Un 85% de los encuestados ha observado emanaciones de humo provenientes de las fábricas ubicadas en zona industrial sur de Sabaneta, mientras que el restante 15% no han notado esto.



En cuanto a la cantidad de humo que ven ser expulsado, un 65% afirma que es gran cantidad, un 15% dice que es poca cantidad, mientras que un 20% no ha detallado la situación.



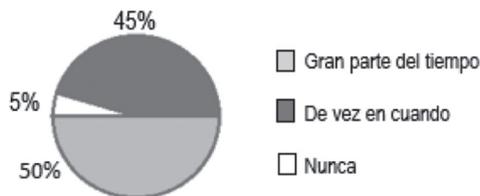
Un 70% del grupo encuestado ha notado que generalmente el humo es expulsado durante el día, mientras que el 30% dice que esto sucede en horas de la tarde.

Horario general de expulsión del humo



Debido al humo un 50% dice tener que mantener las ventanas cerradas gran parte del tiempo, un 45% las cierra de vez en cuando y 5% nunca ha visto la necesidad de hacerlo.

¿Debe cerrar ventanas debido al humo?



Un 80% de las personas ha percibido olores provenientes del humo expulsado por las fábricas, mientras que el 20% restante afirma que no se percibe ningún olor.

¿Percibe olores provenientes de las fábricas cada vez que expulsan humo?



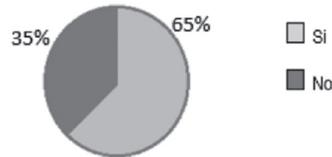
Un 90% considera que es molesto tener fábricas alrededor de su vivienda mientras que el 10% considera lo contrario.

¿Considera molesto tener fábricas alrededor de su vivienda?



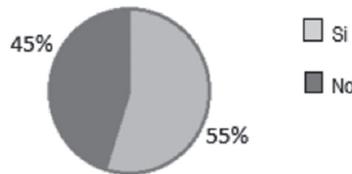
Un 65% afirma que de existir mecanismos para el control eficaz de las emanaciones de humo de las fábricas de la zona industrial del sur de Sabaneta, haría uso del mismo; el 35% no lo haría.

De existir mecanismos que puedan impedir o controlar de manera eficiente las emanaciones de humo por parte de las fábricas ubicadas en zona industrial sur de Sabaneta ¿los utilizaría haría?



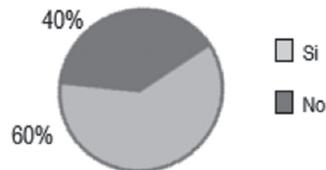
El 55% de las personas encuestadas ha interpuesto quejas ante autoridades ambientales como el Área metropolitana del Valle de Aburrá y/o la Secretaria de medio ambiente de Sabaneta, y un 45% nunca lo ha hecho.

Ha interpuesto quejas a las autoridades ambientales como Área Metro o Secretaria de medio ambiente de Sabaneta por la cantidad de humo emanada de las fábricas?



Finalmente, un 60% considera que ha habido omisiones por parte de las autoridades ambientales frente al control de las emisiones de humo de las fábricas ubicadas en la zona industrial sur del municipio y un 40% afirma que no es así.

¿Considera usted que han habido omisiones por parte de las autoridades ambientales frente a este tema?



FUENTE: Encuestas realizadas en Septiembre de 2014, Barrio La Florida, Sabaneta.

Figura 1.

Enfermedad / Síntoma	Número de personas	
Asma	4	
Irritación de ojos	5	
Rinitis	2	
Irritación de garganta	5	
Dolor de cabeza	4	
Gripe constante	1	
	Total de personas	15

FUENTE: Encuesta Afectación salud de habitantes La Florida, Agosto 2014.

En total se obtuvo la información de 15 personas habitantes del barrio La Florida – Sabaneta, Antioquia- y para hacer el análisis de relación entre enfermedad/síntoma e inhalación de humo, se contó con la ayuda de la doctora Alejandra María Toro Álvarez<sup>2</sup>, cuya asesoría fue fundamental para determinar lo siguiente:

Siete personas padecen enfermedades que no son causadas por partículas contaminantes, que son el asma y la rinitis, condiciones con predisposición genética, es decir, para que alguien la sufra debe tener en su genoma la alteración que haga que sus vías respiratorias sean hipersensibles; y como tal no son enfermedades consecuencia de la contaminación, pero esta sí es culpable de sus exacerbaciones y de la alteración en la calidad de vida y en el estado de salud de la persona que tenga la enfermedad; haciendo que las vías respiratorias, ya hipersensibles, permanezcan en un estado de inflamación crónica que a la larga va a ocasionar daño irreversible, difícil manejo de las crisis y alteración en las libres actividades de la persona que la sufre.

Cuatro personas han sentido un incremento de dolores de cabeza. Es muy poco probable que un dolor de cabeza sea causado por el humo, si se trata de migrañas no existe relación alguna, pero

no puede descartarse que el dolor de cabeza sea una reacción a la inhalación del humo, simplemente es poco frecuente.

Una persona sufre constantemente de gripes, lo cual significa que la persona tiene una infección respiratoria, al igual que las cinco personas que presentan irritación en la garganta. El hecho de respirar polvo y otras partículas, irrita y predispone el cuerpo a que sufra otra enfermedad, de ahí se podría explicar porque la persona constantemente se contagia de virus y las personas que presentan irritación también pueden ir desarrollando más fácilmente otras enfermedades. Se entiende entonces que la infección respiratoria debilita el sistema y lo vuelve más vulnerable y propenso a contagiar virus y similares.

Cinco personas presentan irritación en los ojos lo cual representa una alta probabilidad de que se trate a reacciones alérgicas por estar en contacto con el humo, polvo y las demás partículas que son expulsadas a través de chimeneas industriales.

Cabe anotarse que en el año 2010 la comunidad presentó una carta dirigida a la Alcaldía comentando la afectación a la salud producida por la Tintorería Tobón Roldán y anexaron un

2 Médica de la Universidad Pontificia Bolivariana. Certificada en Atención integral a las enfermedades prevalente en la infancia (AIEPI); y en Vigilancia en infecciones respiratorias agudas por la Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia.

promedio de 70 firmas de las personas afectadas. Aunque es probatoriamente muy complejo demostrar que las enfermedades que los vecinos del barrio presentan son causadas únicamente por las emisiones hechas por la tintorería, el hecho de que lleven alrededor de cuatro años inhalando humo seis días a la semana (bajo los horarios que laboran en la fábrica) es un factor que debe considerarse seriamente. Además la zona abarca la Institución educativa Concejo de Sabaneta, el Colegio los Alcázares y el hogar de bienestar del anciano Hogar Nazareth; lugares de encuentro y habitación de niños y ancianos, quienes forman parte de un grupo poblacional que por mandato constitucional debe recibir una mayor protección de parte de la sociedad y del Estado mismo.

## **2. Controles por parte de las autoridades ambientales para el uso del suelo en Sabaneta**

La administración de Sabaneta mientras elaboraba los estudios diagnósticos para redactar el Plan de Desarrollo Municipal 2012-2015, detectó que dentro del municipio hay una mezcla de usos de suelo generado por la carencia de una reglamentación puntual sobre la ubicación que deben tener actividades específicas y por el rápido crecimiento poblacional e industrial; son estos dos factores los que catalizaron una inadecuada zonificación que a su vez deriva en conflictos de diferentes índoles, siendo los más frecuentes la problemática vial por el aumento de vehículos y social por el aumento de la contaminación auditiva y ambiental en zonas residenciales. Debido a esto, una de las aspiraciones de la administración es reglamentar la ubicación de los usos de suelo de forma que la zonificación esté bien delimitada.

El procedimiento que debe realizarse para recibir el permiso de uso de suelos se debe presentar ante la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial, que recibe la solicitud junto con los documentos anexos y pasa a asignar un funcionario responsable de prestar el servicio, quien se encargará de registrar el proceso en la base de

datos y verifica el cumplimiento de los requisitos. Si los requisitos no se cumplen, se debe informar al solicitante que necesita complementar la información o documentación que falte. En caso de que los requisitos se cumplan, se debe programar y realizar una visita registrando los resultados e información pertinente y concluye con la elaboración de los usos de suelos. Siendo esto radicado, el solicitante deberá cancelar el valor correspondiente para recibir el permiso y finalizar el trámite.

Este trámite debe realizarse antes de establecer una actividad específica dentro del territorio del municipio, sea una construcción de una unidad residencial, un lugar de recreación y esparcimiento, una fábrica, etc. Para darse el permiso del uso del suelo deben tenerse en cuenta, además de los requisitos específicos establecidos para determinadas actividades -como lo son los locales comerciales-, se debe cumplir por las reglas establecidas en el acuerdo 22 de 2009, Plan básico de ordenamiento territorial –PBOT-. De no cumplirse con las reglas en el acuerdo consagradas, se da por entendido que el permiso del uso de suelo no podrá otorgarse, pero, a pesar de que la Tintorería Tobón Roldán entró en funcionamiento desde el año 2010, y durante ese mismo periodo se presentaron las primeras quejas que abrieron paso a los procesos de investigación por parte de autoridades ambientales, es incomprensible e inadmisibles que luego de que en las mismas investigaciones la Secretaria de Medio Ambiente municipal expusiera que la empresa no contaba con el debido certificado de uso del suelo y continua el proceso sancionatorio por incumplimiento de la resolución 0909 de 2008, a los dos años siguientes (Agosto de 2012), el representante legal adquiere dicho permiso expedido por la Secretaria de Planeación y Desarrollo Territorial, aun estando bajo investigación.

## **3. Estrategia de litigio**

Durante un periodo de cuatro años la Tintorería Tobón Roldan ha desplegado actividades que impiden el goce de un ambiente sano a los

residentes del barrio La Florida, derecho consagrado en el artículo 79<sup>3</sup> de la Constitución Política Colombiana y que ha sido calificado como un derecho de interés colectivo cuya conservación y protección está a cargo de los particulares y el Estado, siendo este último el directo responsable de “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental e imponer las sanciones legales a los infractores ambientales y exigir la responsabilidad de los daños causados”<sup>4</sup>. Esta vulneración significa, además, una amenaza y/o lesión al derecho a la salubridad pública<sup>5</sup>, debido a que varias personas que viven alrededor de la tintorería han manifestado afecciones respiratorias que posiblemente son exacerbadas por las emanaciones de humo de la tintorería<sup>6</sup>.

Los respectivos procedimientos que podían utilizarse ante las autoridades municipales y el Área Metropolitana para que velaran por la protección de estos derechos, ya han sido agotados y aunque se logró un reconocimiento de la afectación, dichas autoridades aún no ejercen efectivamente sus funciones y no han ejecutado las actuaciones pertinentes para que haya un cese de las actividades que causan la vulneración.

La constituyente determinó otros mecanismos que pueden emplearse con el fin de hacer valer este derecho. Entre ellos se encuentran las acciones constitucionales, herramientas que ayudan al ciudadano a poner en movimiento el aparato estatal conforme a las necesidades que se tengan. De acuerdo al caso concreto se analizarán a con-

tinuación los factores que permiten determinar el mecanismo a utilizar como estrategia de litigio y cuyo propósito es que se resuelvan y adopten medidas que ayuden a prevenir y detener el daño ambiental generado por la emanación desproporcionada de partículas contaminantes al aire, por parte de la Tintorería Tobón Roldan y empresas ubicadas en las diferentes ciudadelas industriales del municipio del Sabaneta.

A continuación se expondrán dos acciones constitucionales contenidas en el artículo 88 de la Constitución Política y reguladas por la ley 472 de 1998: la acción de grupo y la acción popular. A pesar de que estas acciones se encuentran consagradas en el mismo artículo constitucional y legal, poseen diferencias que obligan a los investigadores a elegir la más apta para el caso objeto de estudio. En el siguiente cuadro se pueden observar sus características y diferencias.

Como se observa en la tabla, la acción de grupo se presenta con el objetivo de obtener una indemnización económica por los perjuicios causados a la comunidad afectada, pero en el presente caso no se busca la indemnización de los accionantes, porque para lograrlo se tendrían que demostrar, individualmente que las afectaciones a la salud que ellos acaecen son consecuencia directa y exclusiva de las emanaciones de partículas contaminantes al aire por las fuentes de emisión fija de la Tintorería Tobón Roldan, lo cual sería complicado, considerando que los estudios realizados por el Ministerio de Salud y Protección

---

3 Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 79. “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”

Precepto reforzado por los artículos 2º, 8º, 49, 58, 67, 79, 80 y 95-8.

4 Corte constitucional Sentencia C-035 de 1999.

5 Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 49. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”

6 Ver Anexo Encuesta Afectación salud de habitantes La Florida.

ACCIÓN DE GRUPO	ACCIÓN POPULAR
Titulares de la acción, tanto personas naturales o jurídicas.	Titulares de la acción, tanto personas naturales o jurídicas.
Se usa para casos donde se solicita indemnización por el daño provocado por una omisión o abuso del estado. Es de carácter pecuniario.	Usada para generar el restablecimiento de las cosas en lo posible a su estado anterior, en el caso que no sea posible se tornara indemnizatoria.
Requiere ser presentada mediante Abogado.	No requiere Abogado.
En principio la ley 472 de 1998 en su art 46, pedía que fuere presentada por mínimo 20 personas, pero la sentencia C-116 de 2008 condiciono que “las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre establezca en la demanda los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado.” <sup>7</sup>	Un número plural de afectados. Mínimo dos personas.
Tiene caducidad, tiene semejanzas a la reparación directa, posee los mismos términos. 2 años a partir del conocimiento o acaecimiento del daño.	No tiene caducidad. Según sentencia C-215, declaro inexecutable la parte subrayada del art 11 de la ley 472 de 1998. “ <u>Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración.</u> ” <sup>8</sup>
Requiere requisito previo de procedibilidad. Agotando la vía gubernativa antes de incoar la acción. Esto se contempla desde la ley 1437 de 2011.	Requiere requisito previo de procedibilidad. Agotando la vía gubernativa antes de incoar la acción. Esto se contempla desde la ley 1437 de 2011.
Conoce la jurisdicción contenciosa administrativa y civil.	Conoce la jurisdicción contenciosa administrativa y civil.
Procede contra entidades públicas y particulares.	Procede contra entidades públicas y particulares.

Social y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible<sup>9</sup> arrojaron que la contaminación atmosférica no es únicamente producida por zonas industriales, sino también por el parque automotor y otros. Adicionalmente la vasta inconformidad de la comunidad al ver la omisión de la administración municipal, sumado a las continuas visitas realizadas en los últimos cuatro años por organismos ambientales y de salud que aún no presentan resultado positivo alguno, ha alcanzado un grado de insatisfacción tan alto que se concluye que muchas personas no quieren participar en ningún tipo de acción.

Entendido lo anterior y agregándole el requisito de interponer la demanda por medio de abo-

gado más el hecho de que los afectados no buscan una indemnización económica, sino el cese al daño provocado por las emisiones de partículas contaminantes al aire por la tintorería Tobón Roldan, se descarta la acción de grupo por no ser el medio más adecuado para buscar solución al conflicto investigado.

Con base en lo anteriormente expuesto se propone como medio legal para evitar la contaminación atmosférica producida por la emisión de las fuentes fijas de la tintorería Tobón Roldan, la acción popular, que se ejercería por un número no mayor de cinco personas afectadas, agotando el requisito previo de procedibilidad que consistiría en un derecho de petición dirigido a

7 Corte constitucional Sentencia C-116 de 2008.

8 Corte constitucional Sentencia C-215 de 1999.

9 Ministerio de Salud y Protección Social y Organización Panamericana de la Salud (2012). *Protocolo para la vigilancia sanitaria y ambiental de los efectos en salud relacionados con la contaminación del aire en Colombia*. Bogotá D.C, Colombia.

la administración municipal, donde se pedirá la cesación del daño provocado por la empresa Tobón Roldán; al no resolver el daño se aplicaría la acción popular cumpliendo requisito previo que exige la ley 1437 de 2011. Esta acción al no requerir un abogado, sería ejecutada o incoada por los mismos afectados ante los juzgados civiles municipales de Sabaneta contra la Tintorería Tobón Roldán y se integra a la litis como litisconsorte necesario por pasiva al Área Metropolitana del Valle de Aburrá, ente encargado de regular, vigilar, controlar y sancionar el incumplimiento de las normas ambientales, de acuerdo a las facultades otorgadas por la ley 99 de 1993 artículo 64, que a la fecha no ha concluido la investigación que inició en enero de 2012.

## Conclusiones

La hipótesis planteada durante el inicio de la investigación ha sido confirmada, pues a pesar de que la administración de Sabaneta ha reconocido<sup>10</sup> la necesidad de reforzar la regulación de los usos de suelos y de ejercer un mayor control ambiental de las actividades que realizan las industrias dentro del territorio municipal; se puede evidenciar que los controles que realizan los entes ambientales a nivel municipal y el Área Metropolitana a las ciudadelas industriales de Sabaneta, son insuficientes, debido a que solo operan por medio de quejas interpuestas por las personas afectadas. Los medios con los que cuenta el ciudadano son solo mecanismos reactivos que activan los organismos ambientales de manera poco eficiente.

Se puede observar la incoherente actuación de la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial municipal al otorgar el permiso de uso de suelo a una empresa que se encontraba operando sin este durante dos años, y que para la fecha estaba bajo investigación por parte del Área Metropolitana del Valle de Aburrá por emisiones de

partículas contaminantes al aire a través de sus fuentes fijas. Pasando por alto lo establecido en el artículo 180 del acuerdo 22 de 2009, Plan básico de ordenamiento territorial, -PBOT- que decreta que está prohibido otorgar dicho permiso a industrias con potencial alto, medio o bajo contaminante.

Este estudio es una continuación al trabajo que comenzó a desarrollarse dentro de la comunidad de La Florida durante el año 2010<sup>11</sup>, sin embargo es precisamente por este motivo que se complicó el acercamiento a ellos, pues ya portan una actitud prevenida e indiferente que ha sido causada por la poca atención que las autoridades municipales le han prestado a este caso y por la carencia de resultados. Es este un factor directo que influyó en la elaboración de la estrategia de litigio, en la que se concluye que el medio legal idóneo para dar solución a este conflicto y exigir una real protección de los derechos al goce a un ambiente sano y a la salubridad pública es la acción popular, con la cual se pretende prevenir y detener el daño continuado generado por esta industria, que servirá además de referente futuro a la hora de accionar otras industrias que estén generando un igual o mayor daño al que hemos demostrado en nuestra investigación.

## Referencias Bibliográficas

- Área Metropolitana del valle de Aburrá. (2006) Actualización del inventario de emisiones atmosféricas en el valle de aburrá, con georeferenciación de éstas. *Modelo de emisiones atmosféricas MODEAM*.
- Garamendi González, P.M., Sánchez de León Robles, M.S. (2003) Mortalidad asociada con la contaminación atmosférica por SO<sub>2</sub>: A propósito de un caso de autopsia médico legal tras un episodio de polución atmosférica. *Cuadro médico forense*, 33, 43-56.

---

10 Plan de desarrollo Sabaneta 2012 – 2015

11 Ver Anexos recursos, peticiones y comunicaciones emitidos por habitantes de La Florida.

- John Kirkwood (2007). Statement: Clean air planning act of 2007. American Lung Association. Recuperado de: <http://www.lung.org/press-room/press-releases/statement-clean-air-planning.html>
- Ministerio de Salud y Protección Social y Organización Panamericana de la Salud (2012). *Protocolo para la vigilancia sanitaria y ambiental de los efectos en salud relacionados con la contaminación del aire en Colombia*. Bogotá D.C, Colombia.
- NASA Earth Observatory (s.f). Glossary. Recuperado de: <http://earthobservatory.nasa.gov/Glossary/>
- OMS Departamento de Salud Pública, Medio Ambiente y Determinantes sociales de la salud (s.f.). *Los efectos sobre la salud ¿Qué consecuencias sanitarias acarrea la contaminación atmosférica urbana?*. Recuperado de: [http://www.who.int/phe/health\\_topics/outdoorair/databases/health\\_impacts/es/](http://www.who.int/phe/health_topics/outdoorair/databases/health_impacts/es/)
- Río Paredes, S. (2005) Contaminación química en la infancia: bioacumulación y efectos potenciales. *Revista española de Salud Pública*, vol.79, 2, 221-228.
- SEC (2011). La mortalidad cardiovascular aumenta tras los días de más contaminación. *El Medico interactivo, Diario electrónico de sanidad*. Recuperado de: <http://saludequitativa.blogspot.com/2011/02/la-mortalidad-cardiovascular-aumenta.html>
- United States Environmental Protection Agency (s.f). Then, Now and Future. History of Air Pollution. Recuperado de: <http://www.epa.gov/research/airscience/air-historyo-fairpollution.htm>
- Vargas Marcos, F., Gallego Pulgarín, I. (2005). Calidad ambiental interior: bienestar, confort y salud. *Revista española de Salud Pública*, vol.79, 2, 243-251.
- cursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.
- Decreto 948 de 1995. Por el cual se reglamentan, parcialmente la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75 y 75 del Decreto-Ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire.
- Ley 23 de 1973. Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones.
- Ley 9 de 1979. Por la cual se dictan medidas sanitarias.
- Ley 99 de 1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.
- Ley 232 DE 1995. Por medio de la cual se dictan normas para el funcionamiento de los establecimientos comerciales
- Resolución 0909 de 2008. Por la cual se establecen las normas y estándares de emisión admisibles de contaminantes a la atmósfera por fuentes fijas y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 601 de 2010. Por la cual se establece la Norma de Calidad del Aire o Nivel de Inmisión, para todo el territorio nacional en condiciones de referencia
- Resolución 610 de 2010. Por la cual se modifica la Resolución 601 del 04 de abril de 2006.

## **Jurisprudencia**

- Corte constitucional sentencia C 035 de 1999
- Corte constitucional sentencia C 431 de 2000
- Corte constitucional sentencia T 254 de 1993
- Corte constitucional sentencia T 453 de 1998
- Corte constitucional sentencia T 219 de 1994

## **Materiales legales**

- Acuerdo 022 del 2009. Plan básico de ordenamiento territorial de Sabaneta
- Constitución política de Colombia de 1991
- Decreto 2811 DE 1974. Código Nacional de Re-

Corte constitucional sentencia T 415 de 1992  
Corte constitucional Sentencia C-116 de 2008.  
Corte constitucional Sentencia C-215 de 1999

Corte constitucional Sentencia C-035 de 1999  
Corte constitucional Sentencia C-632 de 1011  
Concejo de Estado. Sección tercera. AP 086 del  
31 de agosto del 2000

# Fortalecimiento de la comunicación organizacional en la contraloría municipal de Itagüí\*

Lucas García Arboleda\*\*

Alba Inés Ospina Montoya\*\*\*

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## Resumen

El presente artículo recoge los resultados del proceso de investigación “*Fortalecimiento de la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí*”, en el texto se consignan los hallazgos de un ejercicio académico en el que a partir del diagnóstico de las prácticas de comunicación organizacional presentes en la entidad se exponen las fortalezas, oportunidades de mejorar y tácticas para la cualificación de los procesos comunicativos en la Contraloría Municipal de Itagüí.

En el texto se reúne la experiencia de la investigación al interior de una entidad pública, las características del instrumento aplicado y las diferentes percepciones que en una misma organización se puede tener de acuerdo a la experiencia de cada miembro de la organización y su vivencia con la dimensión consultada; la comunicación en este caso.

**Palabras clave:** Cultura Organizacional; Comunicación Directiva; Comunicación Grupal.

---

\* Trabajo de grado para optar por el título de Especialistas en Alta Gerencia Estratégica de la Corporación Universitaria de Sabaneta –UNISABANETA-. Asesora metodológica: Lina Marcela Acevedo Correa.

\*\* Ingeniero informático, coordinador de sistemas unidad de discapacidad, Alcaldía de Medellín, gararlo@gmail.com

\*\*\* Ingeniera informática, Secretaria ejecutiva, Contraloría Municipal de Itagüí, alba.ospina@gmail.com

## ***Strengthening of the organizational communication in the municipal comptroller of Itagui***

### ***Abstract***

This article presents the results of the research process named “Strengthening of organizational communication in the Itagui Municipal Comptroller”. The writing exposes the strengths, opportunities and tactics to improve the qualification of communication processes in the Itagui Municipal Comptroller based in the diagnostic of the organizational communication practices present in the company.

The article collect the experience of research in a public entity, the characteristics of the instrument applied and the different perceptions of people in the same organization but with diverse experiences of communication.

**Keywords:** Organizational Culture; Directive Communication; Group Communication.

## Introducción

La Contraloría Municipal de Itagüí fue creada por el Concejo Municipal, el 5 de noviembre de 1965, mediante el Acuerdo Municipal 23 del mismo año, para funcionar dentro del marco de la Constitución, leyes y demás disposiciones vigentes, siendo importante anotar que ha sido reestructurada en varias oportunidades, siempre con miras al mejoramiento de su estructura.

La Contraloría Municipal de Itagüí, tiene como jurisdicción para el ejercicio de sus funciones y obligaciones legales el Municipio de Itagüí, que es un ente territorial de primera categoría con 267.872 habitantes (Informe proyectado por el DANE a 2015).

Dicho organismo de control fiscal actualmente cuenta con un grupo interdisciplinario de profesionales y una infraestructura tecnológica que se adapta a las necesidades de la organización y que se encuentra a la vanguardia con las innovaciones que actualmente ofrece el mercado, siendo un referente para las demás contralorías territoriales del país, a las cuales la Contraloría de Itagüí ha venido brindando soporte y acompañamiento.

Dentro de toda organización, especialmente en una entidad pública como la Contraloría Municipal de Itagüí, un elemento indispensable es la adecuada comunicación, toda vez que esta da cuenta de las dinámicas organizacionales, a saber: los planes, programas y proyectos trazados por la alta dirección; el papel de los empleados en el desarrollo misional de la entidad y demás elementos inherentes al quehacer y el direccionamiento de cada organización. Además de lo concerniente a la comunicación interna, las entidades deben procurar una adecuada gestión de sus stakeholders, es decir, todos aquellos actores que a pesar de no ser parte del día a día organizacional pueden en algún momento determinado afectar o verse afectados por la acción de las entidades.

Esa naturaleza pública de la Contraloría Municipal de Itagüí demanda la interacción con un público variopinto, por tal razón, en la ejecución comunicativa debe tenerse en cuenta lo plantea-

do por Martínez y Téllez (2012) en cuanto a la primacía de “comunicaciones de servicio público (información, formación y educación de los ciudadanos)” (p.97) Así se garantiza un adecuado ejercicio de la función pública, facilitando a través de la comunicación el quehacer de los funcionarios y de la entidad en su conjunto.

La Contraloría Municipal de Itagüí, es una entidad de control fiscal con jurisdicción en el Municipio de Itagüí; dentro de su estructura organizacional no contempla un área de comunicaciones, situación que dificulta la elaboración y seguimiento a una estrategia comunicacional principalmente en lo correspondiente a la comunicación organizacional.

Se plantea este elemento —comunicación organizacional— dada su importancia en la consolidación de una estructura organizacional, partiendo desde el momento mismo en que el empleado entra a formar parte de la entidad, con unos adecuados procesos de inducción, acompañamiento, fortalecimiento y proporción de información que facilite su actividad laboral y contribuya al desarrollo deseado desde el direccionamiento institucional, lo que derivará necesariamente en satisfacciones para el empleado a través del reconocimiento de su labor; llegando hasta los medios de difusión que tiene la entidad para dar a conocer el desarrollo de su misión a la comunidad y al público en general.

Debe entenderse, que al hablar de las organizaciones se hace referencia, como lo plantean Canelón y Silva (2001), a un “sistema compuesto por subsistemas interdependientes e interrelacionados que trabajan en la consecución de los objetivos institucionales. El punto central es la interdependencia, todos los subsistemas afectan al sistema y son afectados por éste”. (p.42).

Lo anterior presupone el análisis de los diferentes procesos de la entidad, las interacciones y la forma de comunicación actual, lo cual conlleva a la formulación de mecanismos que representen un salto cualitativo en las prácticas comunicativas de la entidad.

En función de lo planteado anteriormente, la pregunta que guió el proceso investigativo fue la siguiente: ¿Cómo fortalecer la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí de manera que se convierta en elemento clave para el mejoramiento de los procesos institucionales?

Para dar respuesta a este interrogante, este ejercicio académico se sustentó en el siguiente objetivo general: Identificar como fortalecer la comunicación organizacional que contribuyan a la consolidación de la estructura institucional de la Contraloría Municipal de Itagüí basado a su vez en dos objetivos específicos, a saber: conocer las prácticas de comunicación organizacional implementadas en la Contraloría Municipal de Itagüí; y determinar las estrategias de comunicación organizacional existentes que se adapten para el caso de la Contraloría Municipal de Itagüí.

La justificación principal para la realización del presente artículo, que derivará en una propuesta de buenas prácticas de comunicación organizacional para la Contraloría Municipal de Itagüí, fue la importancia de fortalecer la cultura organizacional de la entidad a través de un trabajo en el que la vinculación de todos los actores del organigrama de la Contraloría fuera el principal insumo para garantizar la pertinencia de lo formulado.

Entendiendo que la adecuada comunicación organizacional no solo crea una relación fundada en valores comunes que generen identificación sino que a su vez promueve conductas y cohesión comportamientos, se logra utilizar esta dimensión de la vida organizacional como un aporte a las buenas prácticas de la función pública, para el caso de la Contraloría Municipal de Itagüí.

La adecuada implementación de la comunicación en las organizaciones, no debe confundirse únicamente con el uso instrumental de herramientas comunicativas sino que debe verse más bien como un “proceso que permite coordinar los distintos elementos para el logro de los objetivos” (Canelón y Silva, 2001, p.42) solo así la comunicación, especialmente en el campo organizacional, adquiere un papel relevante en el logro de los objetivos institucionales.

Una adecuada implementación de prácticas de comunicación organizacional, permite además la sinergia entre las áreas de trabajo con el fin de maximizar los beneficios, no solo para los funcionarios de la Contraloría Municipal de Itagüí, sino también para esta como institución enfocada en una labor fundamental dentro del Estado, como es la de ejercer el control sobre entidades de interés público.

Para formular las estrategias que contribuyan al mejoramiento de la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí, se recurrió al diagnóstico de las prácticas que en este campo ya se daban en la entidad sin importar que se presentaran sin plena consciencia de que estas hacían parte de esta dimensión de la comunicación.

Para garantizar que este ejercicio investigativo reflejara la realidad comunicativa de la Contraloría Municipal de Itagüí, el instrumento más idóneo fue la implementación de una encuesta en la que los funcionarios de la organización brindaran un panorama de las prácticas comunicativas vigentes en la vida organizacional de la entidad y la percepción que ellos como base de la organización tienen de las prácticas comunicativas en su lugar de trabajo.

En tal virtud, a continuación se expondrán los resultados de la implementación de la encuesta a 26 funcionarios vinculados a la Contraloría Municipal de Itagüí, las respuestas de los empleados acerca de una dimensión fundamental en la vida organizacional, la comunicación. A su vez se presenta el análisis a la luz del interaccionismo simbólico, la teoría en la que se fundamenta esta investigación y a través de la cual se pretende entender la relación entre la intersubjetividad de los funcionarios y el direccionamiento organizacional en lo correspondiente a la comunicación.

## **1. Prácticas de comunicación organizacional implementadas en la Contraloría Municipal de Itagüí**

La comunicación organizacional es concebida por Katz y Kahn (Citados en Canelón y Silva,

2001, p.44) como la transmisión de mensajes con sentido dentro del marco de las organizaciones que son a su vez concebidas como una red de relaciones interdependientes. A la luz de estas definiciones, es claro que al hablar de comunicación organizacional se hace referencia a una dimensión altamente compleja de la vida empresarial o corporativa.

Como se ha mencionado anteriormente, esta investigación se orientó a conocer las prácticas de comunicación organizacional implementadas en la Contraloría Municipal de Itagüí con el fin de tener un diagnóstico claro sobre el manejo que se le ha dado a la comunicación en esta entidad y así generar una hoja de ruta que contribuya a la cualificación de las acciones comunicativas al interior de la entidad.

Teniendo en cuenta el primer objetivo específico de este ejercicio académico se realizó la aplicación del instrumento de la encuesta el día

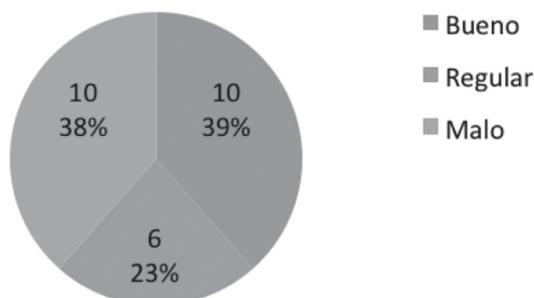
miércoles 16 de septiembre de 2015 a un total de 26 funcionarios de la entidad.

Se encontró en los resultados de la encuesta un mecanismo pertinente para garantizar a los funcionarios la confidencialidad en sus respuestas y a su vez permitir la obtención de resultados libres de sesgos producto de la presión que en ocasiones genera el hecho de emitir juicios sobre el lugar de trabajo.

A continuación se presentan las respuestas de los funcionarios a la encuesta. Cada gráfico da cuenta de las diferentes opciones de respuesta elegidas por los funcionarios y se respalda con las inferencias correspondientes a cada interrogante, para que de esta manera se planteen los insumos que hacen posible el cumplimiento del segundo objetivo específico, enfocado en determinar las estrategias de comunicación organizacional existentes que se adapten para el caso de la Contraloría Municipal de Itagüí.

Gráfica 1

**1. ¿cómo evalúa usted la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí?**



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

A la luz del primer interrogante, se evidencia claramente una división en las posturas de los funcionarios respecto a la comunicación organizacional en la entidad; el desconocimiento del concepto puede generar ambigüedades que se verán reflejadas finalmente en la respuesta de los funcionarios, dado que de otra manera, no se entendería cuáles son los elementos que llevan a los empleados de una misma entidad a calificar de

manera contundentemente opuesta, la utilización de una herramienta cuya función es justamente la de evitar las disonancias.

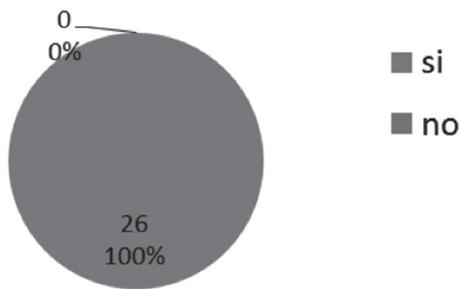
Esta disonancia se hace aún mayor si se considera el 6% que da una calificación regular al tópico de la comunicación organizacional, no es claro en qué argumentos se sustenta esta calificación y tal respuesta hace más difusa la interpretación rigurosa de este interrogante.

Este tipo de interrogantes no suelen estar ligados a la subjetividad, la implementación adecuada de la comunicación organizacional no debe

dejar espacio para la duda, en caso de estar bien implementada, debe derivar en reconocimiento por parte de los miembros de la organización que son la razón principal de esta práctica.

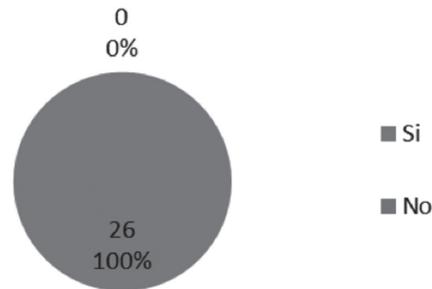
Gráfica 2

2. ¿Conoce usted la Misión y Visión de la Contraloría Municipal de Itagüí?



Gráfica 3

3. ¿Se siente usted como empleado, identificado con la Misión y Visión de la entidad?



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

La unanimidad en cuanto a los interrogantes acerca de la misión y la visión de la Contraloría Municipal de Itagüí, da cuenta del conocimiento e identificación de los funcionarios con el direccionamiento de la entidad; este es un elemento fundamental dentro del mundo organizacional, dado que los equipos de trabajo al conocer el deber ser de las organizaciones e identificarse con este, ejecutan sus labores en función de esa búsqueda constante de las entidades por alcanzar los objetivos misionales.

La identificación de los funcionarios con el direccionamiento de la entidad es un punto destacado en este proceso de investigación sobre la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí, dado que las estrategias y recomendaciones que deriven de este ejercicio académico, no solo serán mejor recibidas sino además mejor implementadas por un equipo de trabajo al que su alto nivel de identificación le permitirá entender que el mejoramiento de las prácticas organizacionales contribuirá al direccionamiento mencionado aportando también a la cualificación de su entorno laboral.

Las respuestas obtenidas en el caso de la pregunta número cuatro, invitan necesariamente a

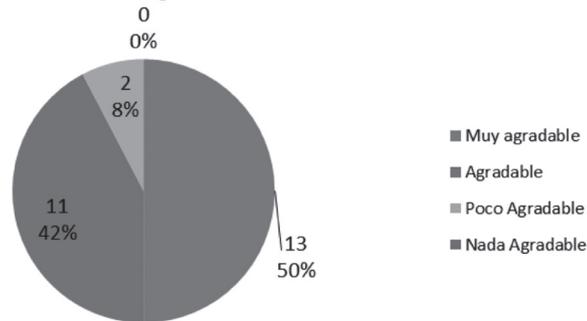
una revisión crítica acerca del instrumento aplicado; para esto es necesario remitirse al interrogante inicial en el que solo un 38% de los encuestados calificaron de buena manera la implementación de la comunicación organizacional en la entidad.

Si se revisan las respuestas de los funcionarios al cuestionamiento número cuatro sobre lo agradable que le resulta a estos la implementación de la comunicación organizacional en la entidad, se tiene que un 50% lo califican de muy agradable y un 42% de agradable, para un total de 92% que manifiestan su conformidad con las prácticas de comunicación organizacional implementadas en la Contraloría Municipal de Itagüí dejando solo a un 8% en condición de inconformidad respecto a este interrogante.

Se refleja entonces una inconsistencia entre la respuesta a ambas preguntas, elemento que entra a reforzar el planteamiento acerca del desconocimiento por parte de los colaboradores de la Contraloría Municipal de Itagüí de lo que es la comunicación organizacional y en tal virtud, desconocimiento de los alcances de este elemento transversal del funcionamiento organizacional.

Gráfica 4

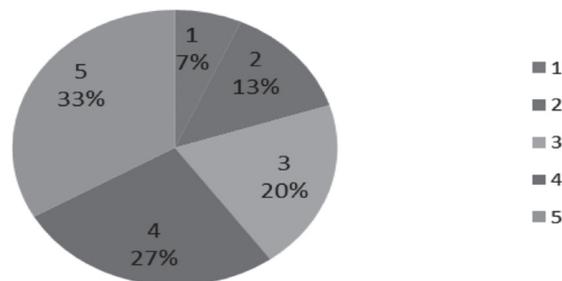
4. Seleccionando una única respuesta, considera usted que en su trabajo la comunicación organizacional es:



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 5

5. En una calificación de 1 a 5, siendo 1 la menor calificación y 5 la mayor ¿Cómo es su comunicación con los compañeros de trabajo?



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

La diversidad de respuestas a este interrogante da la posibilidad de hacer múltiples lecturas, en primer lugar un 60% de funcionarios que le otorgan una buena calificación a la comunicación con sus pares, un 20% que con una calificación de tres da cuenta posiblemente de poca interacción pero finalmente se encuentra otro 20% que califica la comunicación con sus compañeros con valores de 1 y 2; siendo este un elemento a revisar con detenimiento por parte de la entidad debido a que esta calificación más que dar cuenta de poca interacción entre los funcionarios puede ser una respuesta que refleje tensiones o confrontaciones entre ellos y que deben revisarse con prontitud para disminuir esa calificación adversa y para evitar el aumento de esta cifra que en el escenario

laboral podría derivar en un detrimento del clima organizacional.

La respuesta correspondiente al factor que más gusto hace sentir a los funcionarios con su desempeño en la Contraloría Municipal de Itagüí, no destaca un elemento específico que sea fundamental en el gusto de los funcionarios por su pertenencia a la entidad. Un 77% hace referencia en su mayoría a la combinación de los elementos señalados mientras que con calificaciones del 8% se presenta un empate entre el gusto por la función realizada y el equipo humano de la contraloría.

Tanto el salario como el equipo de colaboradores y la función desempeñada son factores que hacen sentir a gusto a los funcionarios; este elemento, sumado a la identificación manifestada

por el personal con los objetivos misionales de la entidad, da cuenta de un equipo de trabajo a gusto y comprometido, con el que se hace posible la implementación de estrategias de mejoramiento.

El elemento de la comunicación directa es fundamental dado que los grupos primarios son los que permiten consolidar las estructuras organizacionales; en tal virtud este interrogante permite establecer que las estrategias que en materia de comunicación organizacional se propongan a partir de este ejercicio académico, tendrán oportunidades de implementación basadas en la buena valoración que tiene el tópico de la comunicación directa entre los funcionarios con un 69%, debiendo hacer algunos ajustes pues un 16% de calificación regular y 15% de malo da cuenta que algunas veces la información no llega clara.

La consolidación de las estrategias dependerá en gran medida de la aceptación que de estas tengan los empleados de la organización, y así, la adecuada comunicación directa será fundamental para que las directrices sugeridas no tengan tono de imposiciones sino que por el contrario, se socialicen con el grupo primario, los funcionarios, como iniciativas que deriven en beneficios para su quehacer.

La comunicación grupal es un elemento al que deben apuntarle las estrategias resultantes de esta investigación pues apenas un 54% lo califica de bueno y un 46% entre regular y malo, a diferencia de la comunicación directa, este no es un elemento muy bien calificado por parte de los funcionarios, por lo tanto requiere especial atención desde las estrategias a implementar.

Un elemento que llama la atención en esta diferencia entre las respuestas arrojadas en la pregunta por la comunicación directa y el interrogante que hace referencia a la comunicación grupal, es que la comunicación directa es, como se mencionó anteriormente, la base de la configuración de grupos primarios que son, en este caso, el elemento a estudiar al momento de hablar de la comunicación grupal.

Si bien las redes sociales corporativas no han sido un tema del que se han ocupado en gran medida los estudios de comunicación organizacional, en este caso se hace necesario debido a que la naturaleza de la Contraloría Municipal de Itagüí es la de prestar un servicio público en el que es innegable que las redes sociales han jugado un papel fundamental en el cambios de las formas de interacción entre los ciudadanos y la entidad.

La buena valoración que los funcionarios hacen de estas herramientas es señal de las facilidades que estos nuevos escenarios de comunicación le han aportado a su oficio.

Los medios electrónicos internos (Correo electrónico corporativo/Mensajero virtual institucional) reciben buena valoración por parte de los funcionarios 65%, aspecto que no solo se destaca por el positivo reconocimiento que de estos medios hacen los funcionarios sino que además pueden ser un canal adecuado para la difusión de las estrategias implementadas a partir de la investigación.

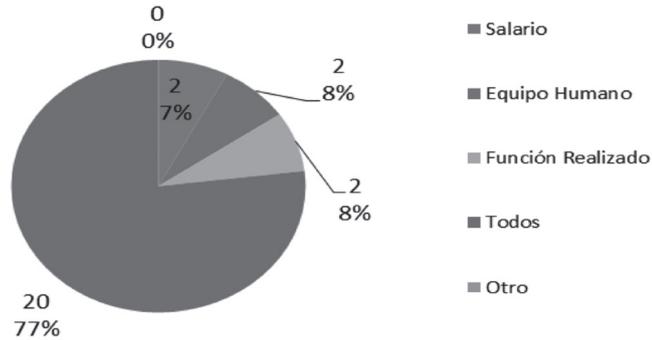
El hecho de detectar la aceptación de este tipo de medios por parte de los funcionarios puede ser considerado un avance en función del diseño de la estrategia de comunicación organizacional dado que se empiezan a detectar los medios ideales para la sensibilización del personal y su familiarización con las prácticas a implementar.

La Contraloría es una organización que por su naturaleza debe tener constante relación con diversas entidades y los funcionarios adscritos a estas; de esa unión dependen en gran medida elementos como el clima organizacional así que no se puede dejar a un lado a pesar de ser un tema que desde la teoría podría corresponder a otras áreas de la comunicación como las relaciones públicas y corporativas.

Así pues, la valoración en su mayoría, 62%, positiva que tienen los funcionarios del relacionamiento con otras entidades es un aspecto que no se debe dejar a un lado al momento de hablar de la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí.

Gráfica 6

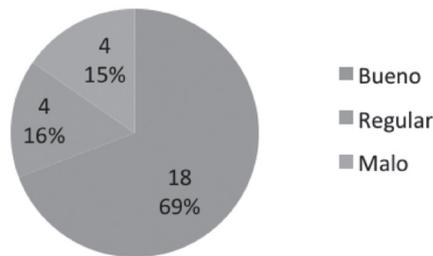
6. El factor que más lo hace sentir a gusto en la Contraloría Municipal de Itagüí es:



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 7

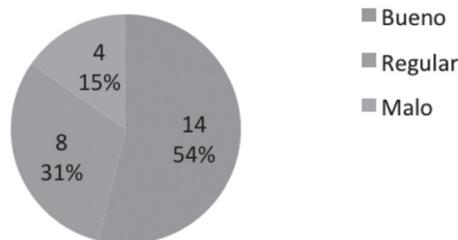
7. Evalúe según su criterio la efectividad de las siguientes herramientas organizacionales en la Contraloría Municipal de Itagüí: Comunicación Directa



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 8

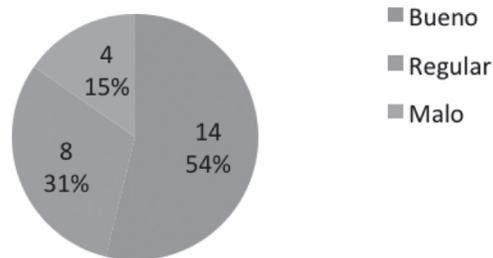
7. Evalúe según su criterio la efectividad de las siguientes herramientas organizacionales en la Contraloría Municipal de Itagüí: Comunicación Grupal



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 9

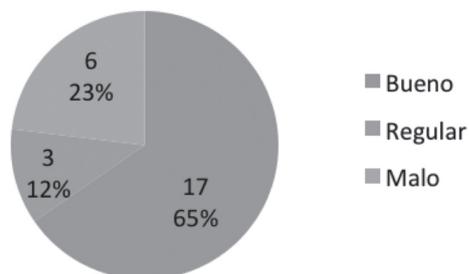
7. Evalúe según su criterio la efectividad de las siguientes herramientas organizacionales en la Contraloría Municipal de Itagüí: Comunicación Grupal



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 10

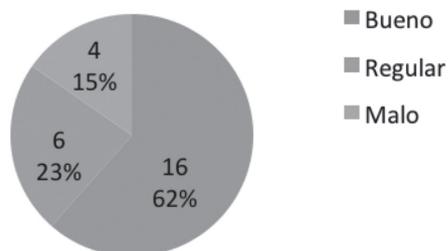
7. Evalúe según su criterio la efectividad de las siguientes herramientas organizacionales en la Contraloría Municipal de Itagüí: Medios Electrónicos Internos



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 11

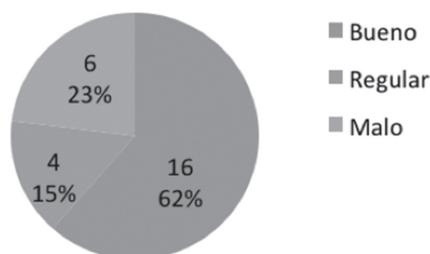
7. Evalúe según su criterio la efectividad de las siguientes herramientas organizacionales en la Contraloría Municipal de Itagüí: Com. Con Otras entidades



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

Gráfica 12

7. Evalúe según su criterio la efectividad de las siguientes herramientas organizacionales en la Contraloría Municipal de Itagüí: Com. Directivo-Equipo de Trabajo



Fuente: Primaria - Encuesta en la Contraloría Municipal de Itagüí

La comunicación Directivo-Equipo de trabajo es un elemento que se debe revisar con especial detenimiento cuando hablamos de fortalecimiento de la comunicación organizacional; para el caso de la Contraloría Municipal de Itagüí un 62% de los encuestados hace referencia a que hay una buena comunicación y un 15% lo califica de regular, hay interrogantes en los que la calificación negativa es del 23% por lo que no necesariamente se hace un llamado a las alertas y las intervenciones; pero sobre estos porcentajes de regular y malo se pueden construir planes de mejora; casos como el de las redes sociales e incluso el relacionamiento con otras entidades no necesariamente demanda planes inmediatos de intervención.

Cuando las respuestas negativas se tienen en lo correspondiente a la comunicación directa, entre los grupos primarios y a la comunicación entre funcionarios y directivos; estos aspectos requieren un abordaje adecuado y oportuno teniendo en cuenta que estas fallas, más allá de afectar el clima organizacional, las dinámicas laborales e incluso la identificación manifestada por los funcionarios con la entidad, puede derivar en falencias en la ejecución de las actividades producidas por errores en la interpretación de las directrices o inconformidad con el tipo de comunicación directiva predominante en la entidad.

Para poder implementar las estrategias que contribuyan al mejoramiento de este aspecto, se

hace necesario un análisis más riguroso de este aspecto específico, una única respuesta en el marco de una investigación que indaga por aspectos generales de la comunicación organizacional no puede ser concluyente en el caso puntual de la comunicación directiva, lo que sí permite es fijarse en un tema que si no se interviene de manera oportuna puede generar perjuicios institucionales.

Las respuestas de los funcionarios y a partir de estas el análisis de la dimensión comunicativa en la entidad aportan el panorama acerca de la percepción que tienen los funcionarios sobre la forma como la comunicación organizacional se ha venido trabajando al interior de la Contraloría Municipal de Itagüí

A la luz de lo analizado, es pertinente desarrollar el segundo objetivo específico en el que se sustentó este ejercicio académico.

## 2. Estrategias de comunicación organizacional que se adaptan al caso de la Contraloría Municipal de Itagüí

En lo correspondiente a determinar las estrategias de comunicación organizacional existentes que se adapten para el caso de la Contraloría Municipal de Itagüí, que para el caso de este ejercicio académico es el segundo objetivo específico, se

plantea a partir de los resultados obtenidos luego de la ponderación de las encuestas, en las que se encontró una posibilidad de mejorar en temas de comunicación directiva y de grupos primarios para aportar así a la cualificación de la comunicación organizacional de la entidad.

Realizando un diagnóstico de pertinencia del conocimiento vigente en materia de comunicación organizacional, se encuentra en el trabajo de la profesora Ángela Preciado, directora de la Maestría en Comunicación Estratégica de la Universidad de la Sabana un antecedente que aporta significativamente a la consolidación de una estructura de comunicación organizacional acorde con las necesidades de la Contraloría Municipal de Itagüí.

La profesora Ángela Preciado (2010) en su texto *“Usos y prácticas de comunicación estratégica en organizaciones públicas y políticas”* hace referencia al MCPOI (Modelo de comunicación pública organizacional e informativa para entidades del Estado) (p. 64) Este documento plantea las directrices de las diferentes organizaciones públicas para la gestión de la comunicación y en el que Usaid y Casals (2004) plantean el modelo para que entidades de la naturaleza de la contraloría puedan consolidar una estructura comunicacional efectiva.

Al momento de plantear el ejercicio investigativo, se hacía referencia a las oportunidades que representaría para la Contraloría Municipal de Itagüí la implementación de buenas prácticas de comunicación organizacional; la contribución de dicha implementación se vislumbraba como una posibilidad de cualificación de la operación de la entidad para contribuir de esta manera al cumplimiento de los objetivos institucionales.

Finalizado el ejercicio académico, se logran identificar diferentes elementos que dan cuenta de buenas prácticas en materia de comunicación organizacional que al interior de la contraloría se deben no solo sostener sino también potencializar para que sean estas fortalezas las que sirvan de vehículo para el mejoramiento de aquellos aspectos en los que la investigación arrojó notables oportunidades de mejoramiento.

La comunicación grupal es un tópico que no recibió una valoración muy positiva por parte de los funcionarios de la Contraloría que conformaron la muestra, con un 31% de calificación regular y un 15% que le dan una calificación negativa a este aspecto se hace necesario el fortalecimiento de esta dimensión para garantizar la configuración de un grupo de colaboradores sólido, en el que elementos como la rotación de personal y las diferencias entre miembros del grupo primario no vayan en detrimento de los objetivos misionales de la entidad.

Un aspecto que debe ser aprovechado para el fortalecimiento de la comunicación grupal es el de la comunicación directa al interior de la contraloría, esta dimensión fue calificada positivamente por parte de los funcionarios, elemento que sirve para evidenciar que las dificultades en materia de comunicación grupal no obedecen necesariamente a diferencias o confrontaciones entre los funcionarios, lo que representaría una gran dificultad en la búsqueda de garantizar una comunicación grupal eficiente.

Adicionalmente, la comunicación Directivo-Equipo de trabajo, la calificación negativa de un 23% de encuestados sumada al 15% cuya calificación en materia de comunicación directiva es regular, debe ser un estímulo para la revisión de la forma en la que se está utilizando la comunicación en la entidad.

## Conclusiones

El diagnóstico de los aciertos y oportunidades de mejorar presentes en la entidad, fue el principal insumo para el logro del objetivo de investigación en el que se planteó el interés por formular estrategias que contribuyan al fortalecimiento de la comunicación organizacional en la Contraloría Municipal de Itagüí.

La necesidad de realizar grupos focales, metodología cuya implementación no fue posible durante la realización de esta investigación, debido a dificultades en la coordinación del tiempo de los funcionarios, se plantea nuevamente luego

de conocer los resultados de este primer ejercicio. Las dificultades evidenciadas en materia de comunicación grupal y comunicación directiva deben ser intervenidas de manera adecuada y para ello se hace necesario acudir al grupo focal como instrumento de apoyo. Es así como la interacción entre los colaboradores, la puesta en común de dificultades, aspectos a mejorar e incluso propuestas que deriven de lo manifestado por ellos mismos, será lo que garantice el éxito y el mejoramiento en las dinámicas comunicativas al interior de la Contraloría Municipal de Itagüí.

Hay múltiples aspectos que posibilitan el fortalecimiento de la comunicación organizacional y en consecuencia el rendimiento y la satisfacción entre quienes conforman la Contraloría Municipal de Itagüí; la identificación de los colaboradores con los objetivos misionales de la entidad y el sentido de pertenencia son factores fundamentales que permitirán la vinculación de los colaboradores con las prácticas de comunicación que garanticen el mejoramiento de su entorno laboral.

Además de los grupos focales mencionados anteriormente con el fin de detectar las fallas que impiden un funcionamiento adecuado de la comunicación grupal y la comunicación directiva, se propone a partir de esta investigación un fortalecimiento de los canales virtuales de comunicación interna; el reconocimiento por parte de los funcionarios a la utilidad de estas herramientas las convierte en el escenario ideal para la sensibilización del personal acerca de los beneficios resultantes de un adecuado proceso comunicativo entre los grupos primarios.

Haciendo un inventario de herramientas comunicativas al interior de la Contraloría Municipal de Itagüí se destaca como un acierto, en materia de comunicaciones, la realización del periódico institucional "*Control Itagüí*" un medio informativo en el que no solo se publica la información de interés para los públicos de la Contraloría, sino que además recuerda constantemente ese deber ser de la entidad valiéndose de diversos recursos periodísticos (entrevista, perfil, noticia, etc.) que

facilitan a los colaboradores la asimilación de la importancia de su oficio.

A la luz del objetivo de Identificar cómo fortalecer la comunicación organizacional que contribuyan a la consolidación de la estructura institucional de la Contraloría Municipal de Itagüí; se puede considerar resuelto de forma satisfactoria dado que al ser una investigación de corte descriptivo en la que el trabajo estuvo centrado en la identificación de los aspectos en los que la Contraloría Municipal de Itagüí deba mejorar sus prácticas en materia de comunicación organizacional, se logran establecer como aspectos con oportunidad de mejoramiento los correspondientes a comunicación grupal y comunicación directiva.

Si se tiene en cuenta la hipótesis planteada al momento de iniciar el presente trabajo, en la que se hablaba del aporte que las buenas prácticas de comunicación organizacional representarían para el deber hacer de la Contraloría, se evidencia según la aplicación de las encuestas y bibliografías consultadas como la de la profesora Ángela Preciado, que realmente las buenas prácticas comunicativas y la gestión estratégica de esta dimensión de la vida organizacional contribuye a la cualificación de los procesos

Al mismo tiempo se identifican las fortalezas que pueden contribuir a la cualificación de la comunicación organizacional para implementar estrategias basadas en la realidad de la organización; evitando de esta manera la formulación de acciones alejadas de las dinámicas organizacionales de la Contraloría Municipal de Itagüí.

El tema de la comunicación organizacional y su implementación requiere una evaluación constante; el hecho de trabajar con relaciones entre sujetos, con diversos intereses y motivaciones que se encuentran vinculados a una organización que también responde a un direccionamiento e intereses particulares es un asunto complejo.

Por tal razón, es un tema que en el futuro debe continuar estudiándose, no solo en la Con-

traloría Municipal de Itagüí, sino en cada entidad que se preocupe por la consolidación de equipos de trabajo cualificados, identificados con el direccionamiento institucional y satisfechos con su pertenencia y su aporte a la organización.

## Referencias Bibliográficas

- Preciado Hoyos A & Guzmán Ramírez H. (2010). Usos y Prácticas de Comunicación Estratégica en Organizaciones Públicas y Políticas. Noviembre 10. 2015, de Universidad de La Sabana Sitio web: [https://www.academia.edu/6189466/Preciado\\_y\\_Guzman%20A1n\\_-\\_USOS\\_Y\\_PR%2081C-TICAS\\_DE\\_COMUNICACION%2093N-ESTRAT%2089GICA\\_EN\\_ORGA-NIZACIONES\\_P%209ABLICAS\\_Y\\_POL%208DTICAS](https://www.academia.edu/6189466/Preciado_y_Guzman%20A1n_-_USOS_Y_PR%2081C-TICAS_DE_COMUNICACION%2093N-ESTRAT%2089GICA_EN_ORGA-NIZACIONES_P%209ABLICAS_Y_POL%208DTICAS) *Uses and Practices of Strategic Communication in Public and Political Organizations.*
- Fernández Collado C. (2002). La comunicación en las organizaciones. México: Editorial Trillas.
- Jaramillo López Juan Camilo, Cucalón Gutiérrez Ana María. (2004). MODELO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA ORGANIZACIONAL E INFORMATIVA PARA ENTIDADES DEL ESTADO. Noviembre 8 de 2015, de USAID – CASALS & ASSOCIATES Inc. Sitio web: [http://taoppcomunicacion.weebly.com/uploads/6/9/3/8/6938815/modelo\\_de\\_comunicacion\\_publica\\_organizacional\\_j\\_c\\_jaramillo\\_y\\_otros\\_1.pdf](http://taoppcomunicacion.weebly.com/uploads/6/9/3/8/6938815/modelo_de_comunicacion_publica_organizacional_j_c_jaramillo_y_otros_1.pdf)
- Canelón Agrivalca & Silva Narsa. (2001). Una breve aproximación teórica a la comunicación organizacional. Comunicación. Caracas (Venezuela). Visiones de América Latina, 114, 40-50.
- Van Riel, Cees. (1999). Comunicación Corporativa. México: Editorial Prentice May.
- Martínez Heredia K. & Téllez Belalcazar S. L. (2013). La comunicación en las instituciones de carácter público: de lo institucional a lo participativo. Anagramas. Medellín (Colombia) Rumbos y sentidos de la comunicación, 11, 93-109.

# Clúster, una ventaja competitiva de frente al libre comercio\*

*Mónica Arcila Cobo\*\**

*Juan David Boborquez Londoño\*\*\**

*María Fernanda Díaz López \*\*\*\**

*Daniela Ruiz Campillo \*\*\*\*\**

*Daniel Bernal Donado \*\*\*\*\**

*Sebastián Pulgarin Hoyos\*\*\*\*\**

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## Resumen

El objetivo principal de este artículo es evidenciar y analizar las principales estrategias competitivas de los Clústeres de Antioquia, enfocadas en el desarrollo de las mismas hacia un mercado especializado, la Unión Europea, adquiriendo ventajas que sobrepasarán las fronteras y permitirán su reconocimiento en dicha zona. El enfoque que se utilizó es de tipo analítico exploratorio de modo deductivo aplicado a la población denominada como toda la red de Clústeres que se encuentran en Antioquia cuyo muestreo fueron seis de los siete existentes en el departamento.

Para esto se identificaron las ventajas y desventajas de cada uno de los seis Clústeres analizados, dejando importantes deducciones y conclusiones para el planteamiento de estrategias que se deberían utilizar como medida para ser competitivos con la Unión Europea. Por lo anterior se da a conocer el Clúster, sus fundamentos, la calidad a través de las certificaciones y las experiencias con las diferentes negociaciones que han generado tanto las empresas integrantes como los Clústeres en general.

**Palabras clave:** Clústeres, TLC, ventajas y desventajas competitivas, acuerdos comerciales, competitividad.

---

\* Artículo de reflexión derivado del proyecto "Clúster, una ventaja competitiva frente al libre comercio", direccionado por el semillero de investigación CENICO adscrito a la Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales de la Corporación Universitaria de Sabaneta- Unisabaneta.

\*\* Corporación Universitaria Unisabaneta. Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales. Medellín, Colombia. Estudiante de Negocios internacionales. Email [Monica.arcila@unisabaneta.edu.co](mailto:Monica.arcila@unisabaneta.edu.co)

\*\*\* Corporación Universitaria Unisabaneta. Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales. Medellín, Colombia. Estudiante de Negocios internacionales. Email [juandavid1955@unisabaneta.edu.co](mailto:juandavid1955@unisabaneta.edu.co)

\*\*\*\* Corporación Universitaria Unisabaneta. Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales. Medellín, Colombia. Estudiante de Negocios internacionales. Email [maria.diaz@unisabaneta.edu.co](mailto:maria.diaz@unisabaneta.edu.co)

\*\*\*\*\* Corporación Universitaria Unisabaneta. Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales. Medellín, Colombia. Estudiante de Negocios internacionales. Email [Daniela.ruiz@unisabaneta.edu.co](mailto:Daniela.ruiz@unisabaneta.edu.co)

\*\*\*\*\* Corporación Universitaria Unisabaneta. Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales. Medellín, Colombia. Estudiante de Negocios internacionales. Email [Daniel.bernal@unisabaneta.edu.co](mailto:Daniel.bernal@unisabaneta.edu.co)

\*\*\*\*\* Corporación Universitaria Unisabaneta, Facultad de Negocios y Ciencias Empresariales. Medellín, Colombia. Estudiante de Administración de empresas, [Sebastian.pulgarin@unisabaneta.edu.co](mailto:Sebastian.pulgarin@unisabaneta.edu.co)

## ***Clúster, a competitive advantage in front of the free trade***

### ***Abstract***

This research's main objective it's to show and analyze the Antioquia's cluster main competitive strategies, focused on developing them to a niche market. The European Union –EU, acquired competitive advantages in their clusters that surpassed the borders and managed to position in the European Market.

The research technique used was exploratory analytic, deductive mode applied to the population as a whole network called cluster, located in the Antioquia Department, whose sample had six of the seven current clusters.

For this, the advantages and disadvantages of each of the six cluster analyzed were identified, leaving important inferences and conclusions for the present strategies that should be used as a measure to be competitive with the European Union. Therefore it is essential to publicize the cluster, its foundations, quality through certifications and experience with the various negotiations that have generated both member companies and clusters.

**Keywords:** Cluster, FTA, competitive advantages and disadvantages, competitiveness, world trade, trade agreement.

## **Introducción**

Durante las últimas décadas la economía colombiana ha presentado una gran transformación, siendo más significativa desde la apertura económica internacional en el año 1990, lo cual fue un cambio tanto económico como cultural, debido a que las acciones económico-industriales debían tener también esa metamorfosis que los ayudase a competir en el mercado global. De ahí comienza la aparición de conceptos como acuerdos comerciales internacionales y tratados de libre comercio, a los que la nación colombiana ha respondido de forma positiva, evidenciada en los tratados que posee con diferentes gobiernos mundiales, profundizado en el presente escrito, el tratado de libre comercio con la Unión Europea.

Como respuesta a todo este cambio de contexto, surgen las iniciativas de aglomeraciones voluntarias de empresas, que identificaron que por sí solas se les dificultaría mucho más la competitividad empresarial, lo que llevó a la disposición, en un principio de agremiaciones y más actualmente hablando, a la conformación de los Clústeres que han tomando cada vez más importancia en el desarrollo económico de las diferentes localidades tanto regionales como nacionales.

En el presente artículo, se mostrará un análisis de cada uno de los Clústeres localizados en el departamento de Antioquia, haciendo énfasis en las ventajas y desventajas que estos poseen para poder aprovechar las oportunidades y combatir debilidades, mediante la propuesta de estrategias que les permitan mejorar su competitividad ante el tratado de libre comercio con la Unión Europea.

La información recabada, analizada, concluida, y las estrategias sugeridas pueden ser aprovechadas tanto por los Clústeres como por las diferentes empresas participantes de estos, teniendo un panorama más objetivo en cuanto al diagnóstico actual que se vive en el país con respecto a la gestión que se le hace a los diferentes acuerdos comerciales, más específicamente al TLC con la Unión Europea, brindando puntos de partida para comenzar a proyectar los diferentes escena-

rios que pueden presentarse, lo cual disminuiría la incertidumbre para la exitosa toma de decisiones en los Clústeres Antioqueños.

### **1. De los clústeres en Antioquia**

Para entrar a hablar de los Clústeres Antioqueños, es necesario contextualizarse en el tema “Clúster”, el cual es un concepto que ha venido desarrollándose desde hace más de cien años, cuando los economistas se interesaron en observar un fenómeno que consistía en que las empresas de un mismo sector, sectores relacionados o de apoyo, solían concentrarse en una misma zona geográfica. Aunque dicho fenómeno ha recibido muchos nombres fue Michel Porter quien popularizó el término Clúster para describirlo.

La cercanía entre las empresas crea competencia, que es un factor clave para la innovación y que a la vez mejora el acceso a insumos y conocimientos específicos de cada sector. Beneficios como estos ayudan a entender el óptimo desempeño económico de las regiones con Clústeres y sectores más densos, por esto recientemente muchos países y regiones alrededor del mundo realizan importantes esfuerzos para volverlos más productivos y competitivos.

Estos esfuerzos también conocidos como iniciativas Clústeres, buscan implementar y fomentar desarrollo en ciencia, tecnología e innovación, solucionar necesidades de capital humano, resolver problemas de infraestructura específica, establecer estándares y normativas relevantes para el sector, casi siempre recurriendo al trabajo en conjunto entre el sector público y el privado.

Colombia no ha permanecido ajeno a estas iniciativas, en buena medida porque cada vez más el país entiende que la competitividad es local y se gesta desde lo local, tanto así que hoy en día viene realizando los mayores esfuerzos en toda su historia en materia de desarrollo de Clústeres y apuestas productivas desde el nivel local, como lo muestran proyectos promovidos por el Ministe-

rio de comercio, industria y turismo e iNNpulsa<sup>1</sup>, algunas comisiones regionales de competitividad y Cámaras de Comercio de algunas ciudades, en tal contexto nace la Red Clústeres de Colombia, una iniciativa del Concejo Privado de Competitividad<sup>2</sup> e iNNpulsa.

En Medellín y Antioquia se conformó la primera Comunidad Clúster del país que agrupa a seis iniciativas Clústeres bajo un modelo de gestión público – privado. La Comunidad opera bajo una estrategia global, y cada iniciativa se rige bajo una estrategia y un conjunto de acciones particulares diseñadas de acuerdo con las necesidades de los negocios que se identifican, desarrollan y potencian al interior de esta. (Cámara de Comercio de Medellín, 2014)

Los integrantes de esta comunidad Clúster fueron el objeto de esta investigación. A continuación se expondrán los resultados encontrados después de la aplicación de las herramientas, la recolección y análisis de la información de cada uno de los Clústeres.

### **1.1 Clúster turismo de negocios, ferias y convenciones**

El Clúster de turismo de negocios es el más antiguo y el que posiblemente más resultados visibles al público puede mostrar, ya que con el pasar de los años, la ciudad de Medellín ha ido albergando mayores cantidades de eventos y/o ferias que han crecido directamente en amplitud y complejidad.

Su gran avance se presenta a partir del surgimiento de la iniciativa “Medellín destino de ne-

gocios”, que tuvo surgimiento en el 2010, cuyo objetivo es impulsar y promover negocios así como internacionalizar productos y servicios de diferentes cadenas productivas. Esta estrategia fue promovida por BID<sup>3</sup> a través del FOMIN<sup>4</sup>, la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia y el Clúster Turismo de Negocios convenciones y ferias, teniendo a la Alcaldía de Medellín como aliado estratégico. La inversión fue de USD 2,4 millones, 50% FOMIN y 50% aporte local (Velázquez, 2013).

Esta estrategia comenzó por capacitar los trabajadores del *bureau* de eventos, en donde se les mostraba como se daba la captación de eventos internacionalmente, creación de bases de datos, realización de formatos y el desarrollo integral del conocimiento de los pertenecientes al grupo de trabajo, todo esto por medio de un acuerdo entre el Bureau de convenciones y el Clúster turismo de negocios con el objeto de alcanzar los estándares internacionales en cuanto al turismo de convenciones y eventos.

En el 2011 según cifras de la Cámara de Comercio de Medellín, 430 empresas fueron intervenidas en temas como fortalecimiento de proveedores, redes productivas y redes colaborativas lo que llevó a que sus ventas crecieran en promedio 16.9% y la productividad laboral 11.7%. Durante el 2013 participaron en el proceso de profundización de la estrategia competitiva del Clúster turismo de negocios donde se logró establecer el mapeo actual de la industria, lo que tuvo como resultado las diferentes estrategias para convertir a Medellín en un desarrollador de eventos con nuevos formatos que usen las nuevas

---

1 La institución del Gobierno Nacional, creada para apoyar y promover el crecimiento empresarial extraordinario, es decir, a iniciativas de negocio que puedan crecer de manera rápida, rentable y sostenida. Tomado de (<http://www.innpulsacolombia.com>)

2 El Consejo Privado de Competitividad (CPC) es una Organización sin ánimo de lucro cuyo objeto es contribuir con estrategias para mejorar la competitividad nacional. Sirve como ser articulador e interlocutor entre el sector público, el sector privado, la academia y otras organizaciones.

3 Banco Interamericano de Desarrollo

4 Fondo Multilateral de Inversiones

tecnologías y enfatizar en los contenidos especializados de cada disciplina. Este proyecto ayudó a que la ciudad avanzara en gran manera en materia de realización de eventos (Cámara de Comercio de Medellín, 2013).

Sus desventajas son básicamente dos: la primera y más importante, es la más común entre los diferentes Clústeres objeto de la investigación, que consta en la responsabilidad y capacidad de compromiso que puedan afrontar las empresas que se encuentran vinculadas a los diferentes Clústeres, esto se debe a su forma de composición voluntaria, porque también es responsabilidad “voluntaria” de cada empresa por mantener su capital intelectual actualizado y listo para los cambios de la industria, también hacer sus propias investigaciones que les permitan proyectarse y realizar posibles predicciones para que se gestione el factor riesgo en las decisiones gerenciales.

La segunda desventaja se centra en la competencia contra la que se enfrenta el Clúster y la ciudad de Medellín, puesto que sus contrincantes son los referentes de fama histórica en cuanto a materia de turismo, tanto recreativo como de negocios, entre estos referentes se pueden destacar ciudades como París o Berlín, los cuales, a parte de su extensa historia, albergan macro eventos de diferentes índoles y para diferentes tipos de público, los cuales les dan gran respaldo en experiencia.

Por otro lado, se poseen grandes ventajas en cuanto a la U.E, que radican principalmente en la crisis de los últimos años, más notoriamente en el periodo 2012-2013 la cual en primer lugar afectó gravemente el PIB llegando a caer 0,7% y 0,4% respectivamente. A parte de lo anterior, también se presentan bajos niveles de la inflación; como dice el economista Luis Palma Cané para el diario La Nación de Argentina 2013.

La Comisión pronostica que la inflación se mantendrá en los bajos niveles actuales, con niveles del 0,8% en 2014 y del 1,2% en 2015. A juicio del organismo, la baja inflación viene determinada principalmente por: caídas en el precio de las materias primas, continua apreciación del euro,

mejoras en la productividad de los periféricos y bajos niveles de confianza del consumidor. Cabe destacar que el informe menciona riesgos de caer en deflación 12% (20 millones de desempleados), sin embargo, según el pronóstico publicado el 5 de mayo de 2014, la Comisión Europea estima que se podría comenzar a revertir su situación a partir del año 2014, en donde cuentan que el PIB se estima se recupere en este año (+1,2%) y se irá consolidando en el 2015 (+1,7%), aunque existen inconsistencias debido a la asimetría de dichas recuperaciones en cuanto a los países miembros, porque mientras Letonia presentaría un aumento de PIB para el 2014 de 3,8%, a su extremo sur, en Chipre, se espera un decrecimiento de 4,8%. (Cané, 2014).

De acuerdo a lo mencionado, se podría concluir que todavía se torna turbio el escenario futuro de la economía de la zona europea. Todo lo presentado por el economista Luis Cané, muestra las fisuras por las cuales puede escurrirse el mercado Colombiano para suplir esas necesidades insatisfechas que deja el mercado Europeo.

También se tiene la ventaja de ser una economía emergente, que viene con un impulso en materia de desarrollo del mercado turístico y de negocios que la hace punto de foco por sus atractivos para inversiones extranjeras directas que ayuden a impulsar el sector y a realizar eventos de talla mundial que generen renombre.

Como recomendación, para comenzar a emprender estrategias frente al TLC con la UE, es necesario darle prioridad, en primer lugar al análisis del tratado en cuanto a los puntos de turismo, alojamiento, restaurantes y todos los elementos que comprenden las actividades del Clúster, en ese análisis saldrán a flote las variables internas y externas que se deben tener en cuenta a la hora de forjar las estrategias para que luego de su puesta en marcha sean exitosas.

Igualmente es de gran importancia el desarrollo de indicadores que ayuden a visualizar como crecen tanto las empresas que hacen parte del Clúster individualmente, así como todo el Clúster y el sector en total; por ejemplo, un in-

dicador de exportaciones de servicios regional que se mida por periodos no superiores a un año, para así trazar el camino futuro por el cual transitar con menos incertidumbre. Con lo anterior se lograría tener más control y poder ir mejorando sobre la marcha continuamente.

## **1. 2 Clúster de servicios de medicina y odontología**

La iniciativa Clúster en Servicios de Medicina y Odontología fue constituida en enero de 2009, cuyo mayor objetivo es promover la internacionalización de los servicios de salud. Incurrió en la marca Medellín Health City, la cual es la encargada de la promoción y mercadeo del Clúster. En materia de estadísticas (Bustos, 2012) ha consolidado que para el 2012 la exportación del sector de turismo médico en Medellín fue de 13 millones de dólares. Lo anterior gracias al trabajo en bloque y a la integración de los actores del Clúster, los tratamientos médicos para extranjeros en Medellín son un negocio rentable, y representan el tercer sector más importante de la economía de la ciudad.

Comparativamente con las estadísticas del 2012, la Cámara de Comercio de Medellín estimó que en el 2013 llegaron a Medellín 5.688 pacientes extranjeros, donde la facturación por la prestación de servicios de medicina y odontología fue de 16 millones de dólares.

Se encontró que el comercio de la salud entre Colombia y los países de la Unión Europea viene aumentando con el pasar de los años y esas tendencias ayudan a trazar lineamientos para establecer estrategias que ayuden a aumentar la participación en los mercados Europeos.

A continuación se muestra en qué países de la Unión Europea ha tenido el Clúster mayores oportunidades para ingresar de acuerdo al número de pacientes atendidos en el 2013: el mayor aportante fue España con 159 pacientes, seguido de Alemania (61), Francia (48), Italia (50), Portugal (40), países bajos (30), reino unido (44).

Es importante destacar a Alemania y Francia como países que tienen un gasto per capital des-

tinado para tratamientos médicos de 4.000 dólares (Cámara de Comercio de Medellín, 2014). Al tenerse en cuenta lo anterior, se puede saber a qué destinos se les debe dar prioridad y a cuáles hacerles seguimientos que ayuden a una mayor introducción y que estas cifras presentadas en el 2014 crezcan en proporción directa con los años.

### **1.2.1 Ventajas competitivas del Clúster con instituciones de la Unión Europea**

A través de una búsqueda de información y tomando los datos anteriormente mencionados se pueden destacar las siguientes como ventajas competitivas con las instituciones de la Unión Europea:

- Las instituciones médicas cuentan con tecnología de punta para los diferentes tratamientos médicos quirúrgicos u odontológicos.
- Ha participado en MEDESALUD – Congreso Internacional de Turismo de Salud.
- Coordinación con el Clúster de Turismo de Negocios, Ferias y Convenciones.
- Cinco clínicas y hospitales con acreditación nacional, Cuatro clínicas y hospitales en camino a la acreditación internacional Joint Commission International –JCI–(Procolombia, 2014, p. 6).
- 14 clínicas odontológicas con acreditación internacional, American Association for Accreditation of Ambulatory Surgery Facilities, Inc–AAAASFI–. (Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2013).
- Los precios que se manejan actualmente para procesos médicos en Colombia son más económicos que en Europa. (Camara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2014).

### **1.2.2 Desventajas del Clúster para el mercado de la unión europea**

- El país aún mantiene una reputación de violencia, corrupción y pobreza.

- Otros países en Europa tienen mayor reconocimiento por ser pioneros en el sector salud.
- No tienen certificaciones Europeas que den mayor confiabilidad a las personas.
- No hay el suficiente racionamiento por parte de la comunidad de la Unión Europea sobre el Clúster y sobre el turismo médico en Medellín.
- Los precios de transporte y estadía en la ciudad influyen negativamente a la hora de tomar una decisión en cuanto a la elección de país para realizarse un procedimiento médico.

Para el aprovechamiento de las ventajas del Clúster, una de las principales estrategias que se deberían utilizar como medida para ser competitivos con la Unión Europea es dar a conocer el Clúster, los precios, la calidad a través de las certificaciones, las experiencias de pacientes extranjeros que se han practicado algún tratamiento en la ciudad, y además de esto, mostrar el viaje no solo como una visita para un tratamiento médico, sino también como una oportunidad para los acompañantes de conocer la variedad turística que tiene el departamento de Antioquia.

### **1.3 Clúster de construcción**

Este Clúster dio sus inicios en el año 2007, financiado principalmente por la Cámara de Comercio, basado en la gestión del talento humano enfocado a la innovación en cuanto al desarrollo de Insumos Globales, edificios sostenibles y soluciones integrales de infraestructura.

Es importante resaltar que el sector construcción ha tenido grandes avances a nivel mundial, por lo cual se puede pensar que el Clúster aunque es relativamente nuevo tiene muchas oportunidades para crecer y obtener reconocimiento, tanto a nivel nacional como liderando proyectos internacionales.

Para el Clúster de construcción se evidencian algunas dificultades para la entrada a un mercado Europeo y es que además de que este contiene múltiples Clústeres en este sector, también ma-

neja prácticas con las que Colombia aún no es eficiente, tales como la sostenibilidad, la preservación del medio ambiente y la nanotecnología; además de la falta de certificaciones por parte de algunas empresas que lo integran.

En conclusión, el Clúster de construcción de Medellín tiene muchos retos que debe superar para ser competitivo en un mercado Europeo donde además de contar con variedad de competencia, también se tienen otras desventajas a nivel competitivo.

### **1.4 Clúster de café de Antioquia**

Este Clúster fue constituido en el año 2013 siendo el más joven de todos, pero eso no le resta gran proyección económica para el desarrollo del sector, ya que aunque la mayoría de las empresas cafeteras son famiempresas y sus procesos de producción son muy artesanales aún su contribución puede propender a nuevos avances tecnológicos en la materia.

En la actualidad se está iniciando la realización de proyectos para hacer crecer el Clúster. De igual forma se están desarrollando estrategias mercadológicas para darlo a conocer a nivel local, nacional y para generar alianzas tanto privadas como gubernamentales.

En cuanto al TLC con la Unión Europea el Clúster no ha percibido ventajas ya que se encuentra en organización interna, sin embargo, en un futuro se proyectan grandes oportunidades para este, ya que el café Colombiano es uno de los de mejor calidad en el mundo. Teniendo en cuenta las exigencias de los consumidores Europeos en cuanto a la calidad del café, podría apreciarse que Colombia tendría oportunidades para ingresar al mercado de la U.E,

Entre las ventajas competitivas que presenta el Clúster, se pueden rescatar las siguientes:

- El 50% del café tostado del país es proveniente de Antioquia.
- Tienen certificaciones internacionales de calidad.

- Ofrecen un portafolio con dos tipos de café especializado; verde y tostado.
- En la actualidad la Unión Europea no tiene Clúster de café.
- El café colombiano es reconocido internacionalmente por su sabor y aroma.
- Ya con anterioridad Colombia ha exportado café a la Unión Europea, por lo que cuenta con un mercado al cual llegar.
- Según Procolombia (2014) se tiene una desgravación de aranceles a 0% por el acuerdo comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea
- Tiene un sabor exclusivo de la región Antioqueña.
- Al referirse a las desventajas competitivas se encuentra como principal la falta de tecnología en los procesos productivos, pero también se evidencia que:
- Aún se mantienen prácticas de manejo del café con bajos niveles de sofisticación.
- Los proveedores de café en la Unión Europea son caracterizados por tener un café de excelente calidad.

Como principal estrategia para que el Clúster ingrese en el mercado de la Unión Europea, se destaca comenzar a mostrar la calidad del café colombiano y buscar mayores mercados en esta zona a los cuales se puede impactar, aprovechando que no existe en la actualidad un Clúster de café.

### **1.5 Clúster energía eléctrica**

El Clúster Energía Eléctrica desde su creación ha aportado competitividad empresarial internacional y la participación en nuevos mercados de las empresas de la región, asociadas a la industria eléctrica, mediante estrategias de integración, fortalecimiento empresarial e innovación y en el marco de las siguientes líneas de trabajo: Fortalecimiento del Talento Humano, acceso a mercados e incremento de la productividad.

Este Clúster está conformado por empresas en las actividades de generación, transformación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica y sus cadenas de valor relacionadas con bienes y servicios.

La iniciativa ha aportado una serie de servicios y apoyos que actúan directamente sobre la competitividad de las empresas que lo integran, lo cual ha generado una unidad de acción óptima para identificar problemas, necesidades e inquietudes, afrontar proyectos comunes de envergadura y proveer soluciones prácticas y personalizadas que fortalecen las herramientas disponibles para abordar nuevos mercados.

Las ventajas del Clúster Energía Eléctrica, radican en que está conformado, en su gran mayoría, por empresas que llevan largo recorrido en el sector lo cual aporta experiencia y reconocimiento internacional.

Actualmente el clúster exporta a la Unión Europea, principalmente a países como España y Suiza los cuales son considerados sus principales clientes, ya que son países que con el tiempo han tenido un gran crecimiento y un desarrollo sostenible en este sector.

### **1.6 Clúster sector textil-confección-diseño y moda en Colombia**

El Clúster Textil/Confección, Diseño y Moda promueve la cultura de integración para fomentar la innovación y el desarrollo empresarial y de las instituciones que interactúan en la cadena de valor, con el fin de lograr su acceso y reconocimiento en los mercados internacionales, a través de la diferenciación en diseño y moda. (CULTURA E, 2015).

Hacen parte del Clúster Textil/Confección, Diseño y Moda, empresas e instituciones especializadas y complementarias en la actividad de confección de ropa interior y vestidos de baño, ropa infantil, ropa casual, Jeanswear y ropa deportiva; las cuales interactúan entre sí, creando un clima de negocios para mejorar su desempeño, competitivi-

dad y rentabilidad; el total de las empresas participantes es de 12384. (Cámara de Comercio, 2014).

Las actividades textil-confección, representan aproximadamente el 23% del PIB industrial de la región. La actividad es fuertemente jalonada desde el Municipio de Medellín y su Área metropolitana, los cuales generan el 87% del PIB de la actividad confeccionista en la región. En Antioquia La actividad textil-confección, representa el 41% del empleo industrial del Departamento. La participación de la región dentro del PIB de textil - confección a nivel nacional, es del 50%. (COMUNIDAD CLUSTER, 2008).

Por lo anterior el Clúster se posiciona líder a nivel nacional en su sector y reconocido a nivel internacional, aunque sus principales socios son los países Americanos, en los últimos años se ha llegado a mercados Europeos específicamente en Alemania, Inglaterra y España.

Partiendo de la información anterior se determinan como ventajas competitivas para el Clúster en la actualidad, la Innovación, las políticas de Estado para el desarrollo empresarial, el plan regional de competitividad con sus estrategias y acciones, logrando así el entendimiento de las dinámicas Clúster de la región. A esto se suma que Colombia es conocida mundialmente por su gran desempeño en tejidos y acabados de prendas confeccionadas, lo que lo hace aún más atractivo para negociar en el exterior.

La gran desventaja en este Clúster radica en que no todas las empresas participantes muestran el mismo compromiso en crecer, capacitarse e innovar, adicionalmente se resalta que no hay productoras de tejidos que brinden una variedad en texturas y diseños para lograr que los confeccionistas sean más competitivos en las prendas, por este motivo toca importar telas con estas cualidades y esto incrementa costos dificultando el acceso a algunos mercados.

### **1.7 Clúster tecnología, información y comunicación –TIC-**

Un Clúster joven que ha tenido un crecimiento considerable en pocos años, compuesto por

empresas e instituciones especializadas y complementarias en las actividades de: Consultoría TIC, outsourcing de servicios, contenidos digitales, data centers, desarrollo de infraestructura, desarrollo y comercialización de software, producción y distribución de hardware y electrónica y servicios de telecomunicaciones; las cuales interactúan entre sí, creando un clima de negocios en el que todos pueden mejorar su desempeño, competitividad y rentabilidad.

Del Clúster TIC, hacen parte 2 mil 779 empresas, las cuales aportan un capital superior a los 3 mil millones de dólares y se espera que con el trabajo mancomunado entre ellas, la región mejore en competitividad y eficiencia. Según estudios, los países con alto uso de las TIC tienen una productividad laboral siete veces mayor, contribuyen al incremento del PIB y generan empleos directos e indirectos. Un ejemplo claro de ello es India y Filipinas donde se generaron entre 2 y 3,6 empleos adicionales a raíz de inversiones en tecnología e información (CULTURA E, 2015).

Las principales estrategias de este Clúster son construir interacción en la comunidad TIC, generar confianza para establecer alianzas, desarrollar oportunidades de negocio a corto y mediano plazo y fortalecer el crecimiento rentable y sostenible en mercados globales.

En la actualidad no se ha generado una investigación a profundidad del mercado Europeo. Este es un mercado que exige altos estándares lo cual se podría traducir en una posible fortaleza para las empresas colombianas ya que se generan software de calidad que cumplen con exigentes estándares. Como desventaja se puede plantear que se puede enfrentar a un difícil servicio de postventa ya que este tipo de soporte es una característica fundamental para el mercado, y este se podría ver afectado por la zona horaria. Además de esto, Europa es un mercado abarcado por la India que es el mayor productor de software del mundo. Sería un importante reto atacar este mercado, por esto es necesario hacer estudios previos e investigar detalladamente el tratado y sus beneficios para el sector.

## Conclusiones

En primera instancia, se evidenció a través de todo el trabajo la nula disposición al análisis teórico en busca de generar estrategias tanto para el mayor aprovechamiento posible de los beneficios que se puedan obtener de dicho acuerdo para todos y cada uno de los Clústeres foco de la investigación, ya que para comenzar a emprender dichas estrategias frente al TLC con la UE, es necesario darle prioridad, en primer lugar, a dicho análisis en cuanto a los puntos de interés y todos los elementos que comprenden las actividades de los Clústeres. De allí salen a flote las variables internas y externas que se deben tener en cuenta a la hora de construir el método, para que luego de su puesta en marcha sea exitoso.

Es necesario seguir con las acciones tomadas ya que han demostrado buenos resultados, por ejemplo, inculcar la cultura innovadora y el sentido de pertenencia por la región y ciudad a través de las iniciativas llevadas a cabo por los diferentes líderes de los Clústeres. También es necesario seguir impulsando a las empresas del territorio a que ingresen a cooperar en lugar de competir con el fin de fortalecer la cadena productiva y poder así obtener buenos productos y servicios finales que se traducirán en mejores resultados tanto a nivel regional como nacional.

Para poder llegar al desarrollo máximo de los Clústeres, es altamente relevante que se inculque la cultura de la auto formación por parte de sus integrantes. Esto se debe a que la base de todo potencial crecimiento, se encuentra en la gestión y aprovechamiento superlativo de las habilidades y competencias del talento humano, quienes son los responsables de que se dé la innovación, que es valor altamente diferenciador en el actual mercado mundial.

Por medio de la correcta aplicación de lo propuesto en las conclusiones anteriores en cuanto al análisis profundo del acuerdo y la correcta formación de los actores involucrados en el mercado, se estima que es muy posible que por medio de estas iniciativas (los Clústeres), se pueda

dar un desarrollo socio-económico significativo por el aporte que cada uno de los entes pueda brindar al crecimiento local y nacional, todo esto apoyado en el intercambio de conocimientos, la interrelación de las empresas locales, el trabajo en equipo, el fomento de motivación, la confianza y la coordinación de la comunicación entre las empresas implicadas.

Aunque se sabe muy bien que el reto que se tiene por delante es muy grande y complejo, se considera que si se mantienen unos objetivos claros y se trabaja desde lo más profundo que es la cultura de las personas para llegar al desarrollo organizacional, tomando como organización tanto las empresas como los mismos Clústeres o el país, muy posiblemente en el largo plazo se alcance la competitividad necesaria para estar al nivel de las grandes potencias como lo es la Unión Europea.

## Referencias Bibliográficas

- Bustos, K. (2012). *Turismo medico como opción de desarrollo económico del sector salud en colombia*. Recuperado de <http://repository.ean.edu.co/bitstream/handle/10882/2646/ForestieriKelly2012.pdf?sequence=1>
- Camara de Comercio de Medellin. (2013). *Diseño e implementación de un modelo cluster*. Recuperado de <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2013/CLUSTER%20No.%208.pdf>
- Camara de Comercio de Medellin. (2014). *Camara de Comercio de Medellin para Antioquia*. Recuperado de: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Cluster-y-Competitividad/Comunidad-Cluster.aspx>
- Cané, L. (2014). *Crecimiento, inflación y desempleo en Europa*. Recuperado de <http://www.lanacion.com.ar/1688175-crecimiento-inflacion-y-desempleo-en-europa>
- COMUNIDAD CLUSTER. (2008). *Cluster textil, confección y moda*. Recuperado de <http://observatorioeconomico.inexmoda.org.co/Portals/0/Documentos/Biblioteca/C%->

- C3%A1mara%20de%20Comercio%20de%20Medell%C3%ADn%20para%20Antioquia%20%20092010%20Din%C3%A1mica%20de%20los%20Clusters%20Regionales%20CCMA.pdf
- CULTURA E. (2015). *Tecnología: un nuevo cluster para Medellín* . Recuperado de <https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpccontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Planeaci%C3%B3n%20Municipal/Secciones/Publicaciones/Documentos/Otros/Brochure%20Cultura%20E.pdf>
- Procolombia . (2014). *Acuerdo comercial con la Unión Europea* . Recuperado de [http://www.procolombia.co/sites/default/files/fasciculo\\_4\\_-\\_servicios\\_0.pdf](http://www.procolombia.co/sites/default/files/fasciculo_4_-_servicios_0.pdf).
- Procolombia. (2014). *cafés especiales*. Recuperado de <http://ue.procolombia.co/oportunidad-por-sector/agroindustria/cafes-especiales>
- Velázquez, B. (2013). *Participación Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia en los procesos de internacionalización y venta de la ciudad* . Recuperado de <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2013/Introducci%C3%B3n%20Lina%20V%C3%A9lez%20%20MDN.pdf>



# Desmovilización y justicia transicional: la función de la pena debe garantizar los derechos humanos\*

*Edison E. Vélez Guisao*\*\*

*Liliana Moreno Arias*\*\*\*

Recibido: octubre 23 de 2015

Aprobado: noviembre 27 de 2015

## Resumen

En el presente artículo se intentará resolver algunos interrogantes que surgen luego de la aplicación de la Ley 1424 de 2010; y que se generan con el tema de la satisfacción de los postulados relacionados con la función de la pena, consagrados en el artículo 4° del Código Penal Colombiano, considerando en detalle la prevención general y la retribución justa. Lo anterior, en el marco de la justicia transicional, que ha sido en gran medida polémica y distanciada de la nueva propuesta de investigación en contexto; si se tiene en cuenta que viene siendo una ley aplicable a los desmovilizados de “base” como combatientes de los grupos ilegales de autodefensas (paramilitares), y quienes no fueron postulados a la Ley 975 de 2006 (Ley de justicia y paz).

Se analiza de acuerdo a la Ley general (ordinaria) la suspensión de la ejecución de la pena otorgada por el Juez; y paralelamente con los postulados generales de la pena (Ley 599 de 2000); la infracción al derecho internacional de los derechos humanos respecto de las víctimas; y así mismo, porqué se violan los derechos humanos en el contexto de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición puestas en marcha desde entonces.

**Palabras Clave:** Autodefensas; Condena; Derechos humanos; Justicia Transicional; Víctimas.

---

\* Artículo presentado para optar el título de Especialistas en Derechos Humanos y Litigio Internacional de la Corporación Universitaria de Sabaneta UNISABANETA.

\*\* Abogado de la Fundación Universitaria Luis Amigó FUNLAM. Especialista en Derecho Procesal Penal UNAULA. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional ACDPC. Actualmente adelantando estudios de especialización en Derechos Humanos y Litigio Internacional en la Corporación Universitaria de Sabaneta UNISABANETA. e-mail: eevelez@gmail.com

\*\*\* Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia. Actualmente adelantando estudios de especialización en Derechos Humanos y Litigio Internacional en la Corporación Universitaria de Sabaneta UNISABANETA. e-mail: limoreno01@yahoo.com

## ***Demobilization and transitional justice: the role of punishment should guarantee human rights***

### ***Abstract***

An analytical approach will solve looking for simple and precise questions that arise after the implementation of Law 1424 of 2010 in this article; and generated with the theme of satisfying the principles relating to the role of punishment, enshrined in Article 4 of the Colombian Penal Code, considering in detail the general prevention and fair reward. This, in the context of transitional justice, which has been very controversial measure; taking into account that has been an applicable demobilized “base” as combatants of illegal self-defense groups (paramilitaries), law and who were not nominated to Law 975 of 2006 (Law of Justice and Peace). It is analyzed according to the general law suspending the execution of the sentence issued by the court; and in parallel with the general principles of punishment (Law 599 of 2000); the breach of international law on human rights for victims; and also, because human rights are violated in the context of truth, justice, reparation and guarantees of non-repetition launched since.

**Keywords:** AUC; Sentence; Human rights; Transitional Justice; Victims.

## Introducción

Con el presente artículo, se busca analizar interrogantes que surgen luego de la aplicación de la Ley 1424 de 2010 (Ley de desmovilizados), y que se han generado, especialmente en lo que tiene que ver con la “satisfacción de los postulados relacionados con la función de la pena” que se encuentran consagrados en el artículo 4° del Código Penal Colombiano. Lo anterior, obviando las metodologías de investigación en el marco de la investigación penal en contexto adoptadas por la Fiscalía General de La Nación a partir del año 2012.<sup>1</sup>

Un breve acercamiento a lo que se ha definido como “Justicia transicional” es importante conocer, inicialmente porque permite visualizar en profundidad el alcance que se desprende de ésta. Se ha definido la Justicia Transicional como “[...] el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales.” (ICTJ, 2015)

En ese contexto, la Ley 1424 de 2010, dentro del marco de justicia transicional ha sido en gran medida polémica si se tiene en cuenta que viene siendo una ley aplicable a los desmovilizados de los grupos ilegales de autodefensas (paramilitares), pero solo para aquellos que hacían parte de sus “bases” como combatientes, y que a su vez no fueron postulados a la Ley 975 de 2006 (Ley de justicia y paz) reservada en aquel entonces para sus comandantes.

Es claro, que dichos desmovilizados frente a los delitos cometidos con ocasión a la pertenencia del grupo ilegal, y que incurrieron en aquellos

expresamente señalados en el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010<sup>2</sup>; serán investigados y sancionados por la autoridad competente, pero al momento de la imposición de la pena; sin embargo, por la gravedad de la conducta y el daño causado a la sociedad no tendrán que “permitirse” ni un día de prisión, pues a petición del Gobierno y por medio de la Alta Consejería para La Reintegración, el Juez decidirá sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena. (Ley 1424 de 2010, reglamentada por el Decreto 2601 de 2011)

Ahora bien, y con respecto a los postulados contenidos en el artículo 4° del Código Penal (Ley 599 de 2000), donde se establece, lo siguiente:

*“ART. 4°—Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*

*La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.”*

De acuerdo a lo anterior, es importante precisar el objetivo tanto de la prevención general como de la prevención especial. Por ello, ambos conceptos han sido definidos por la doctrina de la siguiente manera:

- **La prevención general**, no es otra cosa que el efecto disuasorio que la imposición de un castigo ejerce sobre la totalidad de los ciudadanos, en el sentido de que todos sepan que quien cometa determinado delito se le castigará con la correspondiente pena.
- **La prevención especial**, consiste en impedir la repetición del delito por parte de quien ya lo ha cometido y respecto a que no fueron suficientes los mecanismos preventivos generales. En definitiva, de lo que se trata es que el delincuente “escarmiente” y no vuelva

1 En 2012, el Fiscal General de la Nación (FGN) tomo la decisión de adoptar el nuevo modelo de investigación penal en contexto con el propósito de hacer frente a los desafíos que representan los crímenes de sistema y la criminalidad organizada. Manual de análisis contextual ICTJ.

2 Delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal.

a cometer la infracción penal, y a la vez, que todos los ciudadanos queden disuadidos de cometer delitos al tener constancia de que la comisión de los mismos no quedará impune.

De lo anterior, puede decirse que se presentan claras contradicciones respecto a los fines de esa prevención tanto general como especial; ya que por un lado el sentido disuasorio en lo que tiene que ver con lo general, se encamina a que el delito se castigará con la correspondiente pena. Y por otro lado, en la parte especial se busca, más que todo, que quien cometa un delito se deberá dejar constancia de que en el caso particular no quedará impune.

En el caso *sub examine*, se entiende que esa prevención no quedó del todo garantizada con el proceso adelantado en la Ley de desmovilizados, porque se ha conocido por diversos medios que en muchos casos, ciertos desmovilizados continúan o continuaron realizando actividades delictivas luego de su desmovilización oficial, o habrían cometido delitos de lesa humanidad durante su permanencia en esos grupos, lo que por obvias razones le resta credibilidad a los alcances de la Ley de desmovilizados frente a las víctimas, quedando en entredicho ese “sentido de satisfacción” de la pena que se consagra en el artículo 4º de la Ley 599 de 2000 (código penal).

En lo relacionado con el tema de la **retribución justa**, puede decirse que es necesario realizar un análisis donde pueda compararse el derecho de las víctimas del injusto con el alcance y desarrollo dado desde la perspectiva de la convención americana sobre derechos humanos, relacionado con la efectividad de la igualdad ante la Ley, la cual se encuentra contenida en el artículo 24 de la Convención Americana Sobre Derechos humanos (CADH)<sup>3</sup>. En consecuencia, de lo anterior y desde la óptica del caso colombiano, donde el fenómeno paramilitar (de autodefensas) se

consolidó como un fuerte infractor de derechos humanos, violentándose en ese mismo orden los derechos de las víctimas.

Sobre el asunto tratado, es claro que el alcance de la desmovilización dentro del marco de la justicia transicional para este caso, denota una falta de retribución justa que es prudente analizar, dado que, efectivamente, muchos combatientes de las AUC infringieron sin lugar a dudas la Ley, afectaron muchos derechos a nivel general, y pareciera que son “premiados” al acogerse a la desmovilización sin llegar a establecer muchos otros delitos cometidos gracias a la complejidad del fenómeno paramilitar en su momento y aún hoy; hecho que puede evidenciarse por la falta de investigación con ciertos rastros de impunidad.

Otro aspecto de suma importancia, el cual es pertinente analizar, se dirige hacia algo aún más que complejo referente a los posibles crímenes de carácter internacional, los cuales se pudo haber cometido durante las acciones delictivas desplegadas en el desarrollo del paramilitarismo en Colombia. En ese supuesto, sobre impunidad, ***“La Corte Interamericana ha reiterado varias veces que los mecanismos extrajudiciales de esclarecimiento de la verdad no pueden sustituir los procesos penales por crímenes internacionales”***. (CORIDH, 2009)

Por lo anterior, al abordar esta temática, puede decirse que se intentará lograr obtener un criterio conciso respecto a cómo se viene adelantando la aplicación de la Ley 1424 de 2010, sobre la garantía que se desprende en ella hacia a las víctimas, principalmente; y rescatar las conclusiones constructivas que sean del caso para obtener una visión y a la vez un criterio ilustrativo sobre la efectividad o no de la aplicación de la “Ley de desmovilizados” en el caso colombiano.

Sobre las bases de las ideas expuestas, surge el siguiente interrogante: ¿Por qué se violan los

3 Artículo 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

derechos humanos de las víctimas respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con el no cumplimiento de los postulados de la pena contenidos en el artículo 4° del Código Penal, al aplicar la Ley de desmovilizados en virtud de la justicia transicional?

El presente artículo tiene una importancia más profunda en el aspecto de los derechos humanos, como objetivo general el poder identificar las falencias que han surgido dentro de la aplicación de la Ley 1424 de 2010 en el contexto del derecho interno y más a favor de los desmovilizados de las autodefensas, permite dimensionar la infracción a los derechos humanos que está ocasionando el Estado colombiano en contra de las víctimas del fenómeno paramilitar, mejor conocido como de autodefensas.

Desde el punto de vista social, puede considerarse que el abarcar un análisis detallado respecto a las falencias que presenta la aplicación de la citada Ley, permitirá visualizar violaciones de derechos a las víctimas; estableciéndose criterios de impunidad dadas las características en que se presenta la concesión de derechos a los victimarios. Por lo tanto, tal situación permitirá que las personas que consideren vulnerados sus derechos como víctimas tengan la oportunidad de acceder a reclamar sus derechos conculcados.

Otro aspecto para destacar, y que permitirá darle una importancia al fenómeno bajo análisis, se refiere al debate académico que puede suscitar. En cierta medida, y como relevancia social, el debate académico es el impulso que construye y edifica el conocimiento; y por lo tanto el presente artículo, junto con lo planteado, busca elevar el número de propuestas para extender el impacto que de allí resulte en favor de las víctimas.

Uno de los problemas destacados referente a la aplicación de la Ley, se da al momento mismo de aplicarla, es decir, al conceder los beneficios no existe certeza de que estos efectivamente procedan. Por ejemplo, un desmovilizado dentro de sus actividades “normales” al interior de las autodefensas realizó diversas actividades para el gru-

po, y otras no tan “normales”, porque las realizó por su propia cuenta; muchas de esas actividades tenían que ver con violación a derechos humanos de las víctimas ordenadas o no por sus propios comandantes, las cuales por la complejidad del conflicto no es posible que se puedan demostrar.

No obstante, ese hecho genera un patrón claro de impunidad, pues la en muchas situaciones la incapacidad del Estado para investigarlo, técnicamente le concede los beneficios jurídicos al excombatiente; lo que permite observar la poca garantía que dicha Ley le confiere al universo de las víctimas.

Por otra parte, puede decirse que analizar todos estos aspectos permitirá resolver en cierta medida para las víctimas las dudas que se tienen respecto a lograr una justicia acorde con la dimensión del fenómeno paramilitar presentado en Colombia; dirigido todo al tema de los derechos humanos y que así se pueda reconocer la posibilidad de permitirles acceder, de ser procedente a recuperar sus derechos y agotar así las dudas; ya que algunas de las víctimas, sino son la mayoría desconocen, inclusive, que hayan podido ser violados sus derechos en esa dimensión que trasciende al derecho internacional de los derechos humanos.

Es importante establecer que dentro de la aplicación de la Ley 1424 de 2010, existen unos vacíos que han sido mencionados en varias ocasiones por opiniones de expertos, tanto de revistas, magazines y otras opiniones abiertas en las páginas web; donde se observan situaciones similares a las aquí expuestas, coincidiendo que dicha Ley debido a la polémica que suscitó en su momento y que aún viene suscitando; esa generalización de resultados obtenidos servirá para analizar principios quizá más amplios, como se dijo; iniciando en el análisis de una Ley que se aplica actualmente, y que puede tener graves implicaciones de responsabilidad de carácter internacional para el Estado, acorde con los postulados de la convención americana sobre derechos humanos (CADH).

En efecto, y como justificación de este trabajo, la impunidad como fenómeno presente en muchos aspectos de la aplicación del derecho, al igual que en la formulación de políticas jurídicas, que en muchos casos se confunden en concesiones, indultos o amnistías; todo ello debido a la presión política de crearlas y aplicarlas son un criterio de impulso directo a la impunidad, que se ha visto reflejada en leyes como la tratada. Analizar dicho tema desde el terreno de la aplicación permite reconocer e identificar aspectos que van en contra de los destinatarios finales y subsidiarios; es decir, el campo de las víctimas quienes son la parte más débil dentro de la barbarie delictiva de los ejecutores, y a su vez dentro del plano de las concesiones otorgadas, como se dijo, ya sean indultos o amnistías; y lo que implican esas concesiones dentro de fenómenos complejos como el caso paramilitar en Colombia.

Si bien es cierto, la aplicación de la Ley de desmovilizados en el país ha sido ampliamente controversial, al abordar este tema se espera que se pueda aportar a construir, puede ser críticamente, respecto a la implementación o no a futuro de este tipo leyes en el país; buscando que por medio de ellas se visualice y dimensiona hacia el respeto a los postulados que se encuentran de manera convencional suscritos en la convención americana sobre derechos humanos (CADH); todo siempre en favor de las víctimas de estos conflictos complejos armados internos, como en el caso colombiano.

Con esa finalidad, todos estos temas relacionados con falencias de orden legal y que por medio de su implementación generan dudas sobre su impacto en la sociedad, y más concretamente sobre las expectativas de las víctimas, aportan ideas positivas y constructivas; con lo que se puede establecer no continuar vulnerando derechos en contexto, los cuales trascienden en el plano del derecho internacional como se viene advirtiendo; pues por lo general, las garantías internas del derecho se agotan debido a políticas que más parecieran favorecer a los victimarios.

Siempre ha existido impunidad en muchos ámbitos de aplicación de la Ley; no obstante, el presente artículo pretende de manera puntual identificar y dar a conocer aspectos subrepticios que han generado dichas dudas y que van en contra de los derechos de las víctimas; lo cual se debe al análisis de diferentes publicaciones relacionadas con el tema.

Al respecto, el presente artículo pretende sugerir ya sea para otras investigaciones o artículos un criterio definido sobre la aplicación y alcances de la Ley 1424 de 2010 y otras similares que surjan; en ese sentido, enfocándolo hacia los derechos de las víctimas a la luz de la convención americana sobre derechos humanos (CADH); lo anterior con el fin primordial de generar mecanismos más amplios y realistas frente a fenómenos complejos como en el caso colombiano; buscando con todo disminuir en cierta medida el impacto que se ocasiona dentro de los fines de la pena en el país sin dejar de lado la importancia punitiva del código penal; para reducir así, además, la falta de criterios en las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

En cuanto al desarrollo e implementación de la citada Ley, por lo general, se han escrito un sin número de artículos científicos e informativos, respecto al significado de la misma, al igual de sus implicaciones y resultados. Al realizar un sondeo sobre publicaciones que han tenido que ver con el caso propuesto, se tiene que, por lo general; quienes han buscado tratar el tema son organizaciones gubernamentales y no gubernamentales dedicadas al tema de derechos humanos como son la MAPPOEA, la organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, y universidades e instituciones oficiales del país. En esa medida, por ejemplo el ICTJ “Centro Internacional para la Justicia Transicional” (por sus siglas en inglés) es una organización internacional sin ánimo de lucro especializada en la justicia en periodos de transición.

En ese aspecto, en lo relacionado con el tema sobre dicha Ley se ha dicho por varias instituciones, juristas y académicos lo siguiente: “la

“ley de desmovilizados” tiene problemas estructurales que el Gobierno Nacional debe solucionar de manera urgente.” “La Ley 1424 de 2010 tiene problemas en su diseño”. New York, USA. (Reed, 2011).

Bajo el anterior contexto, y en otras publicaciones no menos importantes se ha tratado la problemática desde la perspectiva constitucional, en ese sentido por ejemplo: “Con la reciente aprobación de este “plan B” avalado por la Corte Constitucional quedaría vía libre para que teóricamente los desmovilizados no postulados a la Ley 975 y sin procesos penales por delitos cometidos después de su desmovilización, accedan algún día a la suspensión de la ejecución de la sentencia que se va a dictar por las autoridades judiciales por pertenencia a un grupo armado ilegal.

Sin embargo, teniendo en cuenta el mecanismo propuesto en la Ley 1424 de 2010 y ratificado en sus rasgos principales por la Corte Constitucional, se plantea una serie de interrogantes para el futuro de este proceso y su eficacia”. (Huber, 2011).

En ese sentido, la Ley 1424 de 2010, ha sido foco de críticas desde muchos ámbitos académicos, debido a la polémica suscitada en cuanto a los beneficios que se otorgan a los desmovilizados de las autodefensas; tejiendo con ello un manto de dudas respecto a aquellos desmovilizados de esa organización delictiva que tal vez se hayan camuflado en ella para “limpiar” actos de barbarie (crímenes internacionales) cometidos individualmente con ocasión de la pertenencia a dichos grupos ilegales.

Con esa finalidad, tanto la comunidad académica, así como las organizaciones no gubernamentales que han centrado su interés en estudiar y analizar la citada ley, concluyen en que la aplicación de la dicha Ley genera impunidad, más exactamente en el ámbito de la aplicación, puesto que la incapacidad del Estado para adelantar investigaciones serias al respecto, y ante la complejidad misma del fenómeno paramilitar en el país impide establecer verdaderos responsables de delitos internacionales; y al mismo tiempo en

ese sentido otorgar beneficios a responsables de un fenómeno conflictivo sobre bases legales que trasciende a la convención americana sobre los derechos humanos.

Cabe señalar que, luego de la desmovilización de los diferentes frentes de las AUC en el país, al llegar a un acuerdo entre el gobierno y esas estructuras paramilitares en el 2005 aproximadamente; se estableció dentro del articulado de la Ley, lo siguiente: Primero, encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional; Segundo, estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso; Tercero, no haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización, esto es después del 2006, pero a la fecha aún no es posible identificar si muchos de esos desmovilizados, efectivamente, han cumplido con esos parámetros de compromiso adquiridos dentro del proceso, y así mismo si la suspensión condicional de la ejecución de la pena y medidas de reparación han sido efectivas en la práctica.

Por último, el presente artículo puede aportar otras recomendaciones, ideas o hipótesis a futuros análisis que sean similares respecto a casos generalizados dentro de un contexto relacionado a conflictos similares al colombiano.

A continuación, y para una mayor profundidad dentro del trabajo abordado se comenzará por hacer un recorrido para una mejor comprensión sobre el tema de la justicia transicional, y todo lo que ella significa; es por ello que es pertinente abordar el tema desde un acercamiento académico más profundo. En esa dirección, es importante mencionar los escenarios más cercanos, donde se ha desarrollado.

## ***1. Antecedentes de la justicia transicional en Latinoamérica y su aplicación en Colombia***

En lo relacionado con esta temática, y como objetivo específico necesario para determinar qué

función cumple la Ley 1424 de 2010 dentro de la justicia transicional, al igual que el papel desarrollado frente a los postulados de la pena consagrados en el artículo 4º del código penal; se hace necesario partir desde una visión Latinoamericana, de lo cual se observa lo siguiente:

- **Argentina**

En respuesta a las atrocidades perpetradas por agentes estatales durante la dictadura que devastó el país entre los años 1976 y 1983, el primer gobierno de transición democrática estableció en 1984 una Comisión de la Verdad (la llamada Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP, presidida por el escritor Ernesto Sábato), que documentó más de nueve mil desapariciones forzadas imputables a servidores públicos y promovió la persecución judicial de los principales responsables del régimen militar, que fueron procesados y condenados a largas penas de prisión. Pero la presión del ejército y la debilidad de la democracia dieron pie a las leyes de “punto final” (1986) y “obediencia debida” (1987) en el gobierno de Raúl Alfonsín, y al indulto de los mandos militares (1990) en el gobierno de Carlos Menem, que dejaron en la impunidad los crímenes de la dictadura. Bajo la administración de Néstor Kirchner y tras la renovación de la Corte Suprema, las medidas de impunidad han sido declaradas nulas por el Congreso en general y por los jueces en particular, se han abierto o reabierto numerosos procesos por los abusos del pasado, incluidos los “juicios de la verdad” para esclarecer la suerte de los ejecutados y desaparecidos, y se han pagado indemnizaciones a muchas de las víctimas y sus familias. (Valencia Villa, 2007).

- **Chile**

La dictadura de Pinochet (1973-1990), responsable de casi cuatro mil víctimas de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, decretó una amnistía general en 1978, que ha sido condenada con energía por los órganos de control y vigilancia del sistema interamericano de derechos humanos, al igual que similares medidas de impunidad en Argentina, El Salvador y Uru-

guay. En 1990, a resultas de la derrota electoral de Pinochet, el primer gobierno de la transición a la democracia estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación o Comisión Rettig, de ocho miembros, que documentó más de dos mil violaciones individuales de los derechos humanos, imputables al régimen militar. Y en 2004, el gobierno de Ricardo Lagos creó la Comisión para la Prisión Política y los Torturados bajo la consigna de “No hay mañana sin ayer”, que verificó la práctica de torturas en veintiocho mil casos y sirvió de base para un plan oficial de indemnizaciones en favor de las víctimas de la dictadura.

Frente a los avances en materia de verdad y reparación, la asignatura pendiente de la transición chilena es la imposición de sanciones penales y disciplinarias a los responsables políticos y militares del régimen tiránico y en primer lugar a Pinochet. Tras el fallido, pero memorable proceso de extradición del ex dictador, que promoviera la justicia española ante la justicia británica con fundamento en el principio de jurisdicción universal, la justicia chilena ha abierto varios procesos contra Pinochet y su familia extensa por crímenes internacionales y por delitos comunes, como falsificación de documentos y malversación de caudales públicos, pero en ninguno de ellos se ha proferido aún fallo condenatorio. Y la muerte del ex dictador en la impunidad, el 10 de diciembre de 2006, hace aún más improbable el castigo de los crímenes de la dictadura debido al interés de los chilenos de pasar página sin haberla leído antes por completo. (Valencia Villa, 2007).

- **Colombia**

Tras más de cuatro décadas del conflicto armado interno que se originó por el surgimiento de grupos de izquierda o grupos guerrilleros de las FARC en 1964 y del ELN en 1965, y caracterizado por una pugna de legitimidades que se traduce cada vez más en un ataque sistemático y de hostilidades en detrimento de la población civil no combatiente, la primera experiencia aparente de justicia transicional de que puede hablarse, en principio, es el proceso de desmovilización de los

escuadrones de la muerte o grupos paramilitares de extrema derecha durante los años 2005 y 2006 con fundamento en la Ley 975 de 2005, más conocida como la Ley de Justicia y Paz, que buscaba el procesamiento penal de los máximos cabecillas de los diferentes bloques de autodefensas existentes en el territorio Colombiano, esta ley ha sido muy criticada por grupos de derechos humanos y víctimas, por no haber sido consultada con éstas, quienes se encontraban directamente afectadas como consecuencia de dicho conflicto; lo cual ha sido avalado por la Corte Constitucional, generando rechazo por parte de la opinión pública internacional y su único resultado positivo aunque involuntario hasta ahora ha sido el estallido del escándalo de la “parapolítica” o infiltración de los grupos paramilitares en los partidos políticos y en las administraciones públicas.” (Valencia Villa, 2007).

### **1.1 Antecedentes históricos en Colombia de la ley 1424 de 2010**

En lo relacionado a la Ley de desmovilizados, es necesario hacer un recuento sobre el sustrato de la Ley; es importante conocer sus orígenes, ya que con ello se puede comprender más a fondo el alcance y espíritu de la misma.

El Acuerdo de Santa Fe de Ralito, firmado el 15 de julio de 2003, dio la posibilidad a 31.671 combatientes de 34 estructuras de las Autodefensas, más los anillos de seguridad, para desmovilizarse, en 37 ceremonias, que iniciaron en noviembre de 2003 y finalizaron en agosto de 2006. Las negociaciones, acuerdos y desmovilizaciones tuvieron la Ley 782 de 2002 como base normativa, con la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999. Desde ese entonces, se proyectaba acudir a los estándares de la Justicia Transicional para facilitar el tránsito de una situación de conflicto armado hacia la consecución de la paz.

Lo anterior, para cobijar con beneficios jurídicos al conjunto de desmovilizados de las estructuras de Autodefensas, se acudió a lo estipu-

lado por las Leyes 782 de 2002 y posteriormente, a partir del 25 de julio de 2005, a la Ley 975 de 2005, denominada de Justicia y Paz. La Ley 782, concede beneficios jurídicos para los delitos de concierto para delinquir simple; utilización ilegal de uniformes e insignias; instigación para delinquir; así como fabricación, tráfico y porte de armas y municiones. Quienes han sido responsabilizados de delitos no contemplados en la Ley 782, con ocasión a su pertenencia al grupo armado ilegal, y realizados antes del 25 de julio de 2005, fueron postulados por el Gobierno Nacional a los beneficios de la Ley 975. (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, 2008).

El Artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, planteó que quienes hacían parte de organizaciones de Autodefensa y afectaban el orden constitucional y legal incurrían en el delito de sedición. Para este caso, se estableció que la pena sería la misma prevista para la rebelión. Sin embargo, el 18 de mayo de 2006, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-370, declaró este artículo inexecutable con efectos a partir de esa fecha. Para ese momento, se había realizado a 12 de las 34 estructuras de Autodefensas con 5.898 personas; es decir, el 18% del total que se desmovilizarían hasta el 16 de agosto de 2006. (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, 2008).

La inseguridad jurídica generada ante la incertidumbre por el devenir de los procesos jurídicos cuestionó el respeto por el principio de confianza legítima, inscrito en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia que acompañó los procesos de negociación, desarme y desmovilización colectiva. El 11 de julio de 2007, ya realizadas todas las desmovilizaciones colectivas de Autodefensas, la Corte Suprema de Justicia limitó la posibilidad de aplicar a los desmovilizados de esas estructuras los beneficios de indulto, resolución inhibitoria, resolución de preclusión de la instrucción y cesación de procedimiento contemplados para los delitos políticos; a partir de este momento, se empieza a hablar en el país de un “limbo jurídico” de los desmovilizados de Autodefensas, específicamente, de aquellos que

no se encontraban vinculados con delitos de interés del Derecho Penal Internacional.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de abril de 2008, calificó la “pertenencia” a los grupos de Autodefensas como concierto para delinquir agravado, determinándolo como un delito de lesa humanidad. Esta situación generó debates jurídicos que cuestionaban la vulneración al principio de legalidad estipulado en el artículo 29 de la Constitución Política y en varios instrumentos jurídicos internacionales aplicables en Colombia. (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, 2008).

A este respecto, durante un tiempo se hizo referencia a 19.000 exintegrantes de las Autodefensas en un “limbo jurídico”. Esta cifra ha estado sujeta a un ejercicio de sumas y restas; algunos restan los muertos y las personas que están en procesos en la Justicia Ordinaria y hablan de 17.000. Las cifras siguen variando con el paso de los meses. En un intento por resolver esa situación jurídica; se promulga la Ley 1312 de 2009, la cual permitía la aplicación del Principio de Oportunidad a los desmovilizados de las organizaciones de Autodefensas, mecanismo utilizado en el proceso penal ordinario. Esta ley nunca pudo aplicarse, dado que no se estableció el procedimiento correspondiente.

La Corte Constitucional la declaró inexecutable, en noviembre de 2010, mediante la sentencia C-936. Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, según lo informó el Ministro del Interior, Germán Vargas Lleras, en noviembre de 2010, se habían emitido cerca de 800 órdenes de captura a desmovilizados de las Autodefensas, muchos de los cuales estaban vinculados al programa de reintegración. (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, 2008).

Como un nuevo intento de solución, y ante la necesidad de que los desmovilizados de las autodefensas pudieran seguir con su proceso de reintegración, el Congreso de la República aprobó el 29 de diciembre de 2010, la Ley 1424, “por la cual se dictan disposiciones de Justicia Transicio-

nal que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”. (Congreso de la República, 2010).

Esta Ley aplica para aquellos desmovilizados “que hubieran incurrido únicamente en los delitos de concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal”. (Congreso de la República, 2010).

La Ley contempla la posibilidad de acceder a los beneficios jurídicos de “suspensión de las órdenes de captura” y de “suspensión condicional de la ejecución de la pena”. Con el fin de concretar estos beneficios, la Ley describe los requisitos y las partes que intervienen en su ejecución. La autoridad judicial competente decidirá, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente ley, a petición del Gobierno Nacional, a través de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la Sentencia, una vez se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos: Encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional; estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización. (Congreso de la República, 2010).

Una vez concedido este beneficio, el desmovilizado se compromete con el cumplimiento de las siguientes obligaciones: Informar todo cambio de residencia. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena.

Observar buena conducta. (Congreso de la República, 2010).

Para los casos en que el desmovilizado sea objeto del beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la Sentencia, debe acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos: Haber suscrito el Acuerdo de Contribución a la Verdad y la Reparación; así como estar vinculado al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el Gobierno Nacional y estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente dicho proceso; ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno Nacional; reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo; no haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización; y observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración. (Congreso de la República, 2010).

Como una novedad, la Ley 1424 establece un *“Acuerdo de contribución a la verdad histórica y la reparación”* entre el Presidente de la República o su delegado y cada uno de los desmovilizados que lo suscriben: El Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación es un instrumento de transición para poner en vigor los principios de verdad, justicia y reparación como complemento a los instrumentos jurídicos que se han establecido para tal efecto, y contribución al proceso de reconciliación nacional. (Congreso de la República, 2010).

Adicionalmente, introduce un “mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con el fin de recolectar, sistematizar, preservar la información que surja de los Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, y producir los informes a que haya lugar”. (Congreso de la República, 2010).

El Gobierno nacional convocó con urgencia a la aprobación de esta nueva ley. Su llamado a nivel nacional e internacional para apoyar la reintegración, el papel protagónico otorgado a la Alta Consejería para la Reintegración (ACR), luego Agencia Colombiana para la Reintegración; dan cuenta del particular interés del gobierno de Juan Manuel Santos por consolidar los procesos de reintegración de los ex combatientes y de atender la necesidad de alcanzar la verdad, la reparación, la reconciliación y la reconstrucción de la memoria. El 3 de noviembre de 2011, mediante Decreto 4138 de 2011, se crea la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas y se establecen sus objetivos y estructura. (Congreso de la República, 2010).

Entre 2003 y 2006 se desmovilizaron 35.308 integrantes de las AUC. De ellos, 26.444 eran objeto de los beneficios de la Ley 1424 de 2010. Esa cifra resulta de descontar los desmovilizados que se postularon a la Ley de Justicia y Paz, 975 de 2005, los fallecidos, condenados y aquellos que perdieron los beneficios socioeconómicos de la ACR por incumplimiento al proceso de reintegración y los que fueron desvinculados siendo menores de edad. (Presidencia de la República, 2011).

Según el Director de la Agencia Colombiana para la Reintegración: “un total de 24.600 personas, de las 26.800 que podían hacerlo, respondieron el llamado”. (Agencia Colombiana para la Reintegración, 2012).

Luego de la promulgación de la Ley 1424 de 2010, se han expedido varios decretos que la reglamentan. El Decreto 2244 de 2011 “Por el cual se adicionan unas funciones al Centro de Memoria Histórica y se dictan otras disposiciones” determina las funciones del Centro de Memoria Histórica, estableciendo el “carácter no judicial y no sancionatorio” de este, incluye disposiciones sobre el acceso a la información, indica la excepción al deber de denuncia por parte de los funcionarios del Centro de Memoria Histórica y contempla la protección de los entrevistados. (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011).

El Decreto 2246 de 2011 “Por el cual se modifica la estructura de la Procuraduría General de la Nación” y el Decreto 2247 del mismo año “Por el cual se modifica la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación” adecúan y adicionan las funciones de la Procuraduría General de la Nación para atender los procesos contemplados en la Ley 1424. (Presidencia de la República de Colombia, 2011).

El Decreto 2248 de 2011 “Por el cual se modifica la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación”, adecúa la planta de personal de la Fiscalía para fortalecer los procesos de la Ley 1424. (Presidencia de la República de Colombia, 2011).

El Decreto 2601 de 2011 “Por el cual se reglamenta la Ley 1424 de 2010”, determina el objeto y el ámbito de aplicación del Acuerdo de contribución a la verdad histórica y la reparación; indica los beneficios jurídicos ofrecidos a los desmovilizados e introduce las causales de exclusión o pérdida de beneficios, entre otras disposiciones. (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011).

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-771 del 13 de octubre de 2011, declaró la exequibilidad de la Ley 1424 y precisó el ámbito de aplicación de los mecanismos de Justicia Transicional previstos en esa Ley, de conformidad con la Constitución Política. Esta sentencia indicó que el proceso enmarcado en la Ley 1424, implica “una acción penal formal, dentro de todos los parámetros del debido proceso, con el reconocimiento de las víctimas y sus derechos”.

Ratificó los beneficios jurídicos de suspensión de las órdenes de captura o la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se hubiere impuesto. En su análisis, la Corte precisó que la información brindada por el desmovilizado no puede ser utilizada en su contra. Con respecto a la información que comprometa a terceros, definió las situaciones que permiten éstos beneficios: Ciertamente, existen dos situaciones claramente identificadas, en las que sin contravenir la preceptiva superior, terceras personas dis-

tintas a quien suscribe el Acuerdo podrían ser beneficiarios de la garantía prevista en el segmento normativo aquí analizado.

Estas situaciones atañen, de una parte, a los demás sujetos distintos al declarante, a quienes se refiere el artículo 33 de la carta política, esto es, el cónyuge o compañero permanente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; y de otra, a los demás personas que sin estar conectadas en la forma antes indicada con quien ha provisto la información mediante la suscripción de un Acuerdo, compartan con aquél la condición de desmovilizados, del mismo grupo. (Corte Constitucional, 2011).

## ***2. La nueva perspectiva de la investigación en contexto para delictos cometidos por grupos ilegales frente a las garantías de los derechos humanos***

De acuerdo a la experiencia adquirida durante varios años, frente al tema de judicialización de los desmovilizados y sus estructuras, así como las demandas y exigencias de organismos internacionales veedores de las garantías de los derechos humanos dentro del conflicto armado en el país, se decide entonces ante un eventual proceso de paz, y con un actual conflicto aún más complejo que el mencionado hasta ahora, el cual se relaciona con uno de los grupos guerrilleros más antiguos del continente, las FARC.

En ese sentido, y de acuerdo al concepto de la Corte Interamericana de Derechos humanos, expuesto por la ICTJ en el 2014, donde se conceptuó que: “el análisis del contexto histórico, político y jurídico es un factor decisivo para lograr una adecuada comprensión de las violaciones de los derechos humanos y establecer las causas que, respecto a casos concretos de estas, generan la responsabilidad internacional de los Estados.

En particular, ese tipo de análisis posibilita identificar y caracterizar las estructuras crimina-

les complejas, sus planes y modus operandi, así como permite comprender la naturaleza de crímenes complejos mediante patrones que explican su comisión. En este sentido, la CIDH considera que el análisis de contexto es un requisito para el cumplimiento de la obligación estatal de investigar con debida diligencia, en tanto determina el seguimiento de líneas lógicas de investigación.” (Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación, 2014. p.1).

Con sano criterio, se deduce que el proceso llevado a cabo con los desmovilizados de la Ley 1424 de 2010, debió realizarse bajo los parámetros antes dichos, los cuales nacen mucho tiempo después cuando ya se venía desarrollando la investigación por la desmovilización de los grupos de autodefensas; no obstante, es preciso tener en cuenta que hasta ahora dicha recomendación aún no ha sido utilizada en el plano real, toda vez que el proceso aludido con las FARC y en el cual se espera sea implementado, aún no se ha dado; por ello puede decirse que existe una mera expectativa para poder valorar sus alcances tanto positivos como negativos.

De acuerdo con la política de investigación penal en esa estructura, la Fiscalía pretende evolucionar en el tema de macro criminalidad, tal como se ha definido dentro de esa perspectiva; no obstante el reto de cambiar e implementar nuevos paradigmas supone un gran esfuerzo donde se verá ya en el plano de la acción; pues como se adujo aún falta mucho terreno por recorrer, del cual se analizará en su momento las garantías frente a las víctimas y el respeto por los derechos humanos dentro del plano de la CADH.

### **3. Los derechos humanos de las víctimas violados con la aplicación de la ley 1424 de 2010 a la luz de la convención americana sobre derechos humanos**

De acuerdo a la temática planteada, se considera que efectivamente, frente a las decisiones

adoptadas con la aplicación de la Ley de desmovilizados, se crea un amplio margen de vulneración de derechos humanos a las víctimas. De manera que, siendo la verdad, la justicia y la reparación, los postulados de esta ley, en los análisis de documentación referente al tema no se observó que se haya cumplido en estos tres aspectos a las víctimas, ni con los postulados de la pena incluidos en el artículo 4 del código penal. Este punto se puede destacar observando los artículos relativos a la CADH que se considera se han violado con la ya mencionada Ley:

#### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José).

En el anterior artículo, tal y como se rescata de la convención, al no satisfacerse los tres elementos de verdad, justicia y reparación, o al menos uno de ellos; se empezaría con no darle cumplimiento a este artículo.

Frente al tema, y en ese sentido,

“La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

De esta forma, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el

cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. (Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, 2014, p. 49, Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada).

### **Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José).

Con respecto a este artículo y para mayor ilustración, se tiene lo siguiente:

A mayor abundamiento, la Corte ha sido enfática al señalar que “El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona”, por igual, independientemente de su condición como parte acusadora, acusado o incluso tercero en el marco de un proceso. Fue en el año 1997, en la sentencia del *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, que la Corte estableció de manera expresa que “para determinar la violación del artículo 8 era preciso, en primer término, establecer si en el proceso para determinar la responsabilidad de los posibles autores de la muerte del joven Genie Lacayo se respetaron las garantías procesales de la parte acusadora. (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José).

De acuerdo con la jueza Medina, en dicha sentencia, sin mayor fundamentación, “se dio [...] una modalidad que introdujo el tema de terceros que podían tomar parte en el proceso penal y se asoció este derecho al derecho a la verdad que tienen ciertos familiares de las víctimas y a una manera de reparar a las víctimas”.

A criterio de la jueza Medina, al analizar el derecho a las garantías judiciales respecto del acusador y no del acusado, atendiendo a la redacción literal del artículo 8 de la Convención, la Corte debió fundamentar

[...] las razones jurídicas de la fuente internacional de la que se podía desprender dicho derecho que tenía el afectado, padre de la víctima, para ser oído ante el tribunal”. Pese a dicho cuestionamiento, es claro que a nivel del sistema interamericano, frente a casos de graves violaciones de derechos humanos, el Tribunal ha dispuesto que la alegada violación al derecho a las garantías judiciales se analiza respecto de los familiares de la víctima, a quienes el Estado debe garantizar el acceso a la justicia. (Ibáñez Rivas, 2014, p. 207, Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada).

### **“Artículo 24. Igualdad ante la Ley**

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

De acuerdo con lo anterior, frente al tema de igualdad frente a Ley, es necesario considerar que dentro del proceso que se adelanta con los desmovilizados, pese a sus problemas estructurales, tal y como se advierte, se puede decir que en sí para los desmovilizados que se acogen voluntariamente a él, es bastante garantista, toda vez que el fondo de su andamiaje se centra más en permitirle a ellos continuar con sus vidas, sin ningún contratiempo, pese a su pertenencia al grupo de autodefensas.

En lo que respecta con el tema de igualdad, es bueno considerar que, este debe garantizar así mismo los requerimientos y expectativas que se suscitan a las víctimas; no sería a todas luces justo que solo uno de los actores del conflicto sea el beneficiario de las garantías que concede la Ley 1424, y en ese sentido es importante mencionar que las víctimas deben ser satisfechas con la participación en el proceso; sin embargo como se dijo anteriormente, esto no se da en el plano de la práctica, ya que no hay esa participación frente

al tema de la verdad, justicia y reparación, temas fundamentales dentro del esquema de garantías que se busca con la implementación de la Ley.

En ese sentido, frente a la igualdad en el escenario de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se tiene que: “El artículo 24 contiene *dos nociones de igualdad*. La primera parte del artículo alude a la igualdad ante la ley, mientras que la segunda se refiere a la igual protección de la ley sin discriminación.” (Uprimny Yepes R. y Sánchez Duque L., 2014, p. 585, Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada).

Al mismo tiempo se continúa frente al tema, así: “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”. Según la Corte, esta interrelación implica que el “elemento de la igualdad sea difícil de desligar de la no discriminación”. De hecho, de acuerdo con la Corte, la prohibición de trato discriminatorio aparece como una derivación del reconocimiento de la igualdad ante la ley.” (Uprimny Yepes R. y Sánchez Duque L., 2014, p. 587, Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada).

#### **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Dentro de este contexto, aquí es pertinente analizar el sentido de la protección judicial; de lo cual es importante tener en cuenta que se trata, más bien, respecto del sentido de lo ya citado: “cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.

Así, como se viene analizando el tema de la Ley de desmovilizados, la falta de información e inclusión de las víctimas de los desmovilizados y la ineficacia frente al acceso a la administración de justicia, no ha permitido el libre acceso a la misma. Se tiene, por ejemplo lo siguiente:

Por tanto, y como en el caso del derecho a las garantías judiciales, la Corte Interamericana ha señalado que “el artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia”, “norma imperativa de Derecho Internacional”, entendido como aquél que “no se agota con el trámite de procesos internos, sino que debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima o sus familiares a obtener un control jurisdiccional que permita determinar si los actos de las autoridades [respectivas] han sido adoptados al amparo de [sus] derechos y garantías mínimas. (Ibáñez Rivas J., 2014, p. 612, Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada).

Con esa finalidad, como puede observarse en los artículos de la CADH frente a la aplicación de la citada Ley se da un criterio de falta de garantías y violación de derechos fundamentales; toda vez que, así existan los procedimientos internos para adelantar las investigaciones, imputaciones y juzgamientos, el centro de gravedad en la Ley está diseñado solo para preservar los derechos de los desmovilizados (victimarios) y dejando de lado las garantías, la obligación, la igualdad y la protección por parte del Estado en este sentido.

#### **Conclusiones**

De esta manera, es pertinente concluir que la Ley 1424 de 2010 (Ley de desmovilizados) aunque ha tenido gran cantidad de modificaciones con respecto a su aplicación; es claro que fue diseñada para garantizar los derechos más de los victimarios que de las víctimas dentro del conflicto armado, desatado y perpetrado por las AUC. Como se mencionó en su momento, la idea central de implementar una Ley que sirviera para lograr adelantar los procesos penales de los desmovilizados por su pertenencia al grupo ilegal,

dejó de lado en poca medida, un elemento más importante y quizás más trascendental como lo es el tema de las víctimas.

No puede concebirse en ningún proceso del mundo el adelantamiento de un modelo como el llevado a cabo en el país; si bien es cierto que dicho tema de víctimas hizo parte, pero ya por los alcances de la Ley 975 de 2005, en la cual, se investigaron las acciones desplegadas por los comandantes, más no por los integrantes y perpetradores en sí de los crímenes, muchos de ellos graves; esa sola situación comenzó a originar la vulneración de los derechos a las víctimas, debido a la complejidad misma del fenómeno paramilitar en Colombia que trascendió a las esferas de infracción del derecho internacional de los derechos humanos.

De otro lado, luego quizás de analizar parámetros desplegados en otras experiencias desatadas en conflictos similares al caso Colombiano; se logra visualizar un modelo más concreto de investigación penal en el cual se busca consolidar, y tal vez reparar, todas aquellas fallas detectadas dentro de casos de este tipo. Se trata desde luego de la investigación penal en contexto; con lo cual, se quiere establecer unos parámetros bien definidos de lo que se ha denominado “macro criminalidad”.

Con este modelo implementado hasta ahora, se busca resolver los inconvenientes presentados en todo el proceso como los del caso de la desmovilización de las bases de las autodefensas (combatientes desmovilizados); logrando enmendarse las falencias como las presentadas como por ejemplo, en el caso de personas que nunca hicieron ciertamente parte de las filas de las autodefensas, y quienes hasta ahora fungen como integrantes de ellas con el propósito de obtener el incentivo económico ofrecido en su momento por el gobierno.

Igualmente, se presenta el caso de desmovilizados que, como se dijo, participaron en actos graves de infracción al DIH, pero que ante esa complejidad misma del fenómeno tal y como se

presentó en su momento coyuntural, no fue posible establecer por medio de una investigación efectiva y seria, que por supuesto tenían derecho las víctimas, y que hasta ahora no se menciona nada.

Es por eso, que en todos esos eventos, no se dan los postulados inmersos en la pena que se describen en el artículo cuarto del código penal; y al mismo tiempo, llámese luego justicia transicional para beneficiar a los desmovilizados con penas irrisorias e inclusive inexistentes tras de manera voluntaria participar en actividades que avala un organismo diferente (ACR) a la rama judicial. Es así como las víctimas no logran participar en los procesos debido al esquema desarrollado en la Ley 600 de 2000; ley que no garantizó completamente los derechos de las mismas al momento de comenzar a regir, y aún luego de ocho años de investigación somera frente a pertenencia y participación dentro del grupo ilegal; vulnerándose extensamente los derechos humanos, bajo los límites de responsabilidad del derecho internacional.

Es significativo que, al llegar a esta conclusión, y donde como hipótesis planteada a modo de ejemplo en este trabajo, se ha dicho que el fenómeno dado en el contexto de violencia paramilitar en Colombia es “una historia interminable, (desde) las perspectivas para la aplicación de la Ley 1424 de 2010 (Ley de Desmovilizados) después de la sentencia de la Corte Constitucional”. (Huber, F. (2011).

Es por eso, que a modo de hipótesis, como se viene planteando, el tema se centra en la interrogante:

¿van a cumplirse los estándares internacionales en materia de investigación, juzgamiento y sanción de crímenes internacionales, cuando la Ley 1424 de 2010 establece que no se aplicaría respecto de aquellos desmovilizados que han cometido crímenes internacionales, pero sin prever mecanismos de control, por ejemplo mediante el fortalecimiento de la participación activa de las víctimas en la revisión de la situación de los desmovilizados?

Consecuente con lo anterior, se puede entender que no se superó en ningún momento ese obstáculo; precisamente porque el tema de participación de las víctimas quedó relegado al plano de la exclusión casi total, si puede decirse en esos términos.

Sobre el asunto, las cifras oficiales que se tienen dentro de las estadísticas hasta la fecha de todo el grueso de la población desmovilizada de este grupo armado, quienes suman alrededor de unos 14.000; por los hechos que se han investigado, aclarando que son aquellos que consagró la Ley de desmovilizados hay un total aproximado de unas 5.059 condenas. (Fiscalía Unidad Nacional de Fiscalías Para La Justicia Transicional, Desmovilizados, 2015).

Para futuras investigaciones queda como tema anexo uno que se considera de suma importancia, y es el relacionado con el nuevo modelo de investigación penal en contexto que la Fiscalía General de La Nación pretende implementar luego de las experiencias adquiridas durante todos estos años en los que se desarrolló la desmovilización de las autodefensas y que significó demasiados aspectos relativos a criterios de impunidad frente a los derechos de las víctimas. Desde esa visión, se pretende, además: “hacer frente a los desafíos que representan los crímenes de sistema y la criminalidad organizada. Dado el potencial impacto que esta determinación puede tener en materia de superación de la impunidad de graves violaciones de los derechos humanos.” (ICTJ, Manual DINAC, 2014, p. 1)

Por último y para los fines del presente artículo, queda definitivamente abordar una observación y análisis más detallado frente a cómo se va a desarrollar el tema de contexto como nuevo paradigma de investigación, completamente ajeno y diferente hasta el ahora proceso penal especializado desarrollado frente a los beneficios que se conceden a los desmovilizados y a quienes solo se les investiga someramente frente a su pertenencia y cumplimiento de unos compromisos adquiridos; lo cual no garantiza nada con respecto a

los derechos de las víctimas, pues como se dedujo y expresó antes, únicamente se tuvo en cuenta, y en consideración, los derechos de los victimarios, mas no los de las víctimas de las acciones directas e indirectas frente a la concertación de actividades ilícitas por el sólo hecho de pertenecer a las AUC.

De esta manera, queda como pronóstico a lo abordado y planteado hasta ahora con el tema establecer la efectividad de la investigación penal en contexto como nuevo paradigma de investigación frente a delitos que obedecen a criterios definidos de macro criminalidad, como el que se vislumbra con la posible desmovilización de las guerrillas de las FARC y el ELN; situación que será, sin lugar a dudas, un enorme desafío que le espera a la Fiscalía General de La Nación, y a todos los demás organismos desde el ámbito judicial y de investigación; así como al país entero.

## Referencias Bibliográficas

- |Ley 1424 de 2010, reglamentada por el Decreto 2601 de 2011.
- Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano.
- Reed. J. (2011). “*La Ley 1424 de 2010 tiene problemas en su diseño*”. New York, USA. Recuperado de <https://www.ictj.org/es/news/la-ley-1424-de-2010-tiene-problemas-en-su-diseno>.
- Huber. F. (2011). *Semanario Caja de herramientas: “Una historia interminable - Perspectivas para la aplicación de la Ley 1424 de 2011 (Ley de Desmovilizados) después de la sentencia de la Corte Constitucional*”. Bogotá, Colombia.
- Recuperado de <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0277/articulo03.html>
- Valencia Villa. (2007). *Introducción a la Justicia Transicional: “Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México*”. Guadalajara, México.
- Recuperado de: [escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf](http://escolapau.uab.es/img/programas/derecho/justicia/seminariojt/tex03.pdf).
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, (2008).

Recuperado de: [Http://webcsj/ Penal/Providencias.aspx](http://webcsj/ Penal/Providencias.aspx).

Congreso de la República. (2010).

Recuperado de: <http://www.senado.gov.co/>

Presidencia de la República. (2011).

Recuperado de: <http://wp.presidencia.gov.co/Paginas/Presidencia.aspx>.

Agencia Colombiana para la Reintegración. (2012).

Recuperado de: <http://www.reintegracion.gov.co/es>

Ministerio del Interior y de Justicia. (2011).

Recuperado de: <https://www.mininterior.gov.co/>

Corte Constitucional. (2011).

Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Fiscalía General de la Nación, (DINAC). *Manual de análisis contextual para la investigación penal*

*en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos de la, 2014.p.1.*

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José.

Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller, (2014), p. 49, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada.*

Ibáñez Rivas, (2014). p. 207, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada.*

Uprimny Yepes R. y Sánchez Duque L. (2014), p. 585, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada.*

Ibáñez Rivas J. (2014), p. 612, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada.*

Centro Internacional Para La Justicia Transicional “ICTJ”. *Manual DINAC.* (2014) p. 1.

Fiscalía Unidad Nacional de Fiscalías Para La Justicia Transicional.

Grupo Desmovilizados. (2015).

# 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 “Escenarios Estudiantiles” de la Corporación Universitaria de Sabaneta deben cumplir con el lleno de los siguientes requisitos:

- Enviar el artículo inédito, en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor [direccion.investigaciones@unisabanta.edu.co](mailto:direccion.investigaciones@unisabanta.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 inicio.
  - 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 *Escenarios estudiantiles*, 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 *Escenarios estudiantiles*, 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 “Student Scenarios” 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](mailto: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.
- 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 student Scenarios 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 student scenarios 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.

Escenarios estudiantiles



## 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.



Escenarios estudiantiles



## 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.



Escenarios estudiantiles



## 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.





Escenarios estudiantiles  
se terminó de imprimir en la  
Editorial Artes y Letras S.A.S., en diciembre de 2015

