

ESCENARIOS ESTUDIANTILES

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

Escenarios Estudiantiles / Sabaneta, Colombia / Vol.2 N° 1 / Enero-junio de 2016 / pp.158 / ISSN 2462-9529

FONDO EDITORIAL
Unisabaneta


Unisabaneta[®]
Innovación y Emprendimiento para la Paz



Revista ESCENARIOS ESTUDIANTILES

Volumen 2, número 1, Enero-Junio de 2016

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

Mauricio Bocanument Arbelaz

Vicerrector Académico

Lina Marcela Acevedo Correa

Directora de la publicación

Juan Carlos Marín Castillo

Editor

Juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

Centro de Idiomas Unisabaneta - CIU

Traducción

Caratula

Imágen tomade: <http://www.ibiblio.org/wm/paint/auth/pollock/pollock.stenographic.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 Corporación Universitaria de Sabaneta. Especialista en Derecho Constitucional, Magíster en Derecho Universidad de Antioquía, Doctorando en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín – Colombia.
- Lina Marcela Acevedo Correa, magister en Derecho – Universidad de Medellín. Medellín – Colombia. .
- Juan de Dios Uribe Zirene, magíster en Administración de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín - Colombia.
- 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: mayo de 2016

Tiraje: 1.000 ejemplares

Canje: Biblioteca Corporación Universitaria de Sabaneta,

Teléfono: (574) 301 18 18 ext. 152

Correo electrónico: canje@unisabaneta.edu.co

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

Dirección: Calle 75 sur 34 – 120

Sabaneta, Colombia

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



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

Misión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA- es una institución emprendedora y de innovación, para la construcción y transferencia del conocimiento, desde 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

Presentación	7
Mujer: ¿estereotipo o realidad?	11
Woman: ¿stereotype or reality?	
<i>Alejandro Ramírez Sánchez</i>	
<i>Eleany Marulanda Jaramillo</i>	
<i>Juan Pablo Flórez Vanegas</i>	
<i>María Fernanda Ulloa Cardona</i>	
<i>Tatiana Andrea Arias Zapata</i>	
Habitación de estaciones del ferrocarril abandonadas como opción de vivienda digna en un marco de vulnerabilidad social	33
<i>Alternativas de legalización de la posesión. Estudio de caso: Corregimiento La Estación, Municipio de Angelópolis</i>	
Habitation of abandoned railway station as a viable housing option in the context of social vulnerability	
<i>Alternativas de legalización de la posesión. Estudio de caso: Corregimiento La Estación, Municipio de Angelópolis</i>	
<i>Alejandra Cano</i>	
<i>David Bedoya</i>	
<i>Diego Ciro</i>	
<i>Andrés Palomino</i>	
Omisión legislativa en el ordenamiento jurídico interno de la obligación de tipificación del delito de apartheid	57
Legislative omission in the internal legal order of the classification obligation of apartheid's felony	
<i>Rafael Arredondo Uribe</i>	
<i>Santiago Orrego González</i>	
<i>Andrés Felipe Tamayo Correa</i>	

**El papel de la defensa jurídica del Estado ante la
responsabilidad del Ejército Nacional de Colombia**

67

The role of legal defense of the state in terms
of the liability of the Colombian national army

Sandra Milena Gómez Cartagena

Flor Dalila Marín

Diana Catalina Uribe

Leyda María Martínez Lloreda

**Percepción de la comunidad el Guayabo frente al impacto
ambiental y social ocasionado por la ladrillera tejár San José de Itagüí**

89

Perception of the community “el Guayabo” facing the environmental and
social impact caused by brick maker tejár San José De Itagüí

Natalia Andrea Echavarría Yepes

José Leal Valdez

Medios de control frente a los acuerdos municipales en materia tributaria

111

Means of control regarding municipal agreements on taxation

Luz Adriana Herrera Montoya

Juan Mario González Aguirre

Álvaro Tangarife Colorado

**Comparendo ambiental: políticas ambientales para el manejo de
residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica**

125

Environmental subpoena: environmental policies for domestic
solid management in the municipality of La Estrella, sector Suramérica

Beatriz Cecilia Cuartas Zapata

Ana Marcela Muñoz Gómez

María Victoria Zapata Londoño

Presentación

La Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta- se complace en publicar un nuevo número de la Revista Escenarios Estudiantiles, con el fin de socializar los escritos de Proyecto Integrador, Proyecto Línea de Investigación, Clínica Jurídica y las especializaciones que ofrece la Corporación.

En este número los lectores podrán acceder a diversidad de información en temas tales como la imagen de la mujer (estereotipo o realidad); el derecho a la vivienda digna de los habitantes de la Estación del ferrocarril en el municipio de Angelópolis; la defensa del Estado por actos del ejército; la tipificación del delito de Apartheid en el ordenamiento jurídico colombiano; medios de control en materia tributaria; y el comparendo ambiental y residuos sólidos en el municipio de La Estrella.

Como se puede apreciar, este número abarca un amplio espectro de temáticas, que busca evidenciar el proceso de formación investigativa que se surte en Unisabaneta, así como poner en consideración de los lectores asuntos que trascienden lo académico y contemplan cuestiones propias de la realidad circundante.

De esta manera, la revista Escenarios Estudiantiles es una herramienta que busca afianzar el propósito de formación integral de las personas que son partícipes de los procesos académicos en la Institución y de este modo contribuir a los debates teóricos que en la actualidad se presentan en la sociedad colombiana.

Presentation

The University Corporation of Sabaneta - Unisabaneta- is pleased to publish a new issue of the Magazine Student Scenarios in order to socialize the writings of Integrating Project, Line Research Project, Legal Clinic and specializations offered by the Corporation.

In this issue readers will have access to variety of information on topics such as the Image of Woman (Stereotype or Reality); The right to viable housing option of the inhabitants of the railway station in the municipality of Angelópolis; The defense of the State for acts of the army; Typing of Apartheid's felony in the Colombian legal system; Means of control in tax matters; and the subpoena environmental and solid waste in the municipality of La Estrella.

As it can be appreciated, this issue covers a wide range of topics, that seeks to demonstrate the process research training provided by Unisabaneta, as well as to put in readers' consideration affairs that transcend the academic and contemplate own issues of the surrounding reality.

In this way, the magazine Student Scenarios is a tool that seeks to strengthen the purpose of integral formation of the people who are involved in academic processes in the institution and thus contribute to the theoretical debates that currently occur in Colombian society.

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.

Mujer: ¿estereotipo o realidad?*

*Alejandro Ramírez Sánchez***

*Eleany Marulanda Jaramillo****

*Juan Pablo Flórez Vanegas*****

*María Fernanda Ulloa Cardona******

*Tatiana Andrea Arias Zapata******

Asesor: Sergio Andrés Giraldo Galeano

Recibido: 25 de enero 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

*“Si el día de mañana las mujeres despertaran
convencidas de que les gusta su cuerpo
¿te imaginas todas las empresas que quebrarían?”*

Gail Dines

Resumen

El presente trabajo de investigación formativa se presenta para la materia Proyecto Integrador I impartida en la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-. Allí el lector podrá encontrar, primero, la descripción del control biopolítico que se fomenta a través de la publicidad como dispositivo homogeneizador; segundo, un estudio sobre la incidencia de la publicidad en el cuerpo de la mujer como instrumento que promueve el consumismo en la globalización; y tercero, los elementos del derecho que pueden orientarse a contrarrestar la vulneración de la dignidad, que se produce con la mercantilización de la imagen corporal femenina a través de la publicidad.

Palabras clave: Capitalismo; control biopolítico; dignidad humana; mujer; publicidad.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador I del núcleo básico de fundamentación jurídica. Facultad de Derecho, 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-.

***** 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-.

Woman: ¿stereotype or reality?

Abstract

Present work of formative research is presented for the matter Integrator Project I, taught at the Law Faculty of the University Corporation of Sabaneta - Unisabaneta-. There the reader could find, firstly, the description of biopolitical control that is promoted through advertising as homogenizer device; second, a study on the influence of advertising in the body of the woman as an instrument that promotes consumerism in globalization; and third, Law items that can be oriented to counteract the violation of the dignity, that occurs with the commodification of the female body in advertising.

Keywords: Capitalism; biopolitical control; human dignity; woman; advertising.

Introducción

Debido a los cambios sociales que en la actualidad se hacen evidentes en la concepción del cuerpo de la mujer, es inevitable cuestionarse sobre como la publicidad se ha encargado de vender, promocionar y construir un ideario de cuerpo perfecto, posicionando estereotipos que dejan de lado la dignidad humana al tratar de homogeneizar a la mujer, en la medida que esta pasa a ser un objeto-cosa con el que se comercializa y se distribuyen productos y servicios. Es así como este trabajo de investigación, pretende dar respuesta al siguiente interrogante, ¿de qué manera el fomento de estereotipos femeninos a través de la publicidad, se convierte en un dispositivo homogeneizador, que incide en la concepción del cuerpo de la mujer y vulnera su dignidad?

Con el objetivo de abarcar este tema, se ha dividido la investigación en tres momentos: en primer lugar, se describirá el control biopolítico que se fomenta a través de la publicidad como dispositivo homogeneizador; en segundo lugar, se estudiará la incidencia de la publicidad en el cuerpo de la mujer, como instrumento que promueve el consumismo en la globalización; y en tercer lugar, se señalarán los elementos del derecho que pueden orientarse a contrarrestar la vulneración de la dignidad, que se produce con la mercantilización de la imagen corporal femenina a través de la publicidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta el enfoque cualitativo o comprensivo de la investigación, fundamentada en una modalidad y una técnica de revisión documental, con un instrumento el cual es la guía de revisión, se ha soportado teórica y normativamente el trabajo en la lectura de libros, documentos digitales, antecedentes, sentencias, leyes, así como en la visualización de videos y estudio de las funciones de algunas entidades u organizaciones, cuyo contenido abarca y aporta al desarrollo de los temas ejes de investigación.

El filósofo MICHEL FOUCAULT (1977), en su libro *Historia de la Sexualidad I, La Voluntad del Saber*, da a conocer como las relaciones de saber

- poder forman la “verdad” y cuadriculan la sociedad, como es el caso de la publicidad, creando cuerpos dóciles y productivos, y administrando la vida en los más mínimos detalles. “La estimulación de los cuerpos, la intensificación de los placeres, la incitación al discurso, la formación de conocimientos, el esfuerzo de los controles y las resistencias se encadenan unos con otros, según grandes estrategias de poder-saber” (Foucault M., 1977). Asimismo el filósofo italiano GIORGIO AGAMBEN (1998), manifiesta que permanentemente se crean espacios de excepción en la sociedad, en los cuales la ley se detiene en todos los sentidos y los sujetos se convierten en nuda vida a disposición del soberano y del poder, delimitando su existencia y reduciéndolos. “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”.

El poder todo lo toma como suyo, lo fragmenta, lo homogeneiza y adquiere el control de los cuerpos y de la vida. Es así como el discurso publicitario ha logrado someter a la sociedad a una indudable manipulación económica y consumista, porque como se manifiesta en el libro *La Globalización, Consecuencias Humanas*, de ZYGMUNT BAUMAN, se está viviendo en una sociedad global de consumidores, en donde los modelos de comportamiento y los estereotipos creados, invaden y afectan todos los aspectos de la vida del ser humano, llevándolo a consumir cada vez más y convirtiéndolo al mismo tiempo en mercancía; la publicidad es un dispositivo más para lograr este objetivo del capitalismo.

Para aumentar la capacidad de consumo, jamás se debe dar descanso al consumidor. Hay que mantenerlo despierto y alerta, exponerlo constantemente a nuevas tentaciones, para que permanezca en un estado de excitación perpetua; y más aún de constante suspicacia e insatisfacción permanente. (Bauman, 1999).

Respecto a lo anterior, se puede decir que la dignidad de la mujer es frecuentemente vulnerada

en esta cultura sexista y consumista, al cosificarla e instrumentalizarla para lograr unos objetivos económicos determinados: la mujer como mercancía y la mujer como cliente; entendiendo dignidad humana como “la calidad y el estado de ser valorado, honrado o respetado”, según lo expone FRANCESC TORRALBA (2005) en su libro *¿Qué es la dignidad humana?*, en el cual también se manifiesta que esta noción es polisémica y, además, se puede considerar como pre-jurídica al permear los derechos fundamentales.

Es así como en diferentes antecedentes, que se tomaron para fundamentar esta investigación, analizan cuál es el papel que cumple la mujer en la publicidad y los diferentes estereotipos sociales que aparecen en los medios de comunicación.

La violencia simbólica contenida en la publicidad televisiva, promueve condiciones de discriminación y desigualdad social contra las mujeres al establecer determinados estereotipos, roles y conductas sexistas que obstaculizan el pleno desarrollo social e individual de las mujeres según la percepción de los y las participantes. (Aguilar & Pérez, 2015).

Por otra parte, en el documental *El Cuerpo de las Mujeres - Il Corpo Delle Donne* - de la italiana LORELLA ZANARDO, se puede evidenciar la forma en que las mujeres reales están desapareciendo de la televisión, siendo reemplazadas por una representación fabricada y degradante, perdiendo con gran fuerza su condición natural, y en donde la subordinación de su libertad y decisión es enorme. “Las mujeres adultas representan una humillación para la publicidad, ya que deben esconder sus arrugas” (Zanardo, 2009).

Indudablemente lo descrito en los párrafos anteriores, refleja la realidad respecto a la concepción del cuerpo de la mujer en la sociedad, es por ello que han surgido una serie de organizaciones en pro del respeto de la mujer, una muestra de ello son los movimientos feministas y ONG’s, como las Dignas de El Salvador y FEM International, quienes se han dedicado a luchar y traba-

jar por la dignidad y los derechos de las mujeres, bien sea por ayuda directa, proyectos, campañas, investigaciones, entre otras acciones encaminadas a lograr una conciencia global.

Feministas, conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino. (Isabel Cristina Jaramillo, 2000, citado en West, 2000).

Asimismo, existen una serie de elementos normativos y organizaciones que ayudan a contrarrestar esta vulneración de la dignidad de la mujer y defender los intereses de los consumidores. Estos elementos se presentan tanto a nivel nacional como internacional; en el ámbito nacional partimos desde la Constitución Política de Colombia, la cual nos sirve de base para la defensa de los derechos y el respeto de la dignidad de la mujer, de igual manera también encontramos diferentes leyes, decretos, sentencias, instituciones, encaminadas a la protección de las mujeres en los diferentes ámbitos de la sociedad. En la parte internacional se cuenta con varias declaraciones, simposios y conferencias realizadas por diferentes países, en pro del reconocimiento de la mujer y de la importancia de su rol en la sociedad, al mismo tiempo que se crean medidas para eliminar todo tipo de discriminación y vulneración.

Para finalizar, desarrollamos las conclusiones de acuerdo a los tres momentos planteados de nuestra investigación, con las cuales se reafirma que la publicidad, como dispositivo de homogeneización, distorsiona la realidad y genera desconocimiento en la sociedad, produciendo sensaciones efímeras y limitaciones personales y sociales. “*El conocimiento esquematiza, ignora las diferencias, asimila las cosas entre sí, y cumple su papel sin ningún fundamento en verdad. Por ello el conocimiento es siempre un desconocimiento*” (Foucault M. , 1973).

1. La publicidad, como dispositivo homogeneizador que fomenta el control biopolítico

La homogeneización se ha convertido en uno de los principales objetivos y fines del poder, puesto que a partir de ella se logra la normalización de los cuerpos, comportamientos y pensamientos. Por lo tanto, nuestro propósito es dar a conocer como la publicidad se ha convertido en un dispositivo más del poder, el cual por medio de sus estrategias, discursos y elementos fomenta permanentemente el control biopolítico sobre la vida en general y la homogeneización de los cuerpos – biopolítica, entendida como el proceso mediante el cual la vida pasa a ser el centro de la política (Foucault M. , 1977) –, permitiendo y facilitando de esta manera la consolidación de los intereses de las grandes élites.

1.1. Control biopolítico

FOUCAULT expresa que el control biopolítico suprime, normaliza y disciplina a los individuos, con el fin de aniquilar su corporeidad y subjetividad por medio de una relación de saber-poder, la cual forma “verdades” que inciden en la sociedad, creando de esta manera cuerpos dóciles y disciplinados. En este sentido la publicidad constituye una herramienta de control para la conservación del poder de las grandes élites, ya que ésta ejerce dominación sobre el cuerpo, una sujeción constante de sus intereses y una alteración de su entorno.

El cuerpo humano entra en un mecanismo de poder que lo explora, lo desarticula y lo recompone. (...) Define cómo se puede hacer presa en el cuerpo de los demás, no simplemente para que ellos hagan lo que se desea, sino para que operen como quiere, con las técnicas, según la rapidez y la eficacia que se determina. La disciplina fabrica así cuerpos sometidos y ejercitados, cuerpos ‘dótiles’. (Foucault M. , 1998).

1.1.1. Relación poder, saber y verdad

Según FOUCAULT, “el poder no es una institución, y no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados; es el nombre que se presta a una situación estratégica en una sociedad dada” (Foucault M. , 1977). El poder pasa a ser omnipresente¹, es decir transversal a toda la sociedad, presente en cada aspecto de la vida, pero al mismo tiempo casi invisible –micro-poderes-, que es difícil de detectar y descubrir.

Es así como el poder desarrolla tecnologías, técnicas y dispositivos biopolíticos a través de la ciencia e instituciones, produciendo discursos más “rationales” y dando vida a una relación de saber-poder; es decir, por medio de los discursos científicos (medicina, psiquiatría, psicoanálisis, etc.) y el surgimiento de instituciones, se empezaron a desarrollar discursos que se convirtieron en “verdades”, apareciendo así las dicotomías entre lo normal y lo anormal, entre lo sano y lo insano, entre lo bello y lo feo. La relación saber-poder, expone que el que tiene el conocimiento tiene el poder y crea la realidad; la ciencia y el conocimiento se convierten en un aliado de los diferentes intereses económicos, políticos, religiosos, es decir de los diferentes poderes.

Esta relación de poder, saber y verdad, está presente en la publicidad, ya que constantemente a través de diferentes discursos e imágenes, se está promoviendo un imaginario del cuerpo de la mujer, el cual va direccionando la conducta de las mujeres a los patrones establecidos, es decir, se logra la dominación de sus cuerpos y sus mentes, con el fin de favorecer los intereses capitalistas. “Poseer el saber/poder de normalización que distingue y clasifica la normalidad o anormalidad de las conductas y las existencias, del trabajo y los afectos de la población” (Michel Foucault, 2001, citado en Ruíz, 2013).

1 Omnipresencia del poder según Foucault, “no porque tenga el privilegio de agruparlo todo bajo su invencible unidad, sino porque se está produciendo a cada instante, en todos los puntos o más bien en toda la relación de un punto con otro punto, el poder viene de todas partes” (Foucault M. , 1977).

1.1.2. Cuerpos dóciles, disciplinados y normalizados

Según lo expuesto por AGAMBEN, en su libro *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida* (1998), el poder centra su atención en la dominación, manipulación, delimitación, fragmentación de los cuerpos desde su parte biológica, porque solo reduciendo a las personas desde esta perspectiva biológica, desde su parte de ser viviente -zoé-, es posible controlar su parte política, su forma de vivir -bíos-; aspectos que son necesarios controlar y vigilar para tener cuerpos dóciles y útiles, cuerpos a la merced de los intereses del poder, cuerpos reprimidos, cuerpos doblegados sin placeres. “La disciplina se propone obtener cuerpos útiles económicamente y dóciles políticamente; la biopolítica persigue el equilibrio de la población, su homeostasis, su regulación” (Foucault M., 2008).

Ahora bien, sin lugar a dudas, del poder nace una inmensa red de dominación, una gran telaraña, en cuyo centro se pone al cuerpo y alrededor se entrelazan una serie de micropoderes —a los cuales muchas veces ni se les encuentra relación-, tales como el capitalismo, la religión, la política, la ciencia, la publicidad, la familia, el Estado, la educación, la policía, el derecho, el consumismo, la globalización, entre muchas otras técnicas, tácticas, dispositivos e instituciones de dominación, cuyo fin es normalizar, estandarizar y llevar a todos por un mismo camino; todas estas características están enmarcadas en la concepción del cuerpo como un objeto dócil, modificable y perfeccionable.

1.2. Publicidad: un dispositivo del poder

La publicidad es uno de los medios más efectivos para generar e impulsar la demanda y sus fines son básicamente comerciales, es por ello que es uno de los principales dispositivos al servicio del poder, especialmente del económico, puesto que por sus características y técnicas de persuasión logra crear “necesidades” que se vuelven casi esen-

ciales para vivir, así como introducir estereotipos y estilos de vida. Frente a esto, se puede decir que se está en un mercado activo, en una dinámica en la cual no hay descanso para el consumidor, quien se refugia en el comprar y el obtener para remediar las insatisfacciones y frustraciones fundadas por este dispositivo que controla pensamientos, comportamientos y voluntades.

La publicidad recurre a símbolos asentados pero buscando fallos en la vida de las personas, en sus comportamientos más extraños y rechazados, pero a la vez deseados o que podrían serlo con su ayuda. La actuación publicitaria no es inocente, porque lleva consigo un fin detrás, que es vender algo y las personas con baja autoestima son las que más compran (García Pérez & Curto Polo, 2009).

1.2.1. Concepto y características

La publicidad es hacer público algo:

[...] es hacerlo manifiesto, visto, sabido por todos. El término suele asociarse a la divulgación de anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, usuarios o espectadores. En este sentido la publicidad informa las bondades de un producto o servicio a la sociedad en el sentido de motivar el consumo. (Aguilar & Pérez, 2015).

Pero esta función de divulgación de la publicidad, no tiene un carácter simplemente informativo, sino que está cargada de elementos de persuasión, seducción, sugestión, atracción, estimulación, afirmación e inducción, con el fin de canalizar los pensamientos y actos de los receptores hacia el consumo. Es así como la publicidad logra introducirse en el subconsciente de las personas mediante técnicas emocionales y argumentativas, que llevan a un convencimiento pleno que hay que comprar, consumir, seguir los estereotipos fijados para poder alcanzar la felicidad y el bienestar.

Para esta investigación, la publicidad en general —visual, auditiva, audiovisual— en un mercado inundado de competencia, la s tomó como un

dispositivo que utiliza el cuerpo de la mujer no solo para estimular el consumo mediante la creación de necesidades y deseos, sino también para establecer modelos sociales y valores colectivos que hacen más fácil el control y dominación por parte del poder. “Uno de los principales juegos creativos de la publicidad consiste en equiparar objetos y sujetos. La asociación de cualidades materiales a individuos configura un estereotipo muy característico de la publicidad” (García Pérez & Curto Polo, 2009).

1.2.2. Dispositivo Homogeneizador

La homogeneización conlleva a que todos sean iguales, a la normalización, no solo de los individuos, sino también de sus comportamientos y pensamientos, los cuales son direccionados a fines o deseos ya establecidos, valiéndose de diferentes técnicas y tácticas, para la dominación de su cuerpo y su mente, es así como la creación de diferentes instituciones -colegios, fabricas, hospitales, ejército, entre otros- garantiza la sujeción del individuo a las normas establecidas y aseguran el éxito del orden social.

El ser humano no ha sido soberano de su vida o de su muerte, no tiene potestad sobre éstas; ellas le son ajenas en la medida en la que están fijadas por el poder y el saber y mediadas para tal fin por dispositivos de control, [...] ahora se está en presencia de una relación condicionada e indirecta en la que el individuo cree que tiene libertad y potestad sobre su vida y su muerte, en tanto el poder solo interviene como un medio para que el individuo y la especie se multipliquen y sean útiles para los fines del poder. (Foucault M., 2007).

Es así como la publicidad se convierte en un dispositivo homogeneizador, al definir y establecer las características corporales que debe tener la mujer para sobresalir en la sociedad, de igual manera la publicidad no solo modifica el pensamiento sobre la apariencia del cuerpo, sino que a la vez modifica la percepción que se tiene del entorno. “La comunicación, en particular los me-

dios encargados de administrarla, son un buen espejo donde se refleja las convicciones sociales, a la par que ellos mismo contribuyen a homogeneizar y ejercer su hegemonía imprimiendo una determinada imagen de la realidad” (Suarez, 2006).

- **Construcción de modelos físicos y estilos de vida: estereotipos**

Desde sus inicios la publicidad ha tomado la figura femenina como instrumento para la comercialización de bienes o servicios, así mismo como herramienta para la construcción de realidades en el imaginario de estas, la cual a través de sus diferentes imágenes, proclama figuras esbeltas y perfectas, que son imitadas y materializadas por las mujeres del común, distorsionando física y psicológicamente la concepción de su cuerpo. “Tanto la figura de la mujer como la del hombre aparecen perfectas, musculadas y atractivas. Lo que no es normal es que se reitera la idea de que sólo con un aspecto como este las personas podrán sentirse orgullosas”. (García Fernández & García Reyes, 2004).

Es así como se ve que la publicidad crea estereotipos con unos parámetros físicos casi inmutables -la mujer alta, delgada, voluptuosa, facciones delicadas, cabello largo, postura erguida, abdomen plano, cuerpo bronceado, entre otros aspectos-, características que van unidas a unos estilos de vida; es decir, los estereotipos presentados en la publicidad van ligados a una forma de vestir, comer, pensar, actuar, comprar, entre otras actividades, validados por diferentes micropoderes presentes en la sociedad, como la medicina, la higiene, el deporte, la belleza, logrando con esto una homogeneización del individuo y coartando su capacidad de decisión.

2. La incidencia de la publicidad en el cuerpo de la mujer, como instrumento que promueve el consumismo en la globalización

Si se mira el entorno, es evidente que se está en una sociedad fundamentada en el consumo,

en el tener más y más, olvidando así el ser. Se vive en una cultura esclavizada de todo aquello que el poder, el cual tiene presencia y dominio global, ha establecido como la “verdad”, como lo bueno, lo sano, lo bello, lo que da la tan ambicionada felicidad y el reconocimiento social. En este capítulo se desarrollará, siguiendo los ejes de investigación, cómo la publicidad influye en la concepción del cuerpo de la mujer, promoviendo un consumismo casi desmedido en un mundo globalizado.

En su libro, Trabajo, Consumismo y Nuevos Pobres, BAUMAN señala que:

En una sociedad de consumo bien aceptada, los consumidores buscan activamente la seducción. Van de una atracción a otra, pasan de tentación en tentación, dejan un anzuelo para picar en otro. Cada nueva atracción, tentación o carnada, es en cierto modo diferente -y quizá más fuerte- que la anterior. (Bauman Z., 1999).

2.1 La influencia de la globalización

En los últimos años se habla de que está en una “aldea global”², a través de la cual se ha vivido una gran transformación en la manera de percibir las sociedades y su entorno. La influencia de este proceso histórico de integración mundial ha sido inmensa, puesto que aparte de estimular la circulación de bienes y servicios entre países, el aumento de inversiones extranjeras, el desarrollo tecnológico, la acumulación de capital en los países más ricos, entre otros aspectos; ha provocado la pérdida de las identidades culturales tradicionales dando paso a la adopción de una cultura global, a través de la cual se ha logrado homogeneizar los cuerpos, los gustos, los valores, las necesidades e insatisfacciones, entre otras consecuencias humanas. Por lo tanto, la globalización neoliberal obedece a los intereses y consolidación del capitalismo, de la necesidad de expandir el flujo y las transacciones comerciales para su beneficio.

Es así como en su libro, La Globalización: Consecuencias Humanas, BAUMAN manifiesta que:

La globalización está en boca de todos, pero la palabra se ha transformado rápidamente en un fetiche... Algunos consideran que la globalización es indispensable para la felicidad, otros, que es la causa de infelicidad. No obstante, muchos consideran que es el destino ineluctable del mundo, que afecta de la misma manera y en idéntica medida a la totalidad de las personas. Nos están globalizando a todos [...]. (Bauman Z., 1999).

2.2 Significado y consecuencias

Sin lugar a dudas, en los últimos años se ha evidenciado un fenómeno, un proceso a nivel mundial, el cual no solo ha permitido una interconexión entre los diferentes países y culturas, en los diversos ámbitos: político, económico, social, judicial, educativo, tecnológico, entre otros; sino que ha producido un gran cambio en la lógica y en la concepción de la forma de vivir. “Nos guste o no, por acción u omisión, todos estamos en movimiento. Lo estamos aunque físicamente permanezcamos en reposo: la inmovilidad no es una opción realista en un mundo de cambio permanente”. (Bauman, 1999).

A este fenómeno o proceso se le conoce como globalización, el cual ha dinamizado el mundo y sus relaciones, se está en un constante movimiento, a partir del cual conceptos como tiempo, distancia, desplazamiento y fronteras “físicas” desaparecieron, y en donde aspectos como la información y la tecnología se hicieron más accesibles –disponibles para todos y en cualquier momento–, sumergiendo en una permanente aceleración por comprar, consumir, obtener y gastar.

Es así como la globalización se ha convertido para la élite global, en un dispositivo más para expandir su poderío, puesto que con la integración

2 El filósofo Marshall McLuhan introdujo el término “aldea global” en su libro Understanding Media en 1964, para describir la interconexión humana a escala global generada por los medios electrónicos de comunicación.

de mercados es evidente la desregulación por parte de los Estados, en donde prevalece la acumulación flexible y la formación de bloques económicos, los que de una u otra forma imponen las reglas y políticas para beneficio propio. En otras palabras, con la globalización los Estados han perdido toda capacidad de decisión, y siempre están al servicio de estas élites económicas, la cuales pueden moverse tranquilamente por este “mundo líquido”³ y sin límites.

Frente a esto, BAUMAN refiere que:

[...] si los encargados de un orden local se vuelven demasiado entrometidos y molestos, siempre se puede apelar a las leyes globales para cambiar los conceptos del orden y las reglas del juego locales. Y, desde luego, si el ambiente en la localidad se agita demasiado, siempre existe la opción de partir; ‘la globalización’. (Bauman Z. , 1999).

Teniendo en cuenta las anteriores características, es evidente que esta supuesta dependencia de unos con otros se convierte en una paradoja, al beneficiar mucho a pocos y al excluir a la mayoría, puesto que todos los eslabones que se entrelazan a nivel global se construyen con base en los intereses de estos “pocos”, sin importar los perjuicios que se le causan a estos “muchos”. La globalización es un proceso en constante desarrollo del cual indudablemente no se puede salir o hacer parar, por eso:

[...] la pregunta no es cómo revertir el curso del río de la historia, sino más bien cómo combatir la miseria humana que contamina sus aguas, y cómo reconducir su curso para lograr una distribución más equitativa de los beneficios que arrastra” (Bauman Z. , 2004).

2.3 Sociedad global de consumidores

Si se analiza este gran proceso de la globalización, se puede observar que sus dinámicas ba-

sadas en el beneficio de los poderes económicos, entre ellos las multinacionales, han producido una sociedad global de consumidores. Hoy en día se vive en un entorno en el cual solo importa lo nuevo, lo estético y lo tecnológico, en donde el concepto de utilidad pasó al último plano; el hecho de poder contar con más información y en todo momento, de poder intercambiar experiencias, culturas, marcas, gustos, entre otros aspectos, han provocado que las personas solo estén pensando en consumir, tanto a nivel local como translocal, puesto que con la tecnología y el internet todo es fácil y rápido –no importa lo lejos que pueda estar el producto, se cuenta con diferentes formas de pago, se puede realizar a cualquier hora, se encuentra de todos los precios-.

Por otro lado, “la globalización arrastra las economías a la producción de lo efímero, lo volátil, mediante una reducción masiva y generalizada del tiempo de vida útil de productos y servicios”. (Bauman Z. , 1999), es así como la obsolescencia programada⁴ es una realidad en los productos que se adquieren, los cuales están diseñados para ser reemplazados rápidamente, y de esta forma acelerar los momentos de compra y consumo. Las personas están sumergidas en esta lógica global, en donde la oferta es tan amplia y proviene de tantas partes, que la demanda, si no existe, se tiene que crear a cualquier costa y por diferentes medios, se vive rodeado de “telarañas” que están siempre disponibles para atrapar a sus “presas”.

En este punto no se puede dejar de mencionar la publicidad, la cual es una de las principales protagonistas y medios en la promoción del consumismo, puesto que con su gran capacidad de persuasión y seducción, no necesita aplicar la coerción para lograr sus objetivos, los cuales, sin duda, están enfocados a generar necesidades que son realmente “innecesarias”, pero que se vuelven casi vitales para el estilo de vida que ha sido impuesto.

3 Término introducido por el filósofo, sociólogo y ensayista polaco Zygmunt Bauman, para referirse a la globalización.

4 Entendiéndose por obsolescencia programada, como la determinación de la vida útil de un producto.

2.4. El fenómeno del consumismo

El consumismo se puede definir como el fenómeno y la acción desmedida en adquirir bienes y servicios sin que realmente sean necesarios o esenciales, simplemente por moda, gusto o status, generando falsas sensaciones de bienestar y saciedad temporal. Si se analiza alrededor, se cae en la cuenta de que el consumismo está presente en todas partes y en todos los niveles, invadiendo de manera global los diferentes aspectos de la vida, puesto que está tan arraigado este fenómeno en la sociedad que cabe preguntarse: ¿las personas están consumiendo para poder vivir? o ¿las personas están viviendo para poder consumir permanentemente?, y sin lugar a dudas se puede responder que están viviendo para consumir, puesto que los seres humanos están totalmente sumergidos en esta dinámica capitalista a partir de la cual el poseer se vuelve en el único fin.

Así es como BAUMAN en su libro, *Mundo Consumo: Ética del individuo en la aldea global*, realiza unas apreciaciones que se consideran de amplia importancia para comprender este dilema:

Vivimos hoy en una sociedad global de consumidores y los patrones de comportamiento del consumidor afectan inevitablemente a todos los demás aspectos de nuestra vida, incluidos el trabajo y la vida familiar. Actualmente, todos nos sentimos presionados a consumir más y, de paso, nos convertimos en mercancías de los mercados de consumo y de mano de obra. (Bauman Z. , 2009).

2.5 Herramienta del capitalismo

Sin lugar a dudas, la publicidad, la globalización, el consumismo, entre otras realidades y procesos, son dispositivos que benefician a sistemas económicos como el capitalismo, el cual se fundamenta en el capital como medio de producción, en la propiedad privada, en la explotación de la fuerza de trabajo, en la acelerada producción, en la desregulación, entre otros elementos que se han caracterizado por generar desigualdades económicas y sociales, y como contraparte,

por aumentar el poderío de aquellos que tienen el dominio de los medios de producción, quienes los que al fin y al cabo son los que terminan controlando todas las esferas.

El capitalismo para poder sobrevivir y consolidarse ataca diferentes frentes, ya que no solo se ha encargado de controlar la mano de obra con la introducción de cuerpos dóciles, útiles y sanos al sistema productivo, sino también de su mantenimiento por medio de herramientas como el crédito y el consumismo. La mayoría de las personas en la actualidad se dedican a consumir y adquirir por medio de préstamos sus bienes y/o para satisfacer sus necesidades, lo que garantiza que no se salgan de esta lógica, de este círculo vicioso. Es por ello, que se puede afirmar que el capitalismo es un sistema “vividor”, necesita exprimir y explotar a los demás para poder prosperar, y es así como ha tenido que acoplarse a los cambios de la historia, se ha ido reinventando pero sin dejar a un lado su esencia, invadir la vida con imposiciones desde el sistema de producción.

Un ejemplo claro de estas mutaciones es el uso de la tecnología, la cual es utilizada en la actualidad por el capitalismo para conocer más a fondo a los consumidores y de esta forma contar con toda la información necesaria para poderlo sumergir en un mundo lleno de necesidades.

Según BAUMAN las personas están siendo vigiladas y observadas, dado que:

Nuestros cuerpos están conectados con las redes, las bases de datos, las autopistas informáticas; por ello, esos sitios de almacenamiento de información donde nuestros cuerpos están, por así decirlo “sujetos informáticamente”, ya no sirven como un refugio donde uno no pueda ser observado ni un bastión en torno del cual se pueda erigir una línea de resistencia. (Bauman Z. , 2004).

En síntesis, el capitalismo moderno fomenta el consumismo refugiándose en varios “caballos de batalla”, como es el caso de uno de los ejes de investigación adoptados, el discurso de la belleza física por medio de la construcción de estereoti-

pos, llevando a la conformación de personalidades narcisistas, las cuales se enfocan en comprar todo aquello que los acerque al ideario de perfección, a mejorar la autoestima y, por ende, a obtener el tan vendido éxito social.

Creación de necesidades e insatisfacciones permanentes: Los consumidores son acumuladores de sensaciones en la búsqueda de satisfacer sus necesidades e insatisfacciones, que en el entorno inundado de mensajes, información, marcas, discursos y “verdades” creadas, son indudablemente permanentes, siempre se quiere más y más, no hay saciedad; se obtiene lo nuevo e inmediatamente aparecen otros deseos o supuestas necesidades.

Teniendo en cuenta el objeto de investigación, es importante resaltar como esta estimulación de nuevas necesidades y creación de estereotipos por medio de dispositivos como la publicidad, han ido construyendo una serie de categorías o valores de tipo socioculturales en cuanto a la concepción del cuerpo de la mujer, lo que ha producido un acelerado consumismo, puesto que la oferta es realmente amplia: productos alimenticios light, gimnasios, cirugías plásticas, ropa de todos los estilos, zapatos, máquinas para hacer ejercicio, productos para adelgazar, centros estéticos, tratamientos, productos cosméticos y farmacéuticos, y todo aquello que permite rendirle culto al cuerpo en una sociedad vanidosa, pasiva y consumista, en donde el concepto de cuerpo se transformó en un conjunto de elementos independientes que deben ser a toda costa armoniosos. “Nuestro cuerpo es ya casi desechable. No importa realmente la capacidad física de nuestro cuerpo. Atrae más su “forma”, no las formalidades”. (De La Parra, 2002).

Es precisamente estos estereotipos que promueven determinados valores como características positivas de belleza en la mujer, los que crean un desmedido consumismo e incitación por parecerse a los modelos de referencia utilizados en la publicidad, introduciéndose en todos los aspectos de la vida y del cuerpo, afinando así a la felicidad en elementos netamente materiales y efímeros.

2.6 Relación mercancía – cliente

La publicidad en su función de dar a conocer objetos, servicios, contenidos, discursos e ideologías, se ha encargado de establecer una relación, una dicotomía: la mujer como mercancía y como cliente. Por un lado el cuerpo de la mujer es tomado con una mera estructura u objeto mercantil para promocionar diferentes productos; es decir, el cuerpo de la mujer reducido a un instrumento de mercantilización, a un adorno, a una herramienta de persuasión; y, por otro lado, la mujer es percibida como una de las principales receptoras de los mensajes de la publicidad, convirtiéndola en la máxima compradora y consumidora. “Hay que decir que, desde sus orígenes, las técnicas publicitarias han considerado a la mujer como la más hermosa de sus conquistas; pero también la han visto como el mejor medio para conseguir sus fines propios”. (García Fernández & García Reyes, 2004).

La publicidad presenta unos estándares de belleza, proyecta cánones de mujer bastante alejados de la realidad, y es debido a esto que se produce un consumo de objetos, marcas, ideas y demás. Es así como la mujer, siguiendo estos idearios, se convierte en una compradora compulsiva y esclava de la belleza; el poseer para ellas las hace sentirse más seguras de su ser y de sus vidas, aumentando “mágicamente” su autoestima.

Según el estudio de audiencias de septiembre de 2014, de Barlovento Comunicación, en el Top 20 de anunciantes:

Las marcas L’Oreal y Garnier -dos de los productos más importantes en tratamientos faciales y para el cabello del mundo- son la tercera y cuarta -respectivamente- con mayor venta, y la séptima es Nivea. Los anuncios relacionados con belleza e higiene, solo están por detrás de la alimentación. Hay más spots de cosméticos o perfumes que de cultura, seguros, telecomunicaciones, productos de limpieza y hasta de vehículos.

A este punto es importante conocer el concepto de **Violencia Simbólica** el cual fue intro-

ducido por el sociólogo PIERRE BOURDIEU en la década de los 70, quien lo define como “esa violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales, apoyándose en unas expectativas colectivas, en unas creencias socialmente inculcadas”. (Bourdieu, 1999).

Es evidente que en la publicidad este tipo de violencia se hace presente de manera frecuente en contra de las mujeres, puesto que al estar marcados por una cultura de dominación patriarcal –dominación que incide en la forma de percibir el mundo, de relacionarse, en el desarrollo de los roles sociales, de las estructuras mentales-, se convierte en algo casi “normal” e invisible el observar mensajes o signos de discriminación, desigualdad y subordinación de la mujer con la mercantilización de su cuerpo.

Es así como la violencia simbólica no se logra identificar fácilmente en la publicidad, al ser una “violencia amortiguada, insensible, e invisible para sus propias víctimas, que se ejerce a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación y el conocimiento, más exactamente el desconocimiento” (Bourdieu, 2000); pero así como es de imperceptible es de efectiva, ya que va naturalizando determinadas conductas, actitudes y comportamientos tanto en el género masculino -dominante-, como en el género femenino -el dominado-. No se necesitan golpes ni fuerza para discriminar, desvalorizar, deshonorar y humillar.

Ahora bien como se expresa en la investigación, *La Mujer en la Publicidad*, desarrollada por la Universidad de Salamanca:

[...] este tipo de violencia simbólica es mucho más peligrosa que la explícita porque es una violencia más dulce y nos envuelve y tendemos a idealizar. Los símbolos que se pueden ver en los medios de comunicación son de todo tipo por ejemplo entre violencia y erotismo, entre violencia y sexo o entre violencia y belleza. (García Pérez & Curto Polo, 2009).

La violencia que muestra la publicidad sexista con el uso del cuerpo de la mujer, es una violencia

que se mueve más en el campo de la sugerencia, insinuación, excitación, seducción, puesto que aparte de la representación del cuerpo como una cosa y como un objeto mercantil, se centra en provocar e inducir a las mujeres a las intervenciones físicas y/o materiales para obtener el cuerpo que exige la sociedad y en especial, el que desea el género masculino; un cuerpo que pasa al fin y al cabo a ser un producto más a la venta.

Frente a esta realidad, en el documental *Il Corpo Delle Donne*, se resalta:

La televisión hoy roba, afea, mina el paisaje de la conciencia de todos, nos quita las raíces y los fundamentos. Rostros reducidos a máscaras por las cirugías estéticas, cuerpos inflados en exceso como fenómenos de circo, que nos envía a una idea de mujer falsificada e irreal; la presencia de la mujer en la televisión es una presencia de cantidad, raramente de calidad. (Zanardo, 2009).

2.7 El cuerpo de la mujer en la publicidad

La representación que ha tenido la mujer en la publicidad se basa generalmente en tópicos negativos, ya que constantemente se hace una relación de mujer-objeto-cosa, es decir, la mujer es cosificada e instrumentalizada, conceptos como la ridiculización y la deshumanización se hacen presentes en sus contenidos, dejando a un lado aspectos referentes a sus cualidades, gustos o capacidades; se realiza una construcción del cuerpo de la mujer desde una perspectiva masculina.

2.8 Representación de la mujer

Si se mira la representación que ha tenido la mujer a lo largo de la historia de la publicidad, se puede decir que se ha limitado a darle un trato discriminatorio al reducirla a papeles netamente convencionales, superficiales y sin ningún tipo de especialidad; es así como se hace presente la predominación de la cultura patriarcal en la sociedad, en donde la mujer generalmente se muestra al servicio de las satisfacciones y necesidades de

los hombres y/o hijos, como una servidora doméstica, ama de casa, esposa, compañera, madre, protectora.

Es así como en el artículo denominado, *Los Estereotipos de Mujer en la Publicidad Actual*, publicado en la revista *Questiones Publicitarias*, se señala que:

La mujer y el hombre tienen asignadas una serie de funciones en la sociedad que comienza en la vida familiar, donde se produce una socialización de género que va a prolongarse en otros ámbitos sociológicos. La publicidad es un instrumento que determina buena parte de las relaciones sociales y ayuda a establecer un status que, en muchos casos, refleja las verdaderas diferencias en las relaciones de poder que se dan entre los dos sexos. (García Fernández & García Reyes, 2004).

Sin embargo, es importante resaltar que con las actuales cambios de roles que se han presentado en el entorno, en donde la mujer ha pasado a un ambiente laboral, la publicidad ha tenido que ir evolucionando a la par, mostrando a una ama de casa no tan “esclava” de las actividades domésticas para poderse ocupar así de sus responsabilidades laborales; pero una característica de esta representación de la mujer en el ámbito laboral es que casi siempre se le asignan ocupaciones de menor importancia que las de los hombres: recepcionista, no jefe; enfermera, no médico; azafata, no piloto; cocinera, no chef, entre otros ejemplos que se pueden encontrar en la cotidianidad, generando así relaciones de dominación y subordinación.

Asimismo, una de las principales representaciones de la mujer en la publicidad y que valida lo expuesto a lo largo del trabajo, es como símbolo de belleza y objeto de deseo, infravalorando el género femenino al desconocer sus verdaderas cualidades y características.

En la investigación, “El Efecto AXE” y la recepción de la violencia simbólica contra las mujeres, desarrollada por la Universidad de El

Salvador y publicada por la ONG Las Dignas, se manifiesta que:

Las mujeres en la publicidad son el equivalente a una mercancía más, las mujeres no tienen valor como seres humanos, sino por su apariencia física y como objetos sexuales, como un accesorio que el hombre puede lucir o presumir ante los demás de su género, las mujeres en la publicidad son incubadoras, domésticas y no seres humanos con los mismos derechos y libertades que un hombre. (Aguilar & Pérez, 2015).

3. Los elementos del derecho que contrarrestan la vulneración de la dignidad en la mercantilización de la imagen corporal femenina a través de la publicidad

Frente a realidades como la mercantilización del cuerpo de la mujer a través de la publicidad y la dominación de una cultura patriarcal en la sociedad, en donde la vulneración de la dignidad de esta es permanente pero al mismo tiempo está naturalizada, volviéndose casi invisible, se hace necesario preguntarse y conocer los elementos del derecho y las diferentes luchas políticas y sociales que se han realizado para contrarrestar estas prácticas que promueven la discriminación y la violencia. Es así como se darán a conocer los derechos que son transgredidos al utilizar el cuerpo de la mujer como un medio para obtener los fines económicos del poder y las diferentes herramientas que se han utilizado, y que por ende sirven de referente para combatir este trato indigno y denigrante de la mujer.

El jurista ROBERTO ANDORNO en su artículo, *La Dignidad Humana como Noción Clave en la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano*, señala que:

Aunque no exista consenso acerca del fundamento último de la dignidad humana, puede afirmarse que con este concepto nos referimos habitualmente al valor único e incondicional que reco-

nocemos en la existencia de todo individuo, independientemente de cualquier cualidad accesoria que pudiera corresponderle. Es su sola pertenencia al género humano lo que genera un deber de respeto hacia su persona. (Roberto Andorno, 2001, citado en Torralba, 2005).

3.1 La vulneración de la dignidad de la mujer

A pesar que el concepto de dignidad ha tenido varias acepciones durante la historia y se ha catalogado como ambiguo al relacionarlo con diferentes nociones como el honor, el valor, el respeto, la autonomía, la autodeterminación, la libertad, el decoro, la decencia, el pudor, entre otros; se puede afirmar que “toda persona, tiene una dignidad intrínseca [...] toda persona es digna per se, de ahí se desprende que la comunidad, las instituciones y el Estado deben velar por su protección y por su promoción”. (Torralba, 2005).

Para ROBERTO ANDORNO, uno de los bioeticistas que más ha trabajado sobre la dignidad, asume esta noción como un gran valor adquirido y asumido en la sociedad, el cual está ligado a la relatividad del bien:

La idea de dignidad constituye uno de los pocos valores comunes de las sociedades pluralistas en que vivimos... En efecto, el principio de dignidad es comúnmente aceptado como la base de la democracia y su razonabilidad permanece indiscutida a nivel jurídico y político. (Roberto Andorno, 2001, citado en Torralba, 2005).

Por lo tanto, el recibir una consideración o un trato menor al que se merece en condición de ser humano, es recibir una indignidad, lo que se puede ver reflejado en prácticas como la instrumentalización, la injusticia, la cosificación, la violación de la intimidad, la humillación, la discriminación, el menosprecio y la violencia.

Frente a lo anterior, se puede decir que la publicidad constantemente vulnera la dignidad de

la mujer, puesto que por un lado la cosifica con fines económicos, reduce su cuerpo a un objeto mercantil, y, por otro lado, establece estrategias y estereotipos para crearle necesidades e insatisfacciones y de esta manera intervenir en su estilo de vida y forma de vivir; la publicidad coarta la libertad de la mujer y su capacidad de decisión a través de sus diferentes técnicas y tácticas de persuasión y seducción.

3.2 Derechos humanos transgredidos con la mercantilización de la imagen corporal femenina en la publicidad

Cuando se manifiesta que el ser humano debe ser tratado con dignidad, se hace referencia a que debe ser tratado con respeto, considerando cada uno de sus derechos humanos. Según el teólogo JÜRGE MOTLMANN, “la raíz y el lazo común de los derechos humanos es la dignidad humana, la cual es una e indivisible [...] con ella se designa la cualidad del ser humano” (Moltmann, 1977).

Es así como a través de la vulneración del principio de la dignidad en la mercantilización de la imagen corporal femenina en la publicidad, se transgreden paralelamente varios derechos fundamentales:

3.2.1 Derecho a la igualdad y a la no discriminación

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-590/96, refiere que:

Todos los ciudadanos están en igualdad de condiciones frente a la ley, el cual se traduce en igualdad de trato e igualdad de oportunidades para todos. Del respeto al derecho a la igualdad depende la dignidad y la realización de la persona humana. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación

objetiva y razonable” (Corte Constitucional, 1996).

En la publicidad se hace evidente el trato desigual y discriminatorio de la mujer, se vive en una cultura patriarcal, en la cual sobresale, por un lado, la idea de la independencia, liderazgo, dominación e intelectualidad del hombre, y por otro lado, la idea de compasión, debilidad y sumisión de la mujer, creando prejuicios y estereotipos sociales entre los géneros. Es así como a través de este dispositivo, esta cultura de dominación se mantiene, y la mujer no solo es considerada como un objeto a disposición de los hombres, sino que es mostrada como un ser superficial e incapaz de ejercer ciertos roles en la sociedad.

3.2.2. Derecho a la honra

Abordando este derecho desde la perspectiva de la Corte Constitucional, se señala que:

La estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. Puso de presente la Corte que, en este contexto, la honra es un derecho “[...] que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”. (Corte Constitucional, 2002).

La mujer en la publicidad es deshonrada en sus diferentes prácticas, puesto que al ser cosificada, mercantilizada y homogeneizada, recibe una consideración y un respeto menor al que se merece, puesto que no es valorada por sus cualidades humanas, intelectuales y profesionales; es decir, no es reconocida por sus reales cualidades de género y por sus particularidades como ser humano, sino que es reducida a un objeto comercial “bello”, en donde predomina una participación de forma pero casi nunca de fondo.

3.2.3. Derecho a la integridad personal

Para la Corte Constitucional, “consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal” (Corte Constitucional, 1994).

Este derecho es vulnerado con el fomento de estereotipos en la publicidad, puesto que tanto la integridad del cuerpo como de la mente de la mujer se ve violentada por la degradación en los espacios publicitarios, en los cuales no solo la mujer es deshumanizada, sino también por medio de sus mensajes explícitos e implícitos, se incide en las constantes transformaciones corporales de la mujer y la coacciona disimuladamente en el desarrollo de sus verdaderas convicciones y creencias.

3.2.4. Derecho a una vida libre de violencia

La ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, establece el objeto de la adopción de dicha ley en su artículo primero, que corresponde a:

[...] garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización.

Y en su artículo segundo presenta una definición de violencia contra la mujer, entendida como “[...] cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos”.

Frente a lo anterior se puede decir que, la violencia se hace presente en la publicidad, pues-

to que no son necesarias las lesiones o marcas físicas para ser víctima de violencia; también se es víctima por medio de la humillación, del trato indigno y deshonroso, de la burla, de la cosificación e instrumentalización, entre otros. Es así como la mujer con la mercantilización de su cuerpo y con la imposición de estereotipos es constantemente violentada de una manera simbólica, la cual es casi invisible e imperceptible, naturalizándose y volviéndose en una de las principales características de esta cultura patriarcal, en la cual sobresale la agresividad y la dominación.

3.2.5 Derecho a la autonomía y libre determinación sobre el propio cuerpo

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-336/08, manifiesta que este derecho:

Busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. (Corte Constitucional, 2008).

Con la publicidad, este derecho en el entorno es limitado a su más mínima expresión, puesto que por medio de los diferentes estereotipos y estilos de vida impuestos por este dispositivo, la mujer pierde todo poder de decisión y autonomía sobre su cuerpo e imagen; es tanta la influencia y dominio de la publicidad, que logra introducir en el inconsciente de la mujer y en la sociedad en general, inclinaciones, necesidades y deseos acordes a sus intereses de homogeneización y control. La mujer pierde todo poder de autodeterminación, ya que para recibir aceptación social sigue los modelos construidos de belleza y éxito, y no

sus reales convicciones; es decir, no es libre, se vuelve una esclava de los estereotipos, de la moda y del consumismo, para así alcanzar el ideario de cuerpo perfecto.

3.3 Elementos del derecho que contrarrestan la vulneración de la dignidad de la mujer

En vista de la vulneración que se presenta en la publicidad con respecto al uso del cuerpo de la mujer, se hace necesario revisar y conocer, qué elementos o herramientas brinda el derecho a nivel nacional para contrarrestar esta violación, dando lugar con esto a la creación de diferentes normas e instituciones en pro de la defensa de los derechos de la mujer y para controlar las prácticas de la publicidad; entre ellos se pueden encontrar:

- La Constitución Política de Colombia en su artículo primero, cataloga a la dignidad humana como un valor supremo y fundamental que permea los demás derechos, es decir, este principio en nuestro país es considerado como un principio guía que toda regla debe emanar.
- La Alta Consejería para la Equidad de la Mujer (ACPEM) –surgió mediante el decreto 519 de 2013–, la cual busca establecer mecanismos que velen por el pleno goce de los derechos de la mujer.
- Ley 051 de 1981, por medio de la cual se aprueba la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor–, la cual tiene como objetivo proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto por su dignidad e intereses económicos.
- El Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria, el cual busca regular la acción de la industria publicitaria, mediante la adopción de principios universales como la decencia y

honestidad, y en el respeto de los derechos del consumidor y de los competidores.

- La Autoridad Nacional de Televisión – ANTV-, adoptada mediante la Ley 1507 de 2012, que tiene como fin principal vigilar el servicio de televisión, garantizando al televidente una información competente y eficaz, al mismo tiempo que constituye el canal de comunicación entre los usuarios y la opinión pública.

De igual forma se debe analizar el ámbito internacional, ya que el ser humano está inmerso en un mundo globalizado y expuesto constantemente a recibir información publicitaria de todas partes del mundo, por lo que se hace necesario observar los diferentes espacios que se han creado a nivel mundial en la lucha contra la discriminación de la mujer, espacios como conferencias, simposios y plataformas, donde participan diferentes gobiernos comprometidos a trabajar por la dignidad e igualdad de la mujer; algunos de ellos son:

- Plataforma de acción de Toronto, 1995; auspiciada por la UNESCO y las Naciones Unidas. “El documento recoge una lista de acciones a corto y largo plazo dirigidas a las industrias mediáticas, las asociaciones profesionales de medios de comunicación, las instituciones educativas y de capacitación de los medios, los gobiernos, y otros” (García Pérez & Curto Polo, 2009).
- Declaración de Beijing y plataforma para la acción. IV Conferencia mundial sobre las mujeres. Beijing (China), 1995.

Las recomendaciones contenidas en ella ampliaron los horizontes referenciales de las sociedades y los estados en relación a los derechos de las mujeres y el reconocimiento de su diversidad, y nos dejaron una agenda concreta para exigir e interactuar con el Estado y la sociedad. (García Pérez & Curto Polo, 2009).

3.4 Lucha política y social por la dignidad

A lo largo de la historia han surgido diferentes movimientos políticos y sociales, que buscan contrarrestar la vulneración de la dignidad y de los derechos de la mujer, entre ellos se resaltan los movimientos feministas, los cuales han estado en constante lucha para eliminar las relaciones de dominación y subordinación a las que se ve expuesta la mujer a causa de la cultura patriarcal. Es así como surge la búsqueda feminista, a nivel nacional e internacional, por la igualdad, el respeto y la inclusión a través del derecho, logrando un reconocimiento social y una participación política.

Así, las feministas se acercan al derecho no sólo por el interés personal o colectivo de lograr unos avances o unas prebendas, aunque sin duda esa es una dimensión importante; se acercan también porque las certezas morales del derecho le dan sentido a sus vidas. El derecho entonces es un lenguaje que al nombrar la vida social también la crea y no sólo a través de significados sino también de actividades concretas. (Lemaitre, 2011).

Aunque estos movimientos feministas surgieron en Colombia aproximadamente en los años 50 para reclamar aspectos puntuales e importantes como el voto y la educación, es en los años 80 y 90 que estas organizaciones empiezan a estructurarse y organizarse, pudiendo actuar de manera coordinada y unificada, plantear acciones estratégicas y beneficiarse haciendo un uso alternativo del derecho, es decir, valiéndose de la juridicidad estatal e instituciones para identificar los vacíos e incoherencias existentes y así trabajar para cerrar estas brechas utilizando el derecho como un arma liberación y emancipación.

Es así como JULIETA LEMAITRE en el libro, *El Derecho como Conjuro*, expone que:

El acercamiento al derecho y al Estado en los años noventa caracterizó no sólo al femi-

nismo colombiano, sino también al de otros países y regiones. Las organizaciones crecieron y crearon nuevas alianzas y ejecutaron proyectos y programas con el respaldo del Estado. (Lemaitre, 2011).

Si bien es cierto que se han logrado en los últimos años grandes avances en la inclusión de la mujer en la sociedad, no se puede dejar de reconocer que el derecho ha sido creado, manejado y controlado por el género masculino, lo que en cierta medida ha dificultado la total acción y resultados de los movimientos feministas, los cuales están sumergidos en esta cultura patriarcal.

Frente a lo anterior, ISABEL CRISTINA JARAMILLO en su artículo, *La Crítica Feminista al Derecho*, señala que:

Se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres. [...] el derecho, como producto de sociedades patriarcales, ha sido construido desde el punto de vista masculino y por eso refleja y protege los valores y atiende a sus necesidades e intereses. (Isabel Cristina Jaramillo, 2000, citado en West, 2000).

Otros actores que intervienen en el reconocimiento de la mujer como sujeto de derecho son las ONG, instituciones sin ánimo de lucro que trabajan en pro del bienestar social, para el caso en la lucha por el respeto y reconocimiento digno de la mujer y sus derechos; teniendo relevancia para este trabajo, la ONG *Las Dignas de El Salvador*, la cual expone como la publicidad y los medios de comunicación imparten ciertas conductas sexistas que obstaculizan el pleno desarrollo social e individual de la mujer, evidenciado en los diferentes roles, estereotipos y conductas que promueven condiciones de discriminación y desigualdad.

Asimismo, la ONG *FEM International*, resalta las labores que se vienen realizando para fortalecer a la mujer por medio del emprendimiento, capacitándolas y brindándoles herramientas útiles para que así puedan desarrollar todas sus potencialidades; *FEM International* se fundamenta en ayudar a las mujeres a descubrir sus capacidades como empresarias, para así combatir la pobreza y alcanzar la superación personal y la de su entorno inmediato.

3.5 Un caso: “El efecto AXE”

Como se reseñó anteriormente, la ONG *Las Dignas de El Salvador*, como un mecanismo más de lucha social para contrarrestar la vulneración de la dignidad de la mujer, publicó una investigación desarrollada por la Universidad de El Salvador sobre “El efecto AXE”⁵ y la recepción de la violencia simbólica contra las mujeres, campañas publicitarias en las cuales se evidencia de una forma clara la representación que tiene la mujer en la publicidad como un gancho comercial, como un atractivo visual; conductas que en la sociedad ya se han normalizado y naturalizado, pero que si se analizan a profundidad y de forma crítica se puede ver que la mujer permanentemente está sometida a tratos violentos e indignos, los cuales se ven pero no se identifican, son sutiles. Igualmente, en este trabajo se cuestiona cómo las sociedades han sido construidas a partir de una visión androcéntrica, en donde es notoria la prevalencia del género masculino sobre el femenino y las condiciones de diferencia y discriminación.

Para llevar a cabo esta investigación de “El efecto AXE” se utilizó la técnica de grupos focales, que fueron conformados por diferentes tipos de audiencias, quienes permitieron tener una visión más general y real de cómo son percibidos estos comerciales que aunque son dirigidos para el género masculino se caracterizan por una utilización exagerada de grupos de mujeres. Esto se

5 Campañas publicitarias de marca de desodorantes y fragancias para hombres.

evidencia, en la siguiente anotación extraída de la investigación:

En la televisión salvadoreña, no existe ni un solo spot publicitario que no haga uso de la imagen de las mujeres y sus cuerpos como objetos sexuales, y en la mayoría de éstos la sensualidad se aleja mucho de ser respetuosa; por el contrario, promueve estereotipos negativos de las mujeres, las ridiculizan, invisibilizan y discriminan” (Aguilar & Pérez, 2015).

Asimismo, la principal conclusión que se puede identificar de este trabajo investigativo y que aporta al objeto de estudio es:

La publicidad televisiva -el efecto Axe- promueve antivalores de las mujeres como: objetos, objetos sexuales, de deseo, de acumulación, desechables o intercambiables, tontas, seres inferiores no racionales, la mujer ideal, sensuales, siempre disponibles para los hombres, valor no como ser humano sino por apariencia física, desigualdad, discriminación, y racismo. Asimismo, conductas negativas como: sumisión o subordinación, egoísmo o competencia entre mujeres; en cuanto a los roles: reproductivos, de cuidado, servilismo, pero nunca un rol o cargos de dirección. (Aguilar & Pérez, 2015).

Ahora bien, esta investigación es un claro ejemplo de que es posible a través de pequeños actos contribuir a la transformación de la sociedad, que se pueden desarrollar herramientas que ayuden a identificar y comprender los elementos que hacen parte de la realidad, y los cuales en su mayoría son impuestos como medios de control, sumisión y homogeneización; es así como trabajos como este, se convierten en una propuesta antiformalista y liberadora que aporta al desarrollo de la lucha social que muchas personas e instituciones han iniciado desde hace varios años, en contra de todos estos estereotipos y estilos de vida infundidos por unos de los grandes dispositivos al servicio del poder: la publicidad, la cual no solo incide en la actual concepción que tenemos del cuerpo de la mujer, sino también está creando

siempre una serie de necesidades que se nutren de los miedos e inseguridades, y es tan poderosa que hace que uno crea que se actuó por decisión y no por imposición.

La invitación es que todos pueden hacer parte de esta lucha desde el entorno más cercano, comprendiendo, decodificando y denunciando los fenómenos que esclavizan y vulneran la dignidad. Asimismo, este tipo de investigaciones son un excelente material que sirve como referente para dar a conocer la importancia de una mayor regulación y control por parte de los Estados sobre las prácticas y mensajes publicitarios, así como de dar cumplimiento a lo que está establecido desde el derecho, dándole una interpretación a favor del bienestar y la justicia social.

Conclusiones

En esta sociedad se hace evidente que el poder crea y transforma la realidad hasta el punto de lograr intervenir todos los aspectos de la vida de las personas, modificando sus pensamientos, comportamientos y entorno; por lo tanto, el poder por medio de dispositivos, técnicas y tecnologías logra controlar la mente y fragmentar la vida, direccionando los cuerpos para satisfacer sus propios intereses. El poder establece relaciones de saber, creando “verdades” mediante diferentes validaciones como la científica y determinando elementos de dominación, logrando de esta manera generar relaciones sociales en donde la mujer es subestimada y discriminada, y a partir de las cuales se vulnera su dignidad y derechos; es así como a través de la biopolítica el ser humano pierde su condición de ser humano capaz y racional, y pasa a ser un objeto con el cual se alcanzan fines determinados.

Uno de los mayores dispositivos del poder que logra transformar, manejar, moldear y generar estereotipos, es sin duda alguna la publicidad, es esta la que se encarga de generar insatisfacciones permanentes, es un poder absoluto que logra implementar, mediante la comercialización de un producto o una marca, determinados estilos de

vida; esto se hace evidente mediante la utilización que se le da al cuerpo de la mujer, construyendo un modelo para ser seguido por la sociedad, y es de esta manera que se cae en un círculo vicioso sin darse cuenta y se termina concibiendo y adoptando el ideario de un mismo cuerpo: cuerpos dóciles, normalizados y homogeneizados.

Indiscutiblemente la globalización es un gran movimiento que ha influenciado todos los aspectos de la vida, cambiando las dinámicas en las relaciones entre las sociedades y las personas, disminuyendo los tiempos, las distancias y las fronteras, interconectando experiencias y haciendo más accesible la información, la cual proviene de todas partes y se puede obtener en cualquier momento. Es así como el ser humano está sumergido en una aceleración permanente, en donde la globalización neoliberal se ha convertido en un dispositivo más del poder, puesto que no solo ha ido eliminando las culturas tradicionales con la implementación de estereotipos globales, sino que ha posibilitado la acumulación de riquezas en unos pocos, en las élites, quienes son las que actualmente ponen las reglas y condiciones en los mercados para su propio beneficio.

Es una realidad que la sociedad está fundamentada en el consumismo, es decir, en el querer comprar, gastar, adquirir y consumir sin saciedad, ahora no importa lo útil y lo que está en buen estado sino lo nuevo y lo último en tecnología, las personas están sumergidos en una dinámica en la cual se crean necesidades constantemente y estas, a su vez, se convierten en vitales. Uno de los principales motores de este fenómeno del consumismo es la publicidad, la cual no solo se encarga de divulgar sino también de imponer modelos a seguir en la sociedad; un ejemplo claro de ello es la creación de estereotipos en la concepción del cuerpo de la mujer, el cual es llevado a una noción de perfección para así estimular el consumismo en las mujeres, quienes tienen a su disposición un abanico inmenso de productos y servicios para satisfacer sus necesidades, obtener el cuerpo vendido como el ideal y así alcanzar el éxito social y la felicidad; es así como en la publicidad la mujer es

utilizada como un objeto mercantil para promocionar y a su vez vista como su principal cliente. Ahora bien, si se mira de una forma más crítica este fenómeno, se puede decir que el consumismo es una herramienta más del capitalismo, al igual que la globalización, puesto que este sistema económico para poder subsistir inevitablemente necesita de la explotación, del flujo de capital, de la sumisión de los cuerpos y, por supuesto, de un mercado activo y sin descanso.

A pesar de las diferentes luchas desde los campos jurídico, social y político en busca del reconocimiento de la dignidad de la mujer y de los avances que se han logrado a través de los años, desde el voto hasta su inclusión en los diferentes ámbitos de la vida social, en la realidad se hace evidente que estos elementos no han sido suficientes para contrarrestar las prácticas que realiza la publicidad en cuanto al uso y representación del cuerpo de la mujer, siendo estos permisivos o ineficaces a la hora de ser utilizados en contra de esta dominación patriarcal; debido a esto, se hace necesario replantear y evaluar las medidas existentes para evitar esta transgresión de los derechos de la mujer, de modo que permitan realizar un mayor control, verificación y evaluación de los contenidos que presenta y promueve la publicidad.

El derecho debe ser concebido como una herramienta de liberación y protesta, como un llamado de alerta y resistencia ante la perpetuación de una cultura donde prevalece la dominación y subordinación de la mujer, quien es instrumentalizada y cosificada, y en donde dispositivos como la publicidad infieren en la construcción de modelos y realidades sociales; el derecho entonces, debe cumplir su función social y emancipadora, como instrumento transformador de nuevas realidades que permitan una igualdad real de hombres y mujeres en la sociedad.

Referencias

- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer: El Poder Soberano y la Nuda Vida*. España: Pre-Textos.
Aguilar, D., & Pérez, D. (Febrero de 2015). "Aná-

- lisis cualitativo de la publicidad televisiva: "El Efecto AXE" y la recepción de la violencia simbólica contra las mujeres.* Recuperado el 27 de Agosto de 2015, de http://issuu.com/lasdignas/docs/analisis_cualitativo_de_la_publicidad
- Bauman, Z. (1999). *La Globalización: Consecuencias Humanas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (1999). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Bauman, Z. (2004). *La Sociedad Sitiada*. Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina .
- Bauman, Z. (2009). *Mundo consumo: Ética del individuo en la aldea global*. Barcelona: Paidós.
- Bourdieu, P. (1999). *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*. Barcelona: Anagrama.
- Bourdieu, P. (2000). *La Dominación Masculina*. Barcelona: Anagrama.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-123/94*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2015, de Sentencia T-123/94: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/T-123-94.htm>
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-590/96*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2015, de Sentencia T-590/96: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-590-96.htm>
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-489/02*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2015, de Sentencia C-489/02: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-489-02.htm>
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-336/08*. Recuperado el 02 de Noviembre de 2015, de Sentencia C-336/08: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>
- De La Parra, M. A. (2002). *El cuerpo de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Planeta.
- Foucault, M. (1973). *La Verdad y Las Fomas Jurídicas*. Gedisa.
- Foucault, M. (1977). *Historia de la Sexualidad: La Voluntad del Saber*. España: Siglo Veintiuno Editores S.A.
- Foucault, M. (1998). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo Veintiuno.
- Foucault, M. (2007). *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2008). *Defender la Sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- García Fernández, E., & García Reyes, I. (2004). Los Estereotipos de Mujer en la Publicidad Actual. *Questiones Publicitarias. Vol I*, 43-64.
- García Pérez, N., & Curto Polo, M. (2009). *La Mujer en la Publicidad*. Recuperado el 31 de Agosto de 2015, de http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/321752/mod_resource/content/1/3.%20Garcia%20Perez%2C%20Noelia%20-%20MUJERES%20EN%20LA%20PUBLICIDAD.pdf
- Lemaitre, J. (2011). *El Derecho Como Conjuro*. Bogotá D.C: Uniandes y Siglo del Hombre.
- Moltmann, J. (1977). *Teología de la esperanza*. Salamanca: Ediciones Sigueme.
- Ruíz, A. M. (2013). *La Violencia del Derecho y la Nuda Vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Suarez, J. (2006). *La mujer Construida: Comunicación e identidad femenina*. Ediformas.
- Torralba, F. (2005). *¿Qué es la dignidad Humana?* Barcelona: Herder.
- West, R. (2000). *Género y Teoría del Derecho*. Siglo del Hombre.
- Zanardo, L. (Dirección). (2009). *IL Corpo Delle Donne* [Película].

Habitación de estaciones del ferrocarril abandonadas como opción de vivienda digna en un marco de vulnerabilidad social*

*Alternativas de legalización de la posesión. Estudio de caso:
Corregimiento La Estación, Municipio de Angelópolis*

*Alejandra Cano***

*David Bedoya****

*Diego Ciro*****

*Andrés Palomino******

Asesor: Jorge Mario Franco

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

En el presente estudio de caso, se busca proponer algunas alternativas jurídicas, que permitan la legalización de la posesión, por la habitación de la estación del ferrocarril ubicada en el corregimiento “La Estación” del Municipio de Angelópolis. Se indican los mecanismos existentes, para que el Estado realice un desalojo por ocupación y aquellos con los que cuenta la comunidad para legalizar la posesión. Igualmente, se indaga si en la Jurisprudencia colombiana, la Ley y la Doctrina, el cobro de servicios públicos e impuestos municipales, implican un reconocimiento a la posesión material, ante la falta de compromiso estatal para reglamentar un fenómeno que se presenta a lo largo del territorio. Este estudio de caso se apoya en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Observación general N°4 de la ONU, la Doctrina y las disposiciones internacionales, que permiten identificar los mecanismos e instrumentos jurídicos tendientes a la normalización, como condición para habitar una vivienda digna.

Palabras clave: Vivienda digna, Legalización, Posesión, Estación del ferrocarril, Vulnerabilidad social, Bienes fiscales y Bienes públicos.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador III del núcleo básico de fundamentación jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

** Estudiante de tercer semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

*** Estudiante de tercer semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

**** Estudiante de tercer semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

***** Estudiante de tercer semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

Habitation of abandoned railway station as a viable housing option in the context of social vulnerability

Abstract

In this case study, it seeks to offer legal alternatives that allow the legalization of the possession, by habitation of the railway station located in the district “*La Estación*” Angelópolis’ Township. Current mechanisms are indicated so the State could carry out an eviction by habitation and those with which the community has to legalize possession. Furthermore, it analyzes whether in the Colombian jurisprudence, Law and Doctrine, the charge of public services and municipal taxes, implies a recognition of material possession, due the absence of State commitment to regulate a phenomenon that occurs throughout the territory. This case study is based on the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, the General Comment No. 4 of the UN, Doctrine and international laws, which identify the mechanisms and legal instruments aimed at normalization, as a condition to habit in a viable housing option.

Keywords: Viable Housing Option, Legalization, possession, Railway station, Social vulnerability, Fiscal goods and Public assets.

Introducción

El presente artículo da cuenta de un estudio de caso realizado en la zona rural de Angelópolis, específicamente en el corregimiento “*La Estación*”, donde hace más de 90 años existe un nodo del antiguo ferrocarril de Antioquia, que a la fecha presenta como en casi todas las antiguas estaciones, una problemática social de ocupación de bienes estatales, generando una dinámica de inequidad, de imprecisiones en las actuaciones del Estado, pero al mismo tiempo, convirtiéndose en situaciones que abren espacios para el surgimiento de grupos poblacionales como barrios, veredas y corregimientos, los cuales no cuentan con las herramientas judiciales para legalizarse, pero que pese a la indiferencia y la inacción estatal, tratan de dignificar el espacio donde se encuentran para cambiar la clasificación de estación del tren a vivienda digna.

Se plantea entonces proponer alternativas jurídicas, que permitan la legalización de la posesión, en el estudio de este caso; cuando se busca habitar vivienda digna en un marco de vulnerabilidad social.

El escrito se estructura en tres capítulos. En el primero, se plantea indagar en la Jurisprudencia colombiana, la Ley y la Doctrina, si el cobro de impuestos municipales y de servicios públicos, implican un reconocimiento a la posesión de un inmueble estatal, cuando se pretende habitar. En el segundo capítulo se indican los mecanismos jurídicos existentes, para que el Estado realice un desalojo por ocupación y aquellos mecanismos con los que cuenta la comunidad para legalizar la posesión. Finalmente, en el capítulo 3, se sugieren alternativas para la legalización de inmuebles habitados, según el estudio de caso.

1. Antecedentes en la jurisprudencia, la ley y la doctrina, sobre las implicaciones derivadas del cobro de impuestos municipales, cuando

los ocupantes de bienes estatales buscan habitar vivienda digna

Antes de indagar en la Jurisprudencia, la Ley y la Doctrina, es necesario mencionar de manera sucinta la historia del ferrocarril de Antioquia y al mismo tiempo las diferentes concepciones que ha tenido la vivienda digna en Colombia, con el fin de contextualizar el fenómeno de habitación que se presenta en el corregimiento “*La Estación*”, propiamente en las instalaciones abandonadas del Ferrocarril.

1.1 El corregimiento La Estación en el Municipio de Angelópolis y la antigua estación del tren

Mediante la Ley 78 de 1886, se aprobó la construcción del Ferrocarril de Antioquia, el cual tiene hoy prácticamente perdida su infraestructura ferroviaria, pues aunque fue un intento por conectar a las ciudades y puntos comerciales críticos del país y a éste con el resto del mundo, todas las dificultades posibles pesaron sobre este sistema que terminó de operar prematuramente y no pudo llegar a materializarse en su totalidad.

Es evidente el abandono estatal del sistema ferroviario al hacer un recorrido por las estaciones hacia el sur, en la vereda la Quiebra en Caldas o en las líneas que antes unían al Municipio de Sabaneta con Itagüí y la Estrella, a través de un deteriorado puente de hierro y madera llamado “*Puente roto*” por el cual el tren atravesaba el río Medellín, y en el que hace 25 años los niños se retaban continuamente a cruzarlo, como una muestra de valentía. De ese puente y esas líneas ya no queda nada hoy, así como tampoco queda nada de la estación de Envigado. Hacia el norte, la estación “Machado” o la estación “Copacabana”, exhiben tímidamente en algunos tramos un par de rieles que se asoman y nuevamente se sumergen en la tierra.

Para el caso de Antioquia, los autores Roberto María Tisnés y Heriberto Zapata Cuéncar en su libro *El Ferrocarril de Antioquia Historia de una*

Empresa Heroica, destacan que el Ferrocarril de Antioquia construyó carreteras en pueblos como Támesis, Valparaíso, Jericó, Concordia, Amagá, Angelópolis y Titiribí para “sacarlos del embotellamiento en que se hallaban” (Cuéncar, 1980) y agregan que junto con las huelgas, “esas mismas carreteras a quienes el Ferrocarril había dado vida, se encargaron de matar la Empresa, poco a poco”.

Del ferrocarril de Antioquia, liquidado en 1961 (Berrio, 2012), quedó como patrimonio la estación “Medellín” en la Alpujarra, declarada monumento nacional y la cual es expuesta como un caso de restauración exitoso por la Fundación Ferrocarril de Antioquia, cuyo nombre no guarda mayor relación con el medio de transporte, más allá de la conservación de la arquitectura y la estética de bienes de sus clientes. Curiosamente, al igual que la marca de relojes Ferrocarril de Antioquia, tampoco hay una estrecha relación con esta empresa; o tal vez sí, como la disgregación y la desarticulación entre el Estado y el medio de transporte ferroviario. De igual modo, se mantiene la estación el “Bosque” al lado del Parque Explora y la estación “Bello”.

Al suroeste del Departamento se encuentra el Municipio de Angelópolis, que dista 37 km de Medellín y 14 km de Caldas y donde el ferrocarril llegó en 1916 (Molina, 1998). Su principal actividad económica es la minería, seguida por la agricultura y la ganadería. El corregimiento “La Estación”, lleva este nombre gracias a que el ferrocarril de Antioquia, tenía allí una estación terminal que hoy no se encuentra en operación. No solo había transporte de pasajeros, sino también almacenamiento y transporte de carbón y otros minerales hacia el puerto de Buenaventura y de allí al exterior del país. El Corregimiento se encuentra a 6 km de la cabecera municipal y se llega a través de una vía precaria. Sus habitantes viven básicamente de la minería, pues cuentan con más de 120 minas de carbón que concentran una gran cantidad de mineros.

El Corregimiento no es ajeno al fenómeno de violencia que aqueja a los Municipios de An-

gelópolis y Amagá y registra una problemática de delitos e inseguridad que viene creciendo por el fenómeno del microtráfico, sumado al menudeo, la violencia intrafamiliar, consumo de alcohol, el hurto, las lesiones personales y las riñas. Pese a esto, en la zona se registran pocos homicidios (Acuerdo 009 Concejo Municipal, 2012). Igualmente se tiene identificada una alta tasa de analfabetismo entre la población adulta, pero no en la población infantil donde hay un cubrimiento de 100% en educación primaria y bachillerato. El Concejo Municipal, destinó para la vigencia 2012-2015, una cifra de \$1.000.000; presupuesto con el que proyectaron desarrollar el *Plan Integral de Convivencia y Seguridad Ciudadana* para el corregimiento y con el cual buscan mitigar los problemas sociales en la zona. Resulta inferior la cifra destinada para un periodo de 3 años, si se compara con los \$4.348.000 destinados en el contrato CD-019-2015 (Alcaldía Municipal, 2015) para el apoyo a actividades recreativas durante 4 meses en la zona.

El Corregimiento cuenta con 4 barrios o sectores y una población estimada en 1187 habitantes y 241 viviendas (Gobernación de Antioquia, 2012).

En las antiguas instalaciones del ferrocarril de Antioquia, ubicadas en el corregimiento “La Estación”, viven 10 familias, de las cuales pocas tienen algún tipo de nexo laboral con el ferrocarril, situación diferente a lo que pasa en las estaciones que recorren desde Cisneros hasta Puerto Berrio, donde algunas son ocupadas por ex trabajadores de la antigua empresa estatal, hoy ya pensionados unos, y otros que a título personal habitaron la infraestructura como forma de pago por los años de servicio prestados.

Los habitantes de “La Estación”, hacen parte del barrio “Las Bodegas”. Tienen en su infraestructura: un puesto de salud, acceso a educación básica secundaria, una placa polideportiva, acueducto y alcantarillado, servicio de recolección de basura, transporte informal y por cooperativa, telefonía y alumbrado público.

La problemática de habitación de la estación del tren, ha contemplado las diferentes concepciones de la vivienda digna que se han presentado en Colombia, según el Ministerio de Vivienda: *desde la concepción higienista de 1918 a 1942, la concepción institucional de 1942 a 1965* (relacionada con el Estado de Bienestar y la intervención del Estado en el mercado de la oferta y la demanda de la vivienda), *el periodo de transición de 1965 a 1972* (donde hay una mayor presencia del sector privado en el mercado de la vivienda y el periodo institucional decaer), *la concepción de las Corporaciones de Aborro y Vivienda de 1971 a 1990* (donde el Estado Colombiano toma una dirección de regulador y se aleja del campo de la vivienda social) y del año *1990 al 2012 la concepción de mercado y los subsidios a la demanda* (donde el Estado busca volverse un mediador) y se sustenta la dinámica de la problemática de vivienda en el mercado (Ministerio de Vivienda C. y., 2014).

Aunque el mismo texto del Ministerio de Vivienda, aclara posteriormente que con el Plan 2010-2014 “*Prosperidad Para Todos*” se recopila toda la experiencia que el sector privado y público ha adquirido durante más de 90 años y gracias a esto se busca aplicar políticas sociales a la construcción de la vivienda. Pero otros sectores académicos reconocen que el problema sigue centrándose en la cantidad de habitaciones y se torna en un tema más político que social.

1.2 Entrevistas, encuestas y censo

Uno de los instrumentos de investigación que inicialmente se usó en este estudio de caso fueron las entrevistas, las cuales permitieron obtener diferentes hallazgos con los que se configura una situación atípica respecto a la problemática de vivienda digna en las demás estaciones del ferrocarril. A esta información, posteriormente se sumaría los datos resultantes de la encuesta y el censo.

El señor Carlos Abel Colorado, hoy con más de 60 años de edad y que en su juventud laboró como jefe de obras y mantenimiento de las vías del tren, relata cómo este sistema dejó de funcio-

nar en el año de 1971 en el Municipio de Angépolis, debido a un derrumbe de tal magnitud que la empresa ferroviaria optó por cancelar ese nodo. A causa de esto, las bodegas y la estación ubicada en el corregimiento, quedaron abandonadas aproximadamente 12 años.

Esto contrasta con la entrevista al señor Gonzaga Cano, otro campesino y minero del corregimiento, que relata cómo el tren lo asustaba de niño porque lo consideraba un “*monstruo negro*”. Gonzaga trabajó como obrero en una cuadrilla de mantenimiento llamada “*la bruja*” y después en las bodegas cargando carbón y separando mercancías en los trenes que llegaban a la estación. Para ese entonces ganaba \$20 semanales e indica “*con este dinero podía darle la comida a mi familia*” (Cano, 2015) y era suficiente para vivir en el pueblo. Como resultado de estas entrevistas, se pudo aclarar que gran parte de las familias que habitan la estación del tren, lo hacen porque fueron reubicadas allí como medida provisional debido a una catástrofe natural y ante la inactividad del Estado para solucionar su situación, adecuaron las bodegas para dignificar su realidad.

Debido a que las bodegas no tenían divisiones para separar las familias, la Defensa civil les ayudó a levantar muros, distribuir el agua y la red de energía. *Lentamente llegaron las familias de “Juan Parra”, “Idolia Cano”, “Héctor Duque” y otros.* (Cano, 2015)

No hay respuesta en la Administración municipal sobre el nombre del alcalde que hizo la reubicación o alguna constancia sobre este hecho e informan que no hay posibilidad de obtenerlo, pues según ellos era una época donde no habían elecciones populares y solo tienen información documentada desde el primer alcalde popular del municipio: Jesús Franco.

En la entrevista se relata cómo llegaron a vivir más familias al interior de la estación del tren, que alrededor del casco urbano y la confusión que se presentó en el momento de recibir el cobro del impuesto predial por habitar un espacio dentro de la estación.

Gonzaga Cano relata que mayor fue la confusión al recibir el impuesto posteriormente acumulado, por lo que unos optaron por pagarlo y otros por no hacerlo.

En este punto, resulta confuso el panorama en el que se reconoce el órgano del Estado responsable de la estación del tren, pero los entrevistados coinciden en no reconocer un dueño. Para ellos, que en su mayoría son ahora una nueva generación, la vivienda que habitan, la recibieron como herencia; mientras otros han comprado con documentos privados que atesoran y aunque no tiene la validez de una escritura pública, muchas personas debido a la costumbre, le confieren un valor tal, que las protegen en los sitios más escondidos de sus viviendas. Las escrituras se otorgan ante Notario público y se perfeccionan con el registro ante la oficina de Instrumentos Públicos correspondiente. Este protocolo, es para los habitantes de la estación una formalidad que se omite; la tradición de habitar toda la vida allí y de ejercer una posesión de hecho, les da la seguridad de actuar como los únicos dueños, de *vender, arrendar y heredar*, aunque estas figuras no aplicarían en el sistema legal, para ellos es legítimo.

Ya que en Colombia se puede vender y alquilar cosa ajena, se podría pensar inicialmente en una falsa tradición que puede ser saneada con la Ley 1561 de 2012, pero en su artículo 6° establece que el juez rechazará de plano la demanda si advierte que la pretensión recae sobre un bien público o fiscal, por lo cual queda descartada esta alternativa, además la falsa tradición debe estar registrada en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble que se pretende sanear.

También resulta contradictoria la actuación de las administraciones municipales, pues según los testimonios, algunas se han negado a brindar cualquier tipo de asistencia a los habitantes de la estación porque los consideran ocupantes ilegales, mientras que otras los incluyen en sus programas y planes de desarrollo, como es el caso de la anterior administración, que como propuesta en su plan de gobierno incluyó la titulación de los

bienes y predios habitados e incluso la reubicación en otra zona del municipio. Sin embargo, a la fecha no se ha titulado o reubicado ninguna familia de las que se encuentran habitando la estación.

En la estación de tren en el corregimiento “La Estación”, los habitantes muestran el interior de sus hogares con mucho orgullo, resaltando las mejoras; edificaciones con dos pisos, cocinas y baños adecuados, servicios públicos funcionando y fachadas con colores intensos. Las bodegas y las taquillas pasan a primera vista no como una estructura de ferrocarril, sino como verdaderas viviendas. Toda la infraestructura se aprovechó, incluso en un establecimiento público cercano al parque de Angelópolis, se puede apreciar algunos trozos de rieles de 5 ó 6 metros usados como columnas o sostenes de techos.

1.3 Implicaciones derivadas por el cobro de impuestos municipales y servicios públicos para el estudio de caso

Partiendo de la siguiente premisa, si el mero tenedor al hacer el pago del canon de arrendamiento, está no solo cumpliendo con un contrato, sino reconociendo en otra persona el dominio real de un bien inmueble y éste a su vez, al recibir el canon reconoce el cumplimiento del contrato y ejecuta su deber de “no hacer”, es decir, de no solicitar la restitución del bien; entonces, la impresión inicial radicaría en que el cobro del impuesto predial, implica un reconocimiento por parte del Estado sobre el dominio a la propiedad de aquel a quien le cobra el impuesto y al mismo tiempo, quien paga, reafirma su condición, ya sea de mero tenedor, propietario y dueño.

Según el artículo 762. Del Código Civil:

La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

Cabe señalar que se genera una imprecisión en el actuar del Estado, ya que al cobrar el impuesto predial a los habitantes de la estación del tren, los reconoce como dueños o poseedores y este se excluye, ya que durante más de treinta años no ha reclamado los predios y *“no se justifica como dueño”*. Es decir, la inacción estatal durante más de tres décadas ha sido una forma de consentir y reconocer con el cobro de impuestos y de servicios públicos que hay legalidad en el fenómeno de habitación que se presenta en la estación del Municipio de Angelópolis.

Dado que los habitantes fueron reubicados por el Estado, no se trata de una posesión violenta y mucho menos clandestina, sino que partiendo de la buena fe, les aseguraron que en un periodo no mayor a tres meses les brindarían la ayuda humanitaria que requerían, debido a la catástrofe natural que habían padecido. Incluso por esto, se podría hoy invocar el derecho a la vivienda digna como fundamental, pues ante *debilidad manifiesta, desplazamiento forzado y catástrofe natural* se configura este derecho. Ya hace más de treinta años que el Estado los dejó a su suerte y casi cuarenta años que abandonó también la estación del tren. Por este motivo, los habitantes hicieron mejoras tendientes a conservar en el tiempo la estructura de las bodegas y taquillas.

Por lo anterior, se podría considerar que su posesión es de tipo irregular, según el inciso 3° del artículo 764 del Código Civil: *“Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular”*.

Así mismo, hubo buena fe en la posesión de estos bienes, pues según dice el artículo 766 del Código Civil en su inciso 1: *“La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”*. Basándose en la reubicación de la que fueron objeto por decisión personal del alcalde de la época.

Debido a que el Estado fue quien los ubicó; implica una reubicación legal y legítima que configuró la posesión, y más aún, cuando la misma Defensa civil brindó la mutua cooperación para dividir las bodegas y taquillas, de manera que las familias estuvieran separadas por divisiones estables.

Está claro que por el paso del tiempo, la mera tenencia no se convierte en posesión, en concordancia con el artículo 777 del Código Civil, pero cierto es que la reubicación no se hizo en calidad de usufructuar la estación por un tiempo y reconocer un dueño, sino como un albergue de paso. Por tanto, nunca hubo mera tenencia, al conservar cada uno la expectativa y la promesa de retornar a la situación anterior a la catástrofe natural que padecieron.

Surge entonces una grave implicación y al mismo tiempo contrariedad por el cobro de impuestos municipales. El Estado cobra los impuestos como reconocimiento a la posesión y al mismo tiempo, por la omisión de asistirlos.

Para el estudio de caso, otro de los hallazgos derivados del cobro del impuesto predial, radica en que el Municipio incorporó a su sistema catastral los predios de la antigua estación del tren, mediante el levantamiento de fichas catastrales y posterior cobro del impuesto predial. Al hacer un trazado en la oficina de Catastro, se encontró que dichas fichas no poseen una matrícula inmobiliaria y que no obedecen a un predio en particular; con lo anterior, al igual que en el caso de Moravia, también sobresale el trasfondo financiero que persiguen los municipios con el cobro de este impuesto. De esta manera, el Municipio puede cobrar por mejoras al predio y por el terreno.

Más allá de la afirmación de las implicaciones morales y de otro tipo que trae el cobro y pago del impuesto predial y servicios públicos sobre los predios habitados, se encuentra que el pago de este sí implica un reconocimiento a la posesión y se pueden tornar en documentos que prueban la posesión y facilitan el proceso de titulación de la propiedad. Esto debido a que el ISVIMED (Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Mede-

llín) quien se “*encarga de asesorar, acompañar y facilitar a los grupos familiares más vulnerables de la ciudad en el proceso de titulación de los predios donde están ubicadas sus viviendas, estos pueden ser del Estado (ubicados en terrenos del Municipio de Medellín) o privados.*” (ISVIMED, 2012), el cual es el programa de titulación de predios de la alcaldía de Medellín y ha otorgado más de 17.500 títulos, adelantan todos sus procedimientos según el marco normativo de la Ley 1001 de 2005 y el Decreto 4825 de 2011 que lo reglamenta y usan la figura de cesión gratuita de bienes fiscales.

Los documentos a presentar para acceder a la titulación de ISVIMED son:

- “Fotocopia legible de las cédulas de ciudadanía de las personas mayores que conforman el grupo familiar.
- La prueba de estado civil: registro civil de matrimonio, la declaración extra juicio de la unión marital de hecho.
- Documentos que acrediten la tenencia o la relación de los habitantes con el predio (documento de adquisición del predio, compra-venta, sucesiones, etc.)
- **Copia de servicios públicos domiciliarios.**
- **Copia del impuesto predial”.**

Según lo anterior, como requisito indispensable para ingresar al programa de cesión de bienes fiscales y titulación, están el contar con la copia del impuesto predial y copia de servicios públicos domiciliarios.

Asimismo, para el programa de legalización de viviendas levantadas sin licencia de construcción, también es requisito presentar el pago de este gravamen.

1.3.1 Imprescriptibilidad de los bienes del Estado y categorización de la estación del tren del estudio de caso

La primera aclaración cuando se propone la titulación de bienes del Estado, es que estos son

Inalienables, Inembargables e Imprescriptibles según el artículo 63 de la Constitución Política. Lo cual implica que una familia puede vivir durante 50 años en un parque público de un municipio y no por esto aplicará la prescripción adquisitiva. A primera vista, este estudio de caso no tendría sentido pues se estaría ante una barrera insalvable, pero al mismo tiempo el Derecho como legitimador del poder y herramienta del Estado para ejercer la coerción y la coacción, puede ser usado para identificarlo con las necesidades de los que están en situación de vulnerabilidad, y al ir más allá de una problemática que la ley y el Código Civil no contemplan en su totalidad, se indaga en la jurisprudencia donde se encuentra un desarrollo relacionado con la dimensión social de la propiedad, la vivienda digna y su relación con bienes estatales y públicos.

Según la Consulta 745 del Consejo de Estado, hay tres clases de propiedad: “la propiedad privada, pública y estatal” (Consejo de Estado, 1995). De acuerdo a esto, La Guía Metodológica de Saneamiento y Titulación de la Propiedad Pública Inmobiliaria del Ministerio de Vivienda, define que los bienes fiscales “Son los bienes de propiedad de entidades públicas cuyo uso no pertenece a todos los habitantes” (Ministerio de Vivienda, 2005).

Cabe resaltar que a la pregunta sobre el tipo de bienes que configuran la estación del ferrocarril en el Municipio de Angelópolis, la Procuraduría General de la Nación en su Concepto 214 – 432797 estipula que la diferencia entre un bien fiscal y un bien de uso público, no se fundamenta en su naturaleza, sino “en su destinación y régimen” (Procuraduría General de la Nación, Concepto 214 – 432797. Expediente 18818., 2011). Especificando que los bienes de uso público en sentido general están al servicio de los colombianos y aclara que los bienes fiscales “constituyen los instrumentos materiales para la operación de los servicios estatales o son reservas patrimoniales aplicables en el futuro a los mismos fines o a la satisfacción de otros intereses sociales”.

La Sentencia C-595 de 1995 (Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz) define los bienes fiscales como:

- 1.- Fiscales propiamente dichos. Son aquellos bienes que poseen las entidades de derecho público y sobre los cuales ejercen un dominio pleno, esto es, igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes.
- 2.- Bienes de uso público. Son los destinados al uso común de los habitantes.
- 3.- Bienes fiscales adjudicables. Son aquellos bienes que tiene la Nación con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley” y concluye que “incluso los bienes baldíos son bienes públicos de la Nación catalogados dentro de la categoría de bienes fiscales adjudicables. (Sentencia No. C-595, 1995).

La Sentencia C-183 de 2003 (Magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra) establece: “El dominio público, lo constituye el conjunto de bienes que la administración afecta al uso directo de la comunidad o que lo utiliza para servir a la sociedad” y añade: “En esta categoría se encuentran los bienes fiscales, definidos en el artículo 674 del Código Civil como los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión, o bienes fiscales” (Sentencia C-183, 2003).

Basados en dicha sentencia de la Corte Constitucional, la estructura de taquillas y bodegas que hoy son habitadas en la estación del Municipio de Angelópolis, entran en la categoría de bienes fiscales, pues la misma sentencia refiere lo siguiente: “Los bienes fiscales o patrimoniales se encuentran destinados a la prestación de servicios públicos que la administración utiliza de forma inmediata, como por ejemplo los edificios en que funcionan las oficinas públicas. Dentro de esta clase de bienes, también se encuentra lo que se denomina bienes fiscales adjudicables, que son aquellos que la Nación puede traspasar a los particulares”.

El Consejo de Estado, se aleja de esta concepción de la Corte Constitucional y en el mismo año en Sentencia n° 1484 de la Sección Primera, 20 de Marzo de 2003; se considera que del “corredor férreo, se podría concluir que éste junto con sus anexidades, son bienes de uso público por las razones que a continuación se exponen: El corredor férreo forma parte de la infraestructura vial y de transporte de propiedad de la Nación, por lo tanto, es un bien que se encuentra afecto al uso público o colectivo, independientemente del sistema de operación o explotación que se establezca” (Sentencia n° 1484 , 2003).

Sin embargo, en el año 2010, la Procuraduría General de la Nación en el proceso disciplinario realizado a los ex alcaldes del municipio de Flandes Juan Antonio Suárez Montaña y César Herrera Díaz, por “considerar que fueron negligentes en el trámite de una querrela policiva por ocupación de las vías férreas propiedad de FERROVIAS” (Procuraduría General de la Nación, Radicación 041-2281-2009. Expediente 412281, 2010), donde esta institución manifiesta *¿Los corredores ferroviarios y las zonas anexas a ellos, deben catalogarse como bienes de uso o dominio público? La infraestructura ferroviaria o el sistema ferroviario nacional, en palabras del legislador de 1988, está conformado tanto por bienes de uso público como por bienes fiscales, representados en instalaciones, edificaciones, lotes de terreno, corredores férreos, cuya clasificación en uno u otro grupo, dependerá de la afectación al uso común de los bienes que forman parte del sistema”.*

Se podría argumentar que las bodegas y oficinas que hoy son usadas para habitar vivienda, tienen la categoría de bienes fiscales y se pueden desafectar, pues su destinación no era para el uso de todos los colombianos sino que tenían una función específica para almacenar carbón y vender pasajes de tren. Es decir, tal como la Corte Constitucional lo declara, estos bienes fiscales “son propiedad de entidades estatales pero que no son de uso público” (Sentencia C-251, 1996) cuyo Magistrado ponente fue el Dr. Alejandro Martínez Caballero. Además, el mismo pronunciamiento de la Procuraduría hace referencia a

“Nótese como, en virtud del decreto por el cual se creó la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferroviás- se le asignaron como parte de su patrimonio, los bienes inmuebles que hacen parte del corredor férreo incluyendo sus anexidades”. (Procuraduría General de la Nación, Radicación 041-2281-2009. Expediente 412281, 2010). Lo que implica que hubo una transferencia de patrimonio fiscal a Ferrovías.

La Procuraduría finaliza “es claro que el corredor férreo, como anexidad a la línea de conducción del transporte férreo, hace parte de los bienes de la unión. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, se presenta un choque entre dos derechos a saber: El derecho de propiedad del Estado sobre los bienes *de la Unión*; y por otra parte, el derecho a la vivienda digna de los ocupantes de las zonas aledañas a la vía de conducción férrea.”

Sin embargo y más allá de esto, no es el único argumento para proponer alternativas a la legalización, pues respecto a la función social que debe cumplir la propiedad, la Corte Constitucional señala “si una entidad pública abandona un bien de su propiedad, de suerte que permite su ocupación por particulares, es legítimo concluir que esa entidad no está cumpliendo con la función social de la propiedad de la cual es titular. En efecto, si la función social de la propiedad se aplica en general a la propiedad privada, con mayor razón se predica de los bienes fiscales”. (Sentencia C-251, 1996).

De lo anterior, se evidencia la forma en que la Corte Constitucional reafirma el paso del Estado de derecho, al Estado social y constitucional de derecho, pues reconocen que la discusión no sigue en el campo del derecho del Estado sino del Estado al servicio de unas funciones sociales que lo identifican con sus asociados, y donde incluso los bienes del Estado deben cumplir con mayor razón una finalidad social.

Acudiendo al extracto jurisprudencial del segundo semestre del 2003 de la Relatoría en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que “conocido postulado jurídico de que

la mera detentación del bien no es suficiente para poseer. Evidentemente en forma reiterada ha venido sosteniendo la jurisprudencia que para usucapir deben aparecer cabalmente estructurados los elementos configurativos de la posesión, esto es, el *animus* y el *corpus*, significando aquél, elemento subjetivo, la convicción o ánimo de señor y dueño de ser propietario del bien desconociendo dominio ajeno; y el segundo, material o externo, tener la cosa, lo que generalmente se traduce en la explotación económica de la misma, con actos o hechos tales como levantar construcciones, arrendarla, usarla para su propio beneficio y otros parecidos.” (Corte Suprema de Justicia, 2003).

1.4 pronunciamientos de la jurisprudencia, la ley y la doctrina, sobre las implicaciones derivadas del cobro de impuestos municipales y servicios públicos en el presente estudio de caso.

En este apartado se indicará de manera detallada la manera como la doctrina, la jurisprudencia y la ley, se han referido al cobro del impuesto predial en los bienes fiscales.

1.4.1 Doctrina y Jurisprudencia sobre el cobro de impuestos municipales a bienes del Estado

El principio de la representación popular, heredado desde las revoluciones burguesas, en especial consagra que no puede existir impuesto sin representación, es acogido por Colombia, y se desarrolla en el artículo 338 de la Constitución Política “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales”.

Bajo la Doctrina de León Duguit, la Corte Constitucional construye el postulado de la función social que debe cumplir la propiedad, en la Sentencia No. C-595 de 1995 expresa “La función social de la propiedad se incorpora al contenido de ella para imponer al titular del dominio obli-

gaciones en beneficio de la sociedad”, buscando evitar la inactividad de los bienes, para captar vía impositiva un ingreso que le sirva a los intereses del Estado, refiriéndose específicamente a la asignación de bienes baldíos.

Ahora bien, en la Sentencia C-467 de 1993 del Magistrado ponente, Dr. Carlos Gaviria Díaz, se define el impuesto predial de la siguiente manera: “es una imposición de carácter general pues opera sobre todas las clases de propiedad raíz acatando así el principio de igualdad como generalidad del tributo; es justo y equitativo pues quien posea más predios o terrenos debe pagar más, además de otorgar un tratamiento más favorable a la vivienda popular y la pequeña propiedad rural que sólo paga una tarifa mínima y es un impuesto progresivo ya que a mayor rango de avalúo debe corresponder una tarifa mayor.” (Sentencia No. C-467, 1993)

La sentencia C-304 de 2012 (Magistrada ponente Dra. María Victoria Calle Correa), al referirse al impuesto predial, establece que “los departamentos y municipios no gozan de soberanía fiscal”, con lo cual aclaran que hay una soberanía Constitucional en el cobro de este gravamen y sobre la posibilidad de cobrarlo a bienes públicos, la misma sentencia indica “Si bien resulta cierto que los bienes de uso público no están gravados con el impuesto predial y complementario”, establecen una excepción en “Cartagena, Santa Marta y Barranquilla” donde si se permite hacer el cobro de este impuesto sobre bienes públicos ya sea a particulares legales o “ilegales o irregulares” que realizaran mejoras a dichos bienes y añade que la misma Constitución Política “No le prohíbe al legislador incluir como sujetos pasivos de gravámenes sobre propiedad inmueble a quienes no son propietarios de los mismos” (Sentencia C-304, 2012).

Por tanto, el planteamiento inicial que se hizo sobre la implicación que deriva del cobro del impuesto predial a los habitantes de la estación, donde esta se podía interpretar como una manifestación del reconocimiento a la propiedad,

cambia, ya que la jurisprudencia declara que no solo los dueños o propietarios son sujetos pasivos de este impuesto. Aquí surge una nueva contradicción, pues la misma jurisprudencia señala que este sujeto pasivo debe contar “con un título de concesión en virtud del cual son tenedores de los mismos” (Sentencia C-304, 2012), lo cual indica que no debería presentarse el cobro de este impuesto a los habitantes de la estación, ya que no cuentan con ningún título de concesión.

Además de lo anterior, se tiene que la sentencia C-876 de 2002 (Magistrado ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis) indica: “el sujeto pasivo del impuesto predial es indeterminado (propietario pleno, poseedor, usufructuario, nudo propietario, etc.)” (Sentencia C-876, 2002) y según la sentencia C-183 de 2003 “nada impide al legislador gravar con los citados tributos hechos generadores que no tengan que ver con el derecho de dominio, considerando viable de conformidad con su jurisprudencia y la del Consejo de Estado, que se grave con el impuesto predial y de valorización la tenencia de bienes de uso público cuando estos se encuentren en manos de particulares”.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su intervención en la sentencia C-183 de 2003 también se manifiesta al respecto: “los particulares que han “ocupado” bienes de uso público y realizado en ellos construcciones, edificaciones o mejoras, no adquieren la calidad de sujetos pasivos del impuesto predial unificado, que se encuentra regulado por las Leyes 14 de 1983 y 44 de 1990, porque no tienen ni pueden tener el carácter de propietarios de esos bienes”.

Constituye pues un grave hecho, que se esté cobrando este impuesto a los habitantes de la estación, ya que el Municipio se estaría presuntamente excediendo en sus facultades y se aleja del marco legal que regula esta actividad. A este respecto, la Procuraduría General de la Nación advierte “De tal manera que si los municipios no pueden establecer impuestos que no estén consagrados en la ley, tampoco pueden ‘cobrar’ aquellos que por ley no están creados respecto de

determinados sujetos pasivos, o sobre bienes que por tener una condición especial prevista por el legislador no pueden ser objeto de gravámenes” (Procuraduría General de la Nación, Concepto 214 – 432797. Expediente 18818., 2011).

1.4.2 Pronunciamiento de la Ley

El Decreto 0088 de enero 23 de 1984, establece que el impuesto predial es “El tributo que recae sobre los propietarios o poseedores de un predio”, este impuesto tiene unos factores:

Hecho Generador. El sólo hecho de figurar como dueño o poseedor de un predio da lugar a que se genere el Impuesto Predial.

Sujeto Activo. Cada Municipio es titular del Impuesto Predial que se genere por razón de los predios comprendidos dentro de su respectiva Jurisdicción territorial.

Las potestades tributarias de imposición, liquidación, recaudo, cobro compulsivo e inversión radican en cada ente Municipal.

Sujeto Pasivo. Toda persona en quien se realice el hecho generador del Impuesto Predial es el sujeto pasivo de él.” (Asamblea Departamental de Antioquia, 1989)

El artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 consagra: “en materia de impuesto predial y valorización, igualmente son sujetos pasivos del impuesto los tenedores de inmuebles públicos a título de concesión”; lo cual es declarado exequible por la Sentencia C-304/12, pero en el estudio de caso tampoco se presenta esa figura.

Según la norma, el impuesto se le puede cobrar incluso a los poseedores, y de esta manera el mismo Municipio de Angelópolis los reconoce como tales. Pero ya se ha aclarado que no es posible la posesión plena de bienes del Estado.

2. Marco normativo existente para que la comunidad legalice la tenencia y aquel que usa el estado para realizar un desalojo por ocupación

La Constitución Política consagra y garantiza la propiedad privada, al igual que la función social de esta, pero cuando se está frente a ocupación de bienes propios del Estado, como lo son los bienes de uso público y los bienes fiscales, por parte de particulares, el deber fundamental del Estado es recuperar estos bienes y velar porque sean utilizados y aprovechados para el bienestar común de los ciudadanos, encontrándose este deber aún por encima de los intereses particulares, así lo determina la Constitución Política en su artículo 82.

Tanto los bienes de uso público como los fiscales, se consideran como inalienables, imprescriptibles e inembargables; por lo tanto, el Estado debe asegurar la existencia de normas que le permitan recuperar dichos bienes cuando estos son objeto de ocupación. Aun cuando los habitantes de la estación en Angelópolis que poseen estos bienes hayan realizado construcciones y mejoras, esto no les garantiza de forma alguna obtener la pertenencia sobre dichos inmuebles, esto teniendo en cuenta lo estipulado en el Artículo 679 del Código Civil. Hasta este momento, el reconocimiento a ser poseedores de mejoras, les facilita un proceso de titulación y los legitima, mas no los legaliza.

2.1 La situación de los ocupantes de la estación de tren

Uno de los primeros hallazgos en este estudio de caso, fue la categoría en la que se encuentran los ocupantes, pues inicialmente se plantearon como meros tenedores y en el transcurso de las entrevistas, las encuestas y lo manifestado por la doctrina, la jurisprudencia y la ley, se constató que se consideran más como poseedores de mejoras. A este respecto, es necesario aclarar que el poseedor y el mero tenedor no obedecen a un mismo concepto, pues el mero tenedor reconoce que hay otro dueño y es consciente plenamente de su situación, mientras que el poseedor “*es la persona que sin tener documentos, tiene posesión de hecho sobre el inmueble y actúa como dueño del mismo*” (Hacienda, 2015). Esta es precisamente la condición

que asumen los habitantes de la estación en Angelópolis, pues consideran que tienen derecho legítimo para estar allí, porque unos compraron con documentos privados, otros lo “heredaron” de sus padres y hoy son una nueva generación y otros arriendan su casa. Son plenamente conscientes que no llegaron allí para usurpar un bien del Estado, sino que la misma alcaldía los ubicó provisionalmente por tres meses, los olvidó y dejó que posteriormente se convirtieran en más de treinta años.

Ciertamente los habitantes de la estación no ocupan más esas viejas bodegas y taquilla, por el contrario las habitan, porque no solo buscan techo y medidas de salubridad e higiene, sino que con ayuda de la misma defensa civil levantaron muros, divisiones y cada uno edificó su propia vivienda, buscando dignificarla, cambiar su realidad.

Se podría pensar que aunque fue el mismo Estado quien los ubicó provisionalmente en estas estaciones abandonadas, le estaría dando un uso social a la propiedad; sin embargo, este abusó de la buena fe de los habitantes que esperaron una solución a su situación, y como no hay una titulación ni seguridad en la tenencia, los dejó en una situación jurídica confusa, contrariando uno de los postulados del Derecho procesal que determina “en Colombia no pueden quedar casos sin resolver”.

Los habitantes de la estación reconocen que el problema no es la convivencia, pues ya están divididos por muros, hay un conceso general sobre las normas mínimas para convivir. El problema para el estudio de caso radica en la indiferencia y la falta de un proyecto que propenda alternativas de titulación.

Pese a los inconvenientes, pudieron cambiar su realidad y se adaptaron para generar todo un barrio y volverse centro de la actividad social del corregimiento. Gonzaga Cano dice que ya han hecho duelo por las propiedades que todos perdieron hace más de treinta años y optaron por no quedarse estancados para formar un cordón de miseria y asumieron una actitud de cambio,

pintaron de la forma más colorida sus fachadas y cada uno hizo las mejoras que su ingreso le permitió para dignificar su espacio. Hoy se reconocen como dueños, no esperan la generosidad del Estado, pero sí es necesario aclarar la situación jurídica en la que se encuentran; aunque el señor Gonzaga Cano relata que a mediados de los 80 hubo una fundación de caridad: “eran como muy católicos” (Cano, 2015), que ofrecían ayuda humanitaria y como contraprestación los habitantes de la estación debían tener un comportamiento “recto” y orar mucho, esto tal vez como un residuo de aquella concepción franciscana y caritativa con la que empezó la vivienda digna en Colombia según Tarchópolis. Esta caridad condescendiente que Gonzaga Cano hoy recuerda, sorprende porque de manera inconsciente él identifica a la religión como una de las primeras ideas jurídicas.

2.2 Prácticas jurídicas que le han permitido al Estado, ostentar el poder de desalojar

Aunque el Estado nunca ha reclamado u ordenado un desalojo en la estación, es necesario indicar los mecanismos con los que cuenta la Nación para poder realizar un desalojo por ocupación y posteriormente, aquellos con los que cuenta para legalizar ésta última.

Cuando se trata de ocupación de bienes de uso público, la Ley 1355 de 1970 (Código Nacional de policía) ha establecido la “Acción Restitutoria”, la cual se ejerce ante los alcaldes municipales, quienes en uso de sus funciones policiales, procederán a dictar el Acto administrativo que permita la restitución de estos bienes.

Existen dos medidas más, contempladas desde el mismo Código de Policía, estas son: la acción por perturbación y la acción por despojo; y que están encaminadas a proteger la posesión. El Código mencionado, en el capítulo V del Libro II, hace referencia a la primera de estas acciones, sin que se haya establecido un procedimiento para la misma. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la consulta Número 745

del año 1995 dice que al no existir procedimiento alguno, esta acción “se rige por las disposiciones nacionales sobre la materia y, en los aspectos que éstas no contemplen, por lo señalado en los códigos departamentales de policía”. En el caso de la segunda de estas acciones, también conocida como querrela de restablecimiento o despojo violento, es necesario establecer si la acción recae sobre un predio urbano, caso para el cual la Ley 57 de 1905 reglamentada mediante el Decreto 992 de 1930, establece el procedimiento de lanzamiento por ocupación de hecho; y tratándose de un predio rural, la acción se regirá por el Decreto - Ley 2303 de 1989, sobre jurisdicción agraria.

Para la recuperación de los bienes fiscales cuando estos están siendo ocupados y se encuentran en poder de terceras personas, el procedimiento que se debe seguir inicialmente, será el correspondiente a las acciones policivas de perturbación o de despojo, según sea el caso. Si el término para la ejecución de las acciones policivas, ha prescrito, se debe entonces adelantar el procedimiento correspondiente al proceso abreviado que dispone el Código de Procedimiento Civil para los asuntos relacionados a la tenencia.

Los desalojos y lanzamientos, no solo se realizan cuando se trata de ocupación ilegal, también se presentan por ejemplo en el evento que existen choques entre los intereses públicos con los privados, como en los casos de ejecución de obras de desarrollo e infraestructura, el Estado eventualmente puede realizar la expropiación de los bienes de propiedad de particulares y consecuentemente adelantar un desalojo.

El Derecho es también una construcción del lenguaje y al categorizarlos como ilegales, criminales o informales, le da autoridad al Estado para desalojarlos.

2.3 Prácticas jurídicas que le han permitido al Estado, ostentar el poder de legalizar la posesión

En los casos de ocupación de bienes del Estado, siempre que estos estén catalogados como

bienes Fiscales y no como bienes de uso Público, el ordenamiento jurídico ha creado algunas leyes que permiten la titulación de estos bienes a sus ocupantes, cuando la ocupación se ha realizado con el ánimo de establecer en ellos vivienda de interés social.

Es el caso de la Ley 9ª de 1989, la cual en su artículo 58, dispone que los bienes fiscales que hayan sido ocupados de forma ilegal, siempre que dicha ocupación se haya hecho antes de julio de 1988, podrán ser cedidos por parte de las entidades públicas del orden nacional a los ocupantes de éstos, esta cesión será a título gratuito y mediante Escritura Pública.

También se creó la Ley 1001 de 2005, la cual en su artículo 2º, modifica el artículo 14 de la Ley 708 de 2001, establece que: “Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los terrenos de su propiedad que sean bienes fiscales y que hayan sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación ilegal haya ocurrido con anterioridad al treinta (30) de noviembre de 2001”, la cesión de bienes acá contemplada, se realizará por medio de acto administrativo emitido por la entidad correspondiente, y este hará las veces de título de adquisición una vez agotado el trámite de registro en la Oficina de Instrumentos Públicos correspondiente al círculo registral del inmueble cedido.

3. Alternativas para la titulación de inmuebles ocupados en el presente estudio de caso

3.1 Casos que se han presentado en el Derecho Internacional que sirven como antecedente

A primera vista, la única manera de afirmar la seguridad en la tenencia a la que hace alusión la observación general N. 4 de la ONU es la titulación para tener propiedad privada. Esto es, la propiedad privada como garantía de seguridad en la tenencia y reconocimiento como propietario.

Sin embargo, no es la única realidad y ya en Paraguay, se abordan programas de titularización con la figura de la propiedad colectiva sobre bienes públicos.

Cierto es que los pronunciamientos internacionales como Casos contra Paraguay: Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaya, hacen referencia a la esfera de la propiedad de los pueblos indígenas, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el concepto de propiedad en estos casos. En concordancia con los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la función social de la propiedad, incluso la pública. El artículo 21 de la Convención americana sobre derechos humanos indica respecto al Derecho a la propiedad privada en su artículo 1: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

En estos procesos se pone de manifiesto la tensión no solo entre derecho del Estado y vivienda digna, sino entre la soberanía estatal y el derecho a la propiedad de los habitantes de la estación, que se vuelve en este estudio de caso, un interés contra mayoritario, pues así mismo, estos pueblos indígenas constituyen una minoría para el Estado. Dado que nos encontramos en un Estado Social y Constitucional de Derecho, sería conveniente afirmar que la protección de las garantías individuales toman un valor elevado y ya que nos regimos por normas, pero fundamentalmente por la Constitución Política.

Los dos casos mencionados hacen referencia a desplazamiento forzoso en tierras ancestrales de dos comunidades indígenas, que fueron desplazadas progresivamente por la propiedad privada y se vieron obligados a vivir a orillas de las carreteras o se fragmentaron a lo largo de Paraguay.

El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH se basó en considerar no solo individualmente la protección de derechos de cada indígena, sino ver a la comunidad como un solo sujeto de derechos.

Cabe también reconocer, que la Corte IDH resalta que la desafectación únicamente de bienes fiscales entre otros resulta “abiertamente inefectivo” e insta a que el Estado cree un “sistema jurídico nacional” (Corte IDH, 2001) para el caso de restitución de tierras a las comunidades indígenas, es decir, crear un marco jurídico para una situación específica, tal como se hizo con Moravia.

Acorde pues con el Derecho Internacional, los procesos de desafectación de los bienes del Estado, no deben obedecer solamente a un capricho de este o limitarse a una normatividad taxativa, del tipo inalienable, inembargable, imprescriptible, pues hay casos que lo contrarían.

3.2 Uso Alternativo del Derecho como instrumento para crear nuevas realidades sociales

El uso alternativo del *Derecho*, aparece como una práctica que acerca el Derecho a los más necesitados y se identifica con el principio de solidaridad con aquellos a quienes se les han arrebatado sus derechos. Se trata de una práctica que aprovecha la estructura jurídica existente desde el derecho positivo para tomar aquellas normas que benefician a los más oprimidos y en consecuencia se torna en un instrumento de liberación social, de lucha por los intereses de las comunidades menos favorecidas y atropelladas. Por tanto, se constituye en un factor creador de nuevas realidades sociales.

Es fundamental aclarar que el Derecho alternativo y el uso alternativo del Derecho, no son un mismo fenómeno. Aunque ambos tienen su origen en lo que Carlos Antonio Wolkmer llama “las crisis de paradigmas” (Wolkmer, 2003), una crisis ética producto del capitalismo, el individualismo, la competencia y la producción. El uso alternativo del Derecho nace en Europa y tenía por objeto llegar a la justicia por medio de una nueva actividad interpretativa de la norma, de manera que “Dependiendo de la forma y/o del uso que se haga del instrumental normativo, el operador judicial orienta/condiciona/cataliza políticamen-

te los efectos de las crisis políticas, sociales e institucionales en una determinada dirección (De Lourdes Souza, 2001). En este contexto, el movimiento defiende el cargo de los jueces en un sentido elevado como verdaderos protagonistas de la justicia, con una función social y los desliga de lo estrictamente formal. Es decir, se busca una orientación social de la práctica jurídica y del juez como agente político. Cabe anotar que la tesis de Duncan Kennedy es precisamente que “la ideología forma parte esencial del discurso jurídico” (Kennedy, 1999), refiriéndose concretamente a la ilusión de la neutralidad y coherencia de la justicia y al papel ideológico que desempeñan los jueces.

El Derecho alternativo aparece en América Latina en la década de los 80, pero ya no tiene solo a los jueces como un contrapoder, sino que tiene como factor fundamental de la justicia a las comunidades. Al ser la comunidad la que adopta una actitud de lucha y de liberación y al ver el Derecho no solo como norma sino como acuerdo producto de las necesidades o mejor aún, como intermediación entre las necesidades de los marginados, es lo que constituye el pluralismo jurídico; el cual reconoce la existencia de múltiples prácticas y formas normativas diferentes a las que emanan del Estado y los integra a todos en torno a necesidades comunes, de tal forma que la comunidad pasa de ser espectadora a ser participante y emancipada. Según Wolkmer, el Derecho alternativo no busca cambiar las normas injustas por justas, sino “identificar el Derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad” (Wolkmer, 2003).

Valiéndose para este fin de tres prácticas descritas por el magistrado Amilton B. Carvalho: “1). **Positivismo de combate:** uso y reconocimiento del derecho positivo como arma de combate, es la lucha para la efectivización concreta de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero que no están siendo aplicados. 2). **Derecho alternativo en sentido estricto:** derecho paralelo, emergente, insurgente, encontrado en la calle, no oficial, que coexiste con aquél otro emergente del Estado, es un derecho vivo, actuante, que está

en permanente formación/transformación y 3). **Uso alternativo del Derecho:** utilización, vía interpretación diferenciada, de las contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho legislativo en una óptica democratizante”. (Wolkmer, 2003)

Con lo anterior, las prácticas del Derecho alternativo engloban, por decirlo de alguna forma, el concepto de Uso alternativo del Derecho que viene a definirse también como “el proceso hermenéutico por el cual el intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante” (de la Torre Rangel, 2006) Pero el Uso alternativo del Derecho no necesariamente parte del Pluralismo Jurídico, y en algunos casos puede llegar a negarlo, ya que interpreta y aplica el mismo Derecho con el que ya cuenta el Derecho estatal. Este proceso interpretativo, anima a luchar y a buscar mecanismos que permitan la defensa de los derechos, independientemente de si ya existen formalmente. Por lo anterior, el uso alternativo del Derecho no solo es interpretación alternativa sino que es todo un movimiento crítico que busca transformar la sociedad, informando a las comunidades, haciéndolas participantes activas, buscando la democracia y la justicia.

3.2.1 *El estancamiento de la sociedad*

“El Derecho moderno ha sufrido un proceso de fetichización como el absoluto. Como algo fuera de control del ser humano, al cual es necesario obedecer y rendir culto” (de la Torre Rangel, 2006).

Las prácticas positivistas rígidas han frenado la evolución del Derecho y han cerrado la puerta a las posibilidades de un proceso creativo en la elaboración de las leyes. De tal manera que hoy, la esencia del sistema son las normas, las instituciones y los códigos con su aplicación estricta. Esto pone de manifiesto la paralización jurídica en la cual nos encontramos.

Nuestra sociedad basada en el capitalismo desenfrenado, que solo busca proteger los intereses de los poderosos, sostener un estilo de vida

donde prima el individualismo, el consumismo y desaparece el concepto de Comunidad; se apropia del Derecho como una importante herramienta legitimadora de la desigualdad. En consecuencia, mientras el Derecho siga siendo usado para mantener el statu quo de un sistema de culturas de masas; la libertad y la justicia social serán el blanco de los ataques de la Cultura depredadora (McLaren, 1997) que debe por todos los medios, asegurar su permanencia, obligando al estancamiento de la sociedad; apoyado en la legalidad que le da un Derecho inmoral.

Respecto a la inutilidad del Derecho al servicio de los intereses de los poderosos, su incapacidad de hacer verdadera justicia queda evidenciada con la siguiente frase de Enrique Dussel: “legalidad de la injusticia es hablar de la ilegalidad de la justicia, o de la promulgación de la inmoralidad como orden legal o de la prohibición de la moralidad en el mismo orden” (Dussel, 1973). El Derecho en nuestro sistema, es la voz y la representación de los más poderosos.

3.2.2 El derecho de los empobrecidos

Según Foucault “el poder es esencialmente el que reprime; el poder reprime por naturaleza, a los instintos, a una clase, a individuos” (Foucault, 1996) y agrega “el poder es considerado como un derecho del cual se sería poseedor a la manera de un bien y que se podría, por lo tanto, transferir o alienar, a través de un acto jurídico o un acto fundador de derecho”.

El Derecho como instrumento legitimador del poder, ha abandonado el concepto de comunidad y solidaridad y los ha reemplazado por la necesidad de controlar todos los aspectos de la vida. Ha favorecido la desigualdad y ha implantado la creencia en su omnipotencia. Se convirtió en el arma de los poderosos para explotar la desigualdad en su propio beneficio y convertirse en el enemigo invisible de los débiles, que no cuentan con el favor de poseer el bien del poder.

En un sistema donde la indiferencia es reinante en la sociedad civil, la inoperancia de las

instituciones estatales agudizan los conflictos sociales, los dineros públicos son arrebatados del sacrificio de las clases marginadas y distribuidos en un sistema corrupto, que hace mal uso de la propiedad pública, que premia a los poderosos y los ampara bajo la ley. El poder judicial aparece para proteger y brindarles garantías a los ricos, a los privilegiados de la sociedad, mientras que los menos favorecidos deben permanecer inertes; deben presenciar una justicia selectiva.

Por tanto, el objetivo del Derecho no debe ser entonces la Ley (normas y parámetros) sino la justicia y en ese sentido se ve como fondo en el uso alternativo del Derecho la lucha por los derechos humanos a partir del pobre (de la Torre Rangel, 2006) buscando la emancipación de los sectores más vulnerables y propiciando un marco de lucha donde se le da voz e interlocución a los marginados y se legitima su causa social como justa. Según Rangel, el uso alternativo del Derecho si se compadece con el enunciado “el ser humano, raíz de todo derecho”

El uso alternativo del Derecho le permite a los empobrecidos resistirse a los poderes controladores del Estado. De manera que los empobrecidos, los débiles, los despojados puedan conocer sus derechos, organizarse, ser participantes y llegado el momento, desprenderse de las destrezas del abogado y asumir el Derecho como el verdadero intermediario de sus necesidades y demandas.

Una de las principales alternativas que tienen los habitantes de la estación para lograr la titulación, nace desde el mismo Derecho positivo, a la luz de la Ley 1001 de 2005, la cual en el artículo 2º inciso 1º dice que “Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los terrenos de su propiedad que sean bienes fiscales y que hayan sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación ilegal haya ocurrido con anterioridad al treinta (30) de noviembre de 2001.

La cesión gratuita se efectuará mediante resolución administrativa a favor de los ocupantes, la cual constituirá título de dominio y una vez

inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos, será plena prueba de la propiedad. Las demás entidades públicas podrán efectuar la cesión en los términos aquí señalados.” (Congreso de Colombia, 2005), Dado esto, se cumple el periodo de la ocupación con anterioridad al 30 de noviembre de 2001. Igualmente, como ya se indicó, el mismo alcalde los reubicó allí para garantizarles por lo menos un derecho a la vivienda a las familias y hogares con escasos ingresos económicos, debido a una catástrofe natural.

La misma Ley en su artículo 2° inciso 3° aclara que no es posible realizar la cesión de los bienes de uso público o fiscales, si estos están destinados a salud o educación, lo cual no aplica en este estudio de caso.

Aunque ya desde el año 2001 la Ley 708 en su artículo 14 establecía la cesión gratuita de bienes fiscales a ocupantes ilegales que antes de 1988 ocuparan este tipo de bienes. Retrocediendo, se encuentra también la Ley 9ª de 1989, la cual en su artículo 58 establece algo similar “Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los inmuebles de su propiedad que sean bienes fiscales y que hayan sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación ilegal haya ocurrido con anterioridad al veintiocho (28) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). La cesión gratuita, mediante escritura pública, se efectuará a favor de los ocupantes.” (Ley 9ª, 1989). Nos encontramos entonces ante la Ley 1001 de 2005 que mantiene lo estipulado en las anteriores leyes y cumple con los requisitos para el estudio de caso.

Consideramos que esta Ley en parte desarrolla el artículo 51 de la Constitución Política, en el cual el Estado debe promover el acceso a vivienda digna. Igualmente, con el Decreto 4825 de 2011 se reglamentan los artículos 2, 4, 6 y 7 de la Ley 1001 de 2005, derivando la obligación de constituir patrimonio de familia.

Así mismo, el artículo 90 de la Ley 1151 de 2007 destaca sobre las transferencias de inmuebles para VIS: “Las entidades públicas del orden

nacional y territorial de carácter no financiero que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como los órganos autónomos e independientes, podrán transferir a título gratuito a Fonvivienda o a las entidades públicas que desarrollan programas de vivienda de interés social de carácter territorial, departamental, municipal o Distrital, los bienes inmuebles fiscales de su propiedad, o la porción de ellos con vocación para construcción o el desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional y sin perjuicio de lo establecido en los Planes de Ordenamiento Territorial, previa presentación de una propuesta que contenga el objeto y término de proyecto a desarrollar, así como su viabilidad técnica, jurídica y financiera” (Ley 1151, 2007)

Además, el artículo 8° de la Ley 708 de 2001 dispone: “Los bienes inmuebles fiscales de propiedad de las entidades públicas del orden nacional, de carácter no financiero, que hagan parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como de los órganos autónomos e independientes, que no tengan vocación para la construcción de vivienda de interés social, y además que no los requieran para el desarrollo de sus funciones, y no se encuentren dentro de los planes de enajenación onerosa que deberán tener las entidades, deben ser transferidos a título gratuito a otras entidades públicas conforme a sus necesidades, de acuerdo con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, con excepción de aquellos ocupados ilegalmente antes del 28 de julio de 1988 con vivienda de interés social, los cuales deberán ser cedidos a sus ocupantes, en virtud de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 9ª de 1989”.

Por tanto, en desarrollo del artículo 51 de la Constitución Política, la administración municipal de Angelópolis puede transferir a título gratuito los bienes fiscales correspondientes a la estación del tren en Angelópolis a sus habitantes con destino a vivienda de interés social ya que cumplen con el artículo 2° de la Ley 1001 de 2005 y las disposiciones reglamentarias. Esto es, una resolución administrativa que a su vez constituye

título de dominio y se convierte en la prueba de la propiedad del inmueble al ser inscrita en la Oficina de Registro en Instrumentos Públicos.

Hay puntos que juegan en contra, como lo son: falta de continuidad asistencial en programas sociales en los diferentes planes de desarrollo, la falta de un líder comunitario, la escasa movilización de recursos financieros por parte del municipio y la falta de inclusión en el POT.

La misma Corte Constitucional realiza una hermenéutica sobre la función social que prestan también los bienes fiscales y en la que señala “bienes que son propiedad de entidades estatales pero que no son de uso público o afectados a un uso o servicio público. Son, en cierto sentido, bienes de propiedad privada de las entidades estatales, que los utilizan para cumplir uno determinados fines de interés general. En ese orden de ideas, si una entidad pública abandona un bien de su propiedad, de suerte que permite su ocupación por particulares, es legítimo concluir que esa entidad no está cumpliendo con la función social de la propiedad de la cual es titular. (Sentencia C-251, 1996).

Y añade “Y eso es precisamente lo que efectúa la norma bajo revisión, puesto que ordena la transferencia de esos bienes fiscales, que no han sido adecuadamente manejados por una entidad estatal, a personas que los han ocupado por la necesidad de vivienda que tienen que satisfacer. El Legislador ha considerado que esos bienes son socialmente más útiles, y cumplen entonces en mejor forma su función social, si se permite su transferencia a pobladores que ya los ocupan y los requieren para su habitación.”

3.2.3 Casos locales de éxito en la titulación

- Caso Ley Tocaima

La Ley 137 de 1959 también conocida como “Ley Tocaima” surge como una forma por medio de la cual la nación cede inicialmente, al Municipio de Tocaima Cundinamarca, algunos terrenos urbanos considerados como baldíos, los cuales según la misma ley “Se presume que no han salido

del patrimonio nacional y que son propiedad del Estado”. La finalidad de esta cesión era, de una parte poder titular por documento de compraventa estos predios a aquellas personas que venían ocupándolos y de otra parte, que el municipio obtuviera recursos para la construcción de su acueducto, tal como se señala en el artículo 4º, literal C de dicha Ley.

En su artículo 7º, la Ley 137 de 1959, hace extensiva la cesión de terrenos urbanos a los demás municipios del territorio nacional, que estuvieran bajo iguales condiciones jurídicas a los del municipio de Tocaima, aunque no precisa que los recursos obtenidos como fruto de las ventas hechas por los demás municipios que aceptaran la cesión de estos predios, debería tener una destinación idéntica a la señalada para Tocaima.

No solo se permite la cesión y posterior venta de predios ocupados y con mejoras, sino también aquellos que no estuviesen ocupados o de quien teniendo mejoras no mostraran interés por adquirirlos, dejando la libertad para fijar el precio de los mismos en manos del municipio.

Por lo anteriormente dicho, la Ley Tocaima de un lado abre la posibilidad para que los municipios obtengan algunos recursos como fruto de las ventas de este tipo de bienes, y por otro lado brinda la oportunidad para que aquellas personas que han establecido en dichos lotes su vivienda, puedan obtener un título de propiedad al que no tendrían acceso de algún otro modo.

- Caso Moravia

Para este estudio de caso nos limitaremos a citar que fue necesario un “Plan de Regularización Integral de Predios” por medio del Decreto 1958 de 2006, por el cual se adopta el Plan Parcial de Mejoramiento Integral del Barrio Moravia para el periodo 2005-2011. Allí se evidencia un amplio desarrollo técnico, donde hubo un tratamiento del tema de reasentamiento, espacio público, tejido productivo, salud pública, salud sexual y legalización integral de predios.

Inicialmente puede distar del estudio de caso por tratarse de un reasentamiento urbano, pero

toma relevancia las creaciones de Derecho que se hicieron y se muestra como un caso exitoso local por el tratamiento social que se dio a los moradores, pues no solo se trató de titular predios, sino de dotar de los mínimos requisitos como vías, servicios públicos, construcciones seguras, como requisito para legalizar, teniendo en cuenta la Observación General N. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en cuanto a las condiciones de habitabilidad de la vivienda y la seguridad en la tenencia.

Aquí la aplicación de la Ley 1001 de 2005 presentó dificultades, pues no todos los predios cumplían con los requisitos mínimos y se crearon una serie de alternativas basadas en actos administrativos para los casos atípicos. Es decir, en algunos casos se adaptaba la realidad al Derecho y en otros, el Derecho a la realidad.

Tal es el caso, del Decreto 1958 de 2006 en su Sección 2 Normas Básicas para la Unidad de Regularización Integral de Predios, artículo 43:

- Accesibilidad o vinculación a la malla vial a través de una vía o una servidumbre.
- Que no se localice en suelo de protección y/o de riesgo.
- Que no ocupe espacio público.
- Que al interior garantice condiciones mínimas de iluminación, salubridad, ventilación y seguridad.
- No se permitirán sótanos dado el nivel freático de los suelos.
- Se podrá adicionar una nueva destinación en edificaciones consolidadas, sin superar el aprovechamiento, siempre y cuando el lote tenga o supere los sesenta metros cuadrados (60 m²).

Con lo que dan cuenta de la creación de Derecho para una realidad y que no se trata únicamente de titular un predio en cualquier condición. Constituye un avance en el reconocimiento a las implicaciones de la vivienda digna, pues no

solo se contempló para el caso de los moradores, la necesidad de titularidad, sino que se vio la dimensión de unas normas básicas de vivienda.

Otro aspecto en el uso alternativo del Derecho, radica en que inicialmente Moravia era un bien con destinación de uso público y a través del Decreto 1958 de 2006, se le dio una significación a bien inmueble fiscal, aun siendo público y pese a la implicación de imprescriptibilidad.

El Concejo municipal de Angelópolis, puede hacer uso de la facultad constitucional para cambiar el uso o desafectar el predio de la estación, de acuerdo con el artículo 313 de la Carta Política en su numeral 7° que establece “Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”, para poder darlo a título gratuito a los habitantes, pese a que el municipio no sea el propietario de estos bienes, pero se benefician de él. La misma Corte Constitucional señala que las “situaciones de indefinición de la propiedad” (Sentencia C-251, 1996) es un factor generador de inequidad social que no se puede permitir en un estado social y constitucional de Derecho.

Para finalizar, a los habitantes de la estación se les viola entonces, el derecho a la igualdad ante la ley, la justicia, la equidad y la confianza legítima. Pues aunque el principio de la confianza legítima, es utilizado para resolver casos en los que hay de por medio choques entre los particulares y el Estado por la ocupación y posterior intento de recuperación del espacio público, cuando dicha ocupación ha sido de alguna forma legitimada por el mismo Estado, y en palabras de la Corte constitucional, es aquel que “deriva de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la Administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o re-

glas aplicables a su relación con las autoridades” (Sentencia T-020 , 2000) del Magistrado ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

En el estudio de caso que nos ocupa, el principio de la confianza legítima, podría llegar a surgir y ser aplicable, en el evento de que la Administración municipal, o la entidad estatal que en su momento estuviese encargada del manejo de las vías férreas, ya sea la Empresa Colombiana de Vías Férreas –Ferrovías o Instituto Nacional de Vías –INVIAS, intentasen recuperar sea por medio de un desalojo u otra acción judicial o policial, la posesión de los inmuebles que por espacio superior a treinta (30) años se han constituido en el hogar de las familias que en ellos habitan.

De presentarse el supuesto planteado anteriormente, sería la confianza legítima un medio de defensa para estas familias, quienes en su mayoría llegaron a este lugar como producto de una reubicación hecha de forma verbal, por parte del alcalde municipal y aunado a esto el pago de servicios públicos, y el cobro del impuesto predial que la misma Administración municipal viene haciendo por las mejoras que en este lugar se han hecho por parte de las familias, puesto que estos actos, según la Corte, se constituyen de una parte en prueba del consentimiento estatal para quienes allí habitan: “Constituyen entonces prueba de buena fe los permisos otorgados, las promesas hechas, lo tolerancia y permisión de uso de espacio público, la prestación de servicios públicos y la recepción de pago de impuestos” y de otra parte, generan en los habitantes de la estación “expectativas favorables en su favor” (Sentencia T034 , 2004).

Conclusión

Uno de los planteamientos iniciales de este estudio de caso, radica en que la inacción del Estado se le revierte. Pareciera que la problemática de habitación de “*la estación*” del tren, ubicada en el corregimiento del mismo nombre, se debe en gran parte a la omisión de prestar asistencia social y una solución de fondo que se quedó en una

promesa que lleva más de treinta años. Es claro que no se busca el modelo de Estado benefactor, pero tampoco el Estado que aplica el principio de la no intervención planteado por Humboldt, sino más bien un principio de solidaridad con todos los programas de vivienda que hoy se impulsan.

Se deja el planteamiento que vivienda digna no es un concepto homogéneo o que se pueda aplicar a todos, pues la adecuación cultural es uno de los parámetros menos tenidos en cuenta para la vivienda digna y cada uno tiene un concepto diferente de lo que significa dignidad.

El debate curiosamente se sigue centrando en gran medida, más que en la dignidad, en la propiedad privada y en el derecho a realizar negocios jurídicos, porque se podrían adoptar modelos de propiedad comunitaria que toman un valor significativo.

Queda la sensación de una desarticulación del Estado, en cuanto a su proceder y conceptos, pues la Corte Constitucional avanza en su jurisprudencia de una manera que otros organismos estatales no lo hacen y reconocen una función social en la propiedad, algo que desconocen muchas administraciones y gobernantes que optan por actuar de forma solapada al cobrar unos impuestos sobre bienes de los cuales no deberían, pero que paradójicamente, sirven como prueba para legitimar la posesión de mejoras, pues sin cobro de impuestos, sería más difícil legalizar la posesión.

El mismo Derecho que condena también libera y el modelo de Estado social de derecho reconoce que la propiedad se vuelve la capacidad de determinar nuestra voluntad, y esto es lo que han hecho los habitantes de la estación, considerados poseedores de mejoras , porque el Estado debe reconocerles un derecho abstracto; que hay una voluntad diferente a la suya. Gracias a esto, la Corte Constitucional en su Jurisprudencia dice que la propiedad del Estado debe con más razón cumplir una función social, pues si es del Estado y nadie más la puede tener, ¿para qué existe entonces? La Corte responde que solo tiene sen-

tido la propiedad si se usa, sea o no del Estado. La legalización obedece entonces a un principio rector de la sociedad, el contrato, como un medio para que el titular de la propiedad sea reconocido y se puedan realizar transacciones financieras a través en parte por el pago de impuestos. Reconocer mediante el cobro de impuestos que los habitantes de la estación son poseedores de mejoras, implica reconocer una voluntad y por tanto una propiedad.

Colombia podría seguir el ejemplo de países como Argentina o Portugal que ante esta problemática, decidieron vender las estaciones para negocios o viviendas. El fallido intento en Aracataca solo logra mostrar un turismo para ver lo que nunca se terminó y esto evidencia aún más, que dependiendo de la geografía el problema es diferente. Si bien es cierto que la incertidumbre hace que muchos habitantes de estaciones se mantengan a la defensiva y su plan no sea el de acoger, no es el caso de los habitantes de la estación, pues no pierden el sentido de la hospitalidad.

La alternativa jurídica entonces está en la Ley 1001 de 2005 y la creación de un régimen excepcional en el Concejo Municipal de Angelópolis.

Las exigencias para la titulación van generando una especie de filtro, que reduce las posibilidades de titulación para muchos predios que quedan por fuera del programa y deben acogerse a otras posibles soluciones. Cabe en este punto resaltar, como la Ley de manera simple resuelve el problema de la vivienda digna, asimilándola a la Vivienda de Interés Social, y reduciendo los parámetros para determinar qué predio se puede titular, en que su uso esté destinado a la vivienda, que esté construido sobre un bien fiscal y en el avalúo de las mejoras, el cual debe ser correspondiente al que se determina para la VIS.

Quedan por fuera de las posibilidades de titulación, los predios que tengan un uso diferente, y en la realidad de la Estación, hay un establecimiento comercial que debería tener otra figura jurídica. Así mismo, quedan por fuera de esta posibilidad, los que están ubicados en zonas de riesgo

no recuperables, o en zonas que serán destinadas a espacio público o equipamientos, y los predios que fueron ocupados con posterioridad a la fecha señalada en la Ley.

Referencias

- Sentencia No. C-467, Sentencia No. C-467/93 (Corte Constitucional 1993).
- Sentencia No. C-595, Sentencia No. C-595/95 (Corte Constitucional 1995).
- Sentencia C-251, Sentencia C-251/96 (Corte Constitucional 1996).
- Sentencia T020, Sentencia T020 de 2000 (Corte Constitucional 2000).
- Sentencia C-876, Sentencia C-876/02 (Corte Constitucional 2002).
- Corte Suprema de Justicia, Demanda de Casación proceso 7052 (extracto jurisprudencial del segundo semestre del 2003 de la Relatoría Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia 2003).
- Sentencia C-183, Sentencia C-183/03 (Corte Constitucional 2003).
- Sentencia n° 1484, Sentencia n° 1484 de Sección Primera (Consejo de Estado 20 de Marzo de 2003).
- Sentencia T034, Sentencia T034 de 2004 (Corte Constitucional 2004).
- Sentencia C-304, Sentencia C-304/12 (Corte Constitucional 2012).
- Acuerdo 009 Concejo Municipal, A. (2012). Acuerdo 009. Por medio del cual se aprueba el plan integral de convivencia y seguridad ciudadana 2012-2015. Angelópolis: Concejo Municipal Angelópolis.
- Alcaldía Municipal, A. (2015). Contrato CD-019-2015. Prestación de servicio de apoyo a la ejecución de los proyectos de formación deportiva y lúdico recreativas en el corregimiento la estación del municipio. Angelópolis: Alcaldía Municipal.
- Asamblea Departamental de Antioquia. (1989). Decreto 0088 de enero 23 de 1984 - Ordenanza 70 de diciembre 28. Medellín.
- Berrio, F. (Dirección). (2012). El hacedor de ima-

- nes Documentales Teledimedellín [Película].
- Cano, G. (6 de Marzo de 2015). Habitante de la estación. Comunicación Personal. (D. Ciro, Entrevistador)
- Colorado, C. A. (6 de Marzo de 2015). Habitante de la estación. Comunicación Personal. (D. Ciro, Entrevistador)
- Congreso de Colombia. (2005). Ley 1001 de 2005. Por medio de la cual se adoptan medidas respecto a la cartera del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en Liquidación, y se dictan otras disposiciones. Bogotá.
- Congreso, C. (1918). Ley 46 de 1918. Por la cual se dicta una medida de salubridad pública y se provee a la existencia de habitaciones higiénicas para la clase proletaria. Bogotá: Congreso de Colombia.
- Congreso, C. (1939). Decreto 200 de Enero 28 de 1939. Por el cual se dictan algunas disposiciones referentes a los bancos de crédito territorial y se fomenta la construcción de viviendas campesinas. Bogotá: Congreso de Colombia.
- Consejo de Estado. (1995). Consulta 745 del Consejo de Estado del 29 de Noviembre Sala de Consulta y Servicio Civil. . Bogotá.
- Corte IDH. (2001). Serie C No. 146, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Recuperado el 2015, de http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/indigena_sawhoyamaya.pdf
- Cuéncar, R. M. (1980). El Ferrocarril de Antioquia. Historia de una Empresa Heroica. Medellín: Imprenta Departamental de Antioquia.
- de la Torre Rangel, J. A. (2006). El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología Jurídica y uso alternativo del derecho. . México: CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- De Lourdes Souza, M. (2001). El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil. Bogotá: Unilibros. Colección Teoría y Justicia, Universidad Nacional de Colombia- (ILSA). .
- De Sousa Santos, B. (2004). Otra Globalización es posible. En entrevista con Miguel Chavarría y Fernando García. Ecuador. : Iconos. Revista de Ciencias Sociales, núm. 19.
- Dussel, E. (1973). Para una ética de la liberación latinoamericana. Buenos Aires.
- Foucault, M. (1996). Genealogía del Racismo. Altamira.
- Gobernación de Antioquia. (2012). Municipio de Angelópolis. Plan de Desarrollo Municipal 2012-2015. Medellín.
- Hacienda, S. D. (2015). Secretaría Distrital de Hacienda. Recuperado el 2015, de <http://www.shd.gov.co/>
- Hincapié, M. T. (1998). Las Soberanías en Vilo en un Contexto de Guerra y Paz. Medellín: Instituto de Estudios Políticos Universidad de Antioquia. Estudios Políticos No13 Julio-Diciembre .
- ISVIMED. (2012). Instituto Social de Vivienda y Hábitat de Medellín. Recuperado el 2015
- Kennedy, D. (1999). Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Bogotá: Nuevo Pensamiento Jurídico - Siglo del Hombre Editores.
- Ley 21. (1989). Ley 21, 2 de Febrero de 1988. Por la cual se adopta el programa de recuperación del servicio público de transporte ferroviario nacional, se provee a su financiación y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial No. 38.197.
- Ley 9. (1989). Ley 9 de 1989. Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones. Congreso de Colombia. Bogotá.
- LEY1151. (2007). LEY 1151 Congreso de Colombia. Bogotá.
- Martínez, C. .. (2007). Anatomía de los Ciclos Económicos en Colombia 1970-2007. Borradores de Economía N°496. Bogotá, Banco de la República.

- McLaren, P. (1997). *Pedagogía crítica y cultura depredadora: Políticas de oposición en la era posmoderna*. . Paidós Ibérica. .
- Mincomercio. (2015). Del Instituto Nacional de Concesiones. Recuperado el 2015, de <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=12850>
- Ministerio de Vivienda. (2005). *Guía de Saneamiento y Titulación de la Propiedad Pública Inmobiliaria*. Bogotá: Serie Espacio Público Guía No. 6.
- Ministerio de Vivienda, C. y. (2014). *Colombia: 100 años de Políticas Habitacionales. Para el Séptimo Foro Urbano Mundial*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Molina, F. (1998). El ferrocarril de Amagá. Desarrollo de la ingeniería antioqueña. *Revista Credencial Historia*. No 102.
- Parra, A. T. (6 de Marzo de 2015). Habitante de la estación. *Comunicación Personal*. (D. Ciro, Entrevistador)
- Plan de Gobierno Angelópolis, A. M. (2012). *Plan de Gobierno Alcaldía Municipal Angelópolis*. Recuperado el 2015, de http://www.angelopolis-antioquia.gov.co/apc-aa-files/65643136326532383931336531396632/Plan_de_Gobierno.pdf
- Poveda, G. (1974). *Antioquia y el Ferrocarril de Antioquia*. Medellín: Gráficas Vallejo.
- Procuraduría General de la Nación. (2010). Radicación 041-2281-2009. Expediente 412281. PROCURADURIA PROVINCIAL DE GIRARDOT.
- Procuraduría General de la Nación. (2011). Concepto 214 – 432797. Expediente 18818. Bogotá.
- Tarchópulos, D. (2003). *Vivienda Social: miradas actuales a retos recientes*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano CEJA.
- Wolkmer, A. C. (2003). *Pluralismo Jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Omisión legislativa en el ordenamiento jurídico interno de la obligación de tipificación del delito de Apartheid*

*Rafael Arredondo Uribe***

*Santiago Orrego González****

*Andrés Felipe Tamayo Correa*****

Asesor: Tulio Armando Rodríguez Rosero

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

La norma jurídica en materia penal, propende por la protección de bienes jurídicos que son considerados elementos esenciales para el desarrollo de la persona en la sociedad, para lo cual los Estados, dentro de la creación de normas de Derecho Internacional buscan ampliar la esfera de protección de estos presupuestos, como parte de la universalidad que se predica, específicamente en materia de derechos humanos. En razón de esto, la creación de la Corte Penal Internacional en 1998 busca perseguir y sancionar a quienes atenten contra la sociedad con la comisión de delitos tales como el genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, encontrándose en estos últimos el delito de apartheid; crímenes que ofrecen la posibilidad de sancionar a los autores en calidad de personas naturales, castigándose así una forma más de discriminación, que el ordenamiento interno no aborda de una manera plena y eficaz.

Palabras clave: Apartheid. Castigo. Corte Penal Internacional. Derecho Internacional. Delito de lesa humanidad. Discriminación. Estatuto de Roma. Organización de Naciones Unidas. Racismo.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador I del núcleo básico de fundamentación jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

** Estudiante de sexto semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

*** Estudiante de sexto semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

**** Estudiante de sexto semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

Legislative omission in the internal legal order of the classification of the obligation of apartheid's felony

Abstract

The legal standard in criminal matters aims for the protection of legal goods, which are considered essential elements for the development of the individual in society, for which the States within the creation of international law seek to expand the sphere of protection of these allowances, as part of the universality that is preached, specifically in human rights. Based on this, the creation of the International Criminal Court in 1998 seeks to prosecute and punish those who threaten society with the commission of crimes such as genocide, war crimes and crimes against humanity, finding among these ones the apartheid; crimes that offer the possibility of punishing the criminal masterminds in quality of natural person, and punishing this way one more action of discrimination, that the internal legal order does not address in an entire and efficient manner.

Keywords: Apartheid. Punishment. International Criminal Court. International Law. Crime against humanity. Discrimination. Rome Statute. United Nations Organization. Racism.

Introducción

El contexto jurídico actual, demanda que los ordenamientos jurídicos de los Estados dispongan de elementos complementarios de carácter internacional, apuntando a una protección complementaria de carácter vinculante en materia de garantías sustanciales y procesales orientados a la protección de derechos humanos bajo criterios de convergencia, con el fin de proteger a las personas ante la lesión a los bienes jurídicos que tutela la normatividad nacional e internacional, así como evitar la impunidad de quienes lesionan dichos bienes jurídicos.

Por estos motivos, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas sugirió la creación de un tribunal de carácter supranacional y complementario a las jurisdicciones nacionales, que conociera de los delitos más graves contra la humanidad, debido a las atrocidades acaecidas en el siglo XX a partir de la vulneración de toda clase de derechos, naciendo de esta necesidad la Corte Penal Internacional, entidad de carácter independiente que surge a la vida jurídica con la suscripción del Estatuto de Roma en Julio de 1998, instrumento de derecho internacional que se vincula al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 742 de 2002. En dicho estatuto, su preámbulo contiene obligaciones para los Estados miembro, en el que se incluye la tipificación de las conductas a aplicar dentro de la normatividad penal aplicable. Con este postulado se pretende observar el incumplimiento de esta obligación y algunos de los efectos que genera en la eficacia de la Ley 1482 de 2011, que regula los actos de discriminación y racismo, conductas que denotan un amplio contenido en cuanto a materialización de las mismas en el ámbito fenomenológico, lo cual, desde el actual tratamiento, resulta aparentemente punible, pero con limitaciones que derivan en conductas sin sanción penal.

1. El apartheid como delito de lesa humanidad en contexto jurídico

1.1 Delito de Apartheid

El apartheid actualmente, está tipificado por el Estatuto de Roma, dentro de los delitos de lesa humanidad, contenidos en el artículo siete del texto, el cual define los delitos de lesa humanidad así:

Artículo 7 - Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.” (Ley 742 de 2002, Artículo séptimo)

La misma norma, en el artículo séptimo, define “el crimen de apartheid” así: “se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1º cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de

opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen” (Ley 742 de 2002).

La tipificación de este delito, tiene como origen la institucionalización de un régimen de segregación racial, instaurado en Sudáfrica en 1948, vigente hasta 1990, donde se limitaron derechos a las personas, teniendo el Estado dentro de su política como criterio de separación la raza de las personas, y a partir de esta, era posible ejercer derechos civiles y políticos, los cuales para personas que no fueran de raza blanca, se encontraban restringidos de manera legal. Dicho fenómeno tiene como origen la colonización de los holandeses del territorio Sudafricano, donde a los sudafricanos con ascendencia holandesa se les denominó *Afrikáner*, los cuales mantuvieron una hegemonía en el poder económico, político y social a pesar de la conquista británica en el siglo XIX, hegemonía que se materializó durante las elecciones generales de 1948, cuando la minoría *Afrikáner*, asciende al poder e implementa políticas de segregación racial. (Ross, 2006)

Desde el derecho internacional, la implementación de este sistema de segregación racial tuvo consecuencias jurídicas desde la Organización de Naciones Unidas, con la Convención Internacional sobre la represión y castigo del crimen de apartheid, firmada en 1973, este instrumento caracteriza las condiciones para el delito de apartheid en el ordenamiento jurídico, y llama a los países miembros a que en su ordenamiento interno acojan medidas que permitan castigar a los responsables de dicho delito, teniendo como referente la situación para entonces vivida en Sudáfrica y Namibia (para efectos de comprensión, el instrumento también habla de África Meridional), lo que motivó que los países miembros de Naciones Unidas, que en su mayoría suscribieron dicho tratado, tomaran distancia en materia diplomática con Sudáfrica, de conformidad con el tratado.

Como consecuencia de lo acaecido para entonces, el derecho internacional observa que la

convención de 1973 resulta ineficaz, por lo cual, este delito se configura dentro de los delitos de lesa humanidad, según la competencia dada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aceptada por los Estados miembro, teniendo como característica común una lesión grave a variedad de bienes jurídicos en la comisión del mismo.

1.2 Obligación de tipificación del delito de Apartheid en el ordenamiento jurídico interno

El preámbulo del Estatuto de Roma, acoge una serie de postulados, donde se motiva el establecimiento del mismo como norma de derecho internacional, que tiene como fenómeno relevante en el ordenamiento jurídico, la facultad de procesar personas naturales y proferir sentencias a estas ante la lesión a bienes jurídicos de alto impacto en la humanidad, tal como se configura en el preámbulo de la misma, entre estos, los delitos de lesa humanidad; pues antes de 1998, año en que se instituye este tribunal, solo existía la Corte Internacional de Justicia, pero su naturaleza solo le permitía procesar y condenar a los Estados, y estos como entes abstractos no pueden considerarse objeto de sanciones aplicando la justicia retributiva, pues no hay una pena tangible y que cumpla determinados fines, lo cual, desde la materialización de los castigos, resulta contrario a los postulados de prevención y sanción de conflictos de gran envergadura y lesión a bienes jurídicos de manera masiva, elementos que motivaron en 1945 a la creación de lo que se ha conocido desde entonces como la Organización de Naciones Unidas.

1.3 Obligaciones derivadas de la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Este instrumento, en su preámbulo genera consecuencias para los miembros, pues contiene no solo obligaciones, sino que declara los elementos históricos y jurídicos que motivan el

presente estatuto, legitimando así la institucionalidad del mismo, por tal motivo debe observarse en contexto esta parte del estatuto, con el fin de dimensionar el alcance del mismo.

Desde los elementos motivacionales, se alude una razón de naturaleza histórica, desde la magnitud de los delitos que han atentado contra los derechos del hombre en el siglo XX de manera masiva y sistemática, donde la norma no ha tenido desde los ordenamientos nacionales un impacto real en cuanto a la punibilidad de las conductas, y el derecho internacional no tiene en algunos casos instituciones o legitimación suficiente para sancionar las conductas que a criterio del Estatuto, son las más lesivas para los derechos del hombre.

Debe tenerse en cuenta, que la naturaleza de los delitos que tienen trámite ante la Corte Penal Internacional, son de naturaleza pluriofensiva, es decir, al momento de la materialización del injusto, se desconocen y vulneran pluralidad de bienes jurídicos, pues a criterio del preámbulo “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia...”

En el ámbito de tratamiento de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, tipificados en los artículos 6, 7 y 8 del texto normativo, se determina la competencia en razón de la naturaleza del proceso, siendo entonces, estos delitos los que se consideran de mayor lesividad para el derecho internacional, ofreciéndose en el preámbulo el establecimiento de tribunales de carácter transitorio, con respeto en la soberanía de los Estados, al ser esta Corte de carácter complementario a los ordenamientos jurídicos internos, que se acompaña con la prohibición de injerencia de otros Estados en el derecho interno de otros a través de la instalación de la Corte.

Lo anterior, desde el preámbulo del estatuto de la Corte, deriva dos obligaciones para los estados miembros, las cuales deben ser observadas de manera puntual, siendo estas evitar la impunidad de las conductas lesivas a los delitos que conoce el Estatuto y la tipificación de estas conductas, en el ordenamiento jurídico interno, con el fin de garantizar un respaldo en materia sustancial y procesal, en virtud de la complementariedad que se acoge en el tratado.

Los dos fines antes descritos, se encuentran concatenados de acuerdo a su naturaleza, pues el derecho penal, con independencia de sus ámbitos, para poder lograr ejecutar la debida sanción de las conductas, debe acudir a los principios generales del derecho, y a la estructura del tipo penal que requiere que la conducta sea antijurídica, es decir contraria a la norma, la cual debe estar tipificada dentro de las garantías procesales existentes en la actualidad; por ello es que en el tratamiento del delito de *apartheid* desde la normatividad penal no solo se hace una obligación, sino una necesidad por articular la norma nacional a los presupuestos contemporáneos del derecho internacional, donde se persiguen criterios de convergencia para acercar a las naciones y apuntar a la consecución de la dignificación del ser humano, esencia motivacional de los derechos humanos y el derecho internacional.

1.4 Delitos de lesa humanidad y su interrelación con la discriminación

Los delitos de lesa humanidad, según Fernández (2015), son entendidos como “conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva y sistemática contra la población civil que lesionan de manera grave la esencia del ser humano afectándolo en su dignidad”, esta definición, confluye con el elemento motivacional de la creación de la Corte Penal Internacional mediante el Estatuto de Roma, pues debido a su naturaleza no solo disminuyen la dignidad de la persona, sino que además suponen una degradación a la normatividad que ha desarrollado la doctrina jurídica contemporánea, donde se ha perseguido establecer al

hombre como elemento determinante de la sociedad, más allá de los estados (también denominado el monarca por algunos tratadistas), para lo cual, el principio de igualdad ante la norma para los ciudadanos, sin distinción alguna ha sido un postulado de aplicación progresiva.

Para ello, debe primero generarse una claridad entre el principio de igualdad, entendido como la protección esencial del Estado a los ciudadanos en la tutela de los derechos consagrados en la legislación, la carta política y los tratados de derecho internacional; que en la materialización de este principio en la sociedad quedan al descubierto dos situaciones que alteran el panorama de dicho principio, estas son en primer lugar, la necesidad de igualar derechos a quienes se les han restringido o suprimido, y en segundo lugar la no exigibilidad a algunas personas de conocer de los alcances y sanciones producto de su conducta; para lo cual, la doctrina jurídica reconoce la discriminación como “la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.” (Sentencia T-098 de 1994), lo cual, de una manera, culposa o dolosa puede constituirse en el móvil que propicie otras conductas punibles, de igual manera, esto permite la verificación de comportamientos discriminatorios que en su sola naturaleza, sin incurrir en conductas de naturaleza punible, por lo cual, el legislador mediante la Ley 1482 de 2011, el mero acto de discriminación constituye de por sí, una lesión al bien jurídico de la integridad moral.

Pero aun con la tipificación de las conductas, para la norma surge un nuevo reto, que debe entrar a ser conjurado de una manera multidisciplinar, pues el alcance material de la norma es un fenómeno de naturaleza sociológica, cuyos resultados no son cuantificables, debido no solo a la aceptación de la norma, sino a que sobre algunas personas, la normatividad penal aduce causales de inimputabilidad, pues no comportan la conciencia del acto de discriminación, tema que desde la valoración y ponderación del juez no cuenta con los elementos normativos suficientes y adecuados, puesto que no se ha definido una acepción de discriminación, y este concepto tiene implícito actos de diversa naturaleza.

1.5 Punibilidad de las conductas que constituyen discriminación para el ordenamiento jurídico interno

Los actos de naturaleza discriminatoria y de hostigamiento, cobran relevancia en la esfera jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 1482 de 2011, la cual modifica el Código Penal Colombiano, introduciendo los artículos 134 A, 134 B, 134 C y 134 D, igualmente modifica la apología del genocidio, tipo penal contenido en el artículo 102 del mismo Código (Ley 599 de 2000). Cuando en el año 2000 la norma penal fue modificada, ya existía el Estatuto de Roma, pero Colombia aun no lo ratificaba, por lo cual el delito de genocidio, es el único de los delitos de competencia de la Corte que se vincula al ordenamiento jurídico interno, mediante el artículo 101, pues el capítulo de las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional humanitario¹, tienen como condición el desarrollo de un conflicto, lo

1 Derecho Internacional Humanitario: “... conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados. Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. El DIH suele llamarse también “derecho de la guerra” y “derecho de los conflictos armados”. El DIH es parte del derecho internacional, que regula las relaciones entre los Estados. Está integrado por acuerdos firmados entre Estados denominados tratados o convenios—, por el derecho consuetudinario internacional que se compone a su vez de la práctica de los Estados que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho.”(CICR; 2004)

que limita la capacidad de actuación por parte de los operadores jurídicos, porque si bien se ha debatido la naturaleza del conflicto en Colombia por parte de diferentes sectores de la opinión pública y agentes del Estado; la aplicabilidad de lo dispuesto en el Estatuto de Roma, solo se hace posible dos años después de la promulgación del Código Penal vigente, esto por medio de la Ley 742 de 2002.

Como medida de control previo a la adhesión del Estatuto de Roma, la Corte Constitucional mediante sentencia C-578 de 2002, realiza el control de constitucionalidad al texto original del estatuto, declaró la exequibilidad de la norma y reafirmó el elemento motivacional sobre los requerimientos para los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el delito de genocidio, reconociendo adicionalmente, la necesidad de contexto existente para el ordenamiento jurídico interno en la situación de violencia generalizada que se ha mantenido en el país durante la segunda mitad del siglo XX, y lo corrido del siglo XXI.

Dentro del contexto de regulación de conductas punibles de mayor lesividad para el ordenamiento jurídico internacional, el Estado Colombiano, como Estado miembro de la ONU, suscribió previamente varios tratados de derecho internacional donde se ha reconocido la naturaleza de los delitos de lesa humanidad y el carácter pluriofensivo del delito de apartheid, pues reconoce la naturaleza de estos como contrarios a los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dichos instrumentos son:

- Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, dada por la Organización de Naciones Unidas en 1948, ratificada por Colombia mediante Ley 28 de 1959
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, firmada en 1973, vinculada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 26 de 1987
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

racial, firmada en 1966 ratificada por Colombia mediante Ley 22 de 1981.

2. El criterio de eficacia en el contexto de las manifestaciones de discriminación punibles en la norma penal

2.1 Concepto de eficacia en el tratamiento de las conductas de discriminación racial

El derecho se constituye desde su estructura y sus fines, como parte de las ciencias sociales, pues no pretende dar resultados determinados y cuantificables como las ciencias exactas, sino que apunta a valorar las conductas del hombre en la sociedad, con el fin de establecer presupuestos mínimos para la convivencia más o menos armónica de estos en comunidad, para lo cual, requiere de otras disciplinas o ciencias, pues la complejidad de la conducta humana desde los elementos espaciales, temporales, educativos, culturales, físicos y psíquicos del individuo en relación consigo mismo, el entorno y la escala axiológica del mismo deben ser valorados de manera conjunta, debido a que la sociedad misma es un conglomerado heterogéneo, plural de personas; en consecuencia de ello la ciencia del derecho, ha desarrollado unos presupuestos para la valoración de la norma, los cuales recopila Bobbio (2012), uno de los teóricos más importantes de la doctrina jurídica del siglo XX, quien afirma que para la valoración de una norma deben cumplirse los criterios de justicia, validez y eficacia.

La eficacia de la norma, para ser valorable de una manera cualitativa debe comportar dos elementos, pues “el problema de la eficacia de la norma es el problema si una norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica), esto desde el componente de la aceptación social, y en caso de ser violada se haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto” (Bobbio, 2012).

Teniendo como referente lo anteriormente expuesto, debe observarse entonces un componente coercitivo, en cabeza del Estado, el cual admite no solo posibles réplicas y cuestionamientos desde la opinión, sino que desde un punto de vista técnico no resulta completamente aplicable en el tratamiento del delito de apartheid, puesto que existe una obligación, así como la norma, pero en el ejercicio de la coerción no se contempla en la actualidad sanción alguna, restringiéndose así uno de los presupuestos para poder considerar eficaz la norma; situación que se torna aún más compleja desde la aceptación de los destinatarios de la norma, pues si bien la Ley 1482 de 2011 enuncia algunas formas de incurrir en conductas discriminatorias y racistas, no acoge la totalidad de formas de discriminación existentes, debido a la naturaleza del acto discriminatorio y las diversas formas de materialización del mismo, las cuales se dan en función de la sociedad y las dinámicas culturales, políticas y económicas aplicables en el contexto espacial y temporal.

2.2 Naturaleza de los actos de Discriminación

El origen y la naturaleza de los actos de discriminación, han sido relevantes no solo para el derecho colombiano, sino para la legislación de otros países, tal es el caso de Argentina, país donde el Estado ha creado el INADI (Instituto Argentino contra la discriminación, xenofobia y racismo), entidad que ha definido la discriminación como “el acto de agrupar seres humanos según algún criterio” (INADI, 2013), criterio que si bien es válido y coherente con lo afirmado por la Corte Constitucional de Colombia, pues la corporación afirma que la discriminación debe ser entendida como “*la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.*” (Sentencia T-098 de 1994), lo cual desde el aspecto material de la discriminación abre un debate de carácter principialístico y lingüístico, pues los actos de discriminación com-

portan una variedad de apreciaciones por parte del sujeto activo y de sus conductas que pueden prestarse a variedad de interpretaciones, por lo cual, la ponderación del efectivo daño a bienes jurídicos tutelados conexos a la integridad moral o afectados en simultánea.

La discriminación comprende dos elementos, un elemento de construcción individual donde la persona en calidad de sujeto activo ejecuta la acción de manera directa o indirecta, sin embargo, el segundo componente en la conducta está comprendido por la conducta social, pues el individuo aprende a discriminar es en desarrollo de su vida en sociedad de acuerdo a unos criterios y parámetros que pueden ser variables de acuerdo a elementos tales como la etnia, religión, cultura, política u otros que tengan incidencia y repercusión en la conducta de los individuos

Resulta entonces, por lo anteriormente expuesto, una necesidad tipificar el delito de apartheid en el ordenamiento jurídico Colombiano como no solo para dar cumplimiento a la obligación de adecuación de las normas de derecho internacional, sino además para materializar los fines del Estatuto de Roma en el contexto colombiano.

Conclusiones

La Ley 1482 de 2011, por medio de la cual se castigan los actos de discriminación en el ordenamiento jurídico interno Colombiano, desde la óptica del derecho penal no cuenta con los elementos para su adecuado tratamiento, pues desde los operadores jurídicos y el poder legislativo, existe un desconocimiento de los postulados de Derecho Internacional y la obligatoriedad que estos generan, pues el Estado no puede desconocer la realidad de contexto, donde el país ya no se basta a sí mismo para la creación de derecho, debido a una serie de dinámicas del fenómeno de la globalización, donde la interacción de las personas y las sociedades ha impregnado de nuevas necesidades a la ciencia del Derecho, y en virtud de ello, suscribió el Estatuto de Roma a partir del cual se

creó la Corte Penal Internacional, el cual típica y castiga las conductas más graves en materia de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, generándose así no solo un compromiso en materia internacional desde el derecho internacional, sino que tutela de una manera adicional los bienes jurídicos de los ciudadanos.

Esta protección se mantiene de manera exclusiva en el ámbito de la formalidad, pues para el delito de apartheid específicamente, no existen elementos suficientes para la materialización de una sanción punitiva ante la comisión de esta conducta, debido a que la estructura del tipo penal carece de consecuencia jurídica y no hay normas análogas aplicables, pues en el libro segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) no se han establecido delitos de lesa humanidad ni existen normas similares aplicables al tipo penal de apartheid, por lo cual, se incumple con el postulado de la capacidad de hacer cumplir la norma por medios coercitivos, que es uno de los elementos de verificación y configuración del criterio de eficacia de la norma. De manera adicional, al no ser un tipo penal reconocido en el derecho interno de manera escrita, estricta y cierta, para los agentes del estado en ejercicio de sus funciones, eventuales sujetos activos del injusto, resulta difícil conocer el grado de antijuridicidad de la conducta desplegada, pues el delito de apartheid es desconocido aun para muchas personas que estudian, trabajan y conocen de los postulados del derecho penal, dificultándose así la eficaz administración de justicia y el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional contraídas por el Estado colombiano.

Referencias

Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, tercera edición, Temis editorial S.A., Bogotá, 2012

Declaración Universal de derechos Humanos; Organización de Naciones Unidas; Diciembre 10 de 1948, París.

Fernández Mejía, Diana; El crimen de lesa humanidad y la ausencia de consagración en la ley penal Colombiana; Universidad San Buenaventura, sede Cali; Grupo de investigación problemas contemporáneos del derecho; recuperado de <http://investigaciones.usbcali.edu.co/pcd/images/stories/crimen.pdf> en abril de 2015

Inadi (2013) Racismo: Hacia una Argentina multicultural; Ministerio de Justicia y del Derecho, Buenos Aires.

Ley 26 de 1987; Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid”, suscrita en New York, el 30 de noviembre de 1973; Septiembre 29 de 1987; D.O. 38.070 Octubre 6 de 1987

Ley 742 de 2002; Por medio de la cual se aprueba el estatuto de Roma de la corte penal internacional hecho en Roma, el día diecisiete (17) de Julio de Mil novecientos noventa y ocho; Junio 5 de 2002; D.O. 44.286 Junio 7 de 2002

Ley 1482 de 2011; Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones; Noviembre 30 de 2011; D.O. 48.270 Diciembre 1 de 2011

Ross, R; (2006); Historia de Sudáfrica, Akal editores; Madrid.

Sentencia T-098 de 1994; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional de Colombia; Bogotá D.C; Marzo 7 de 1994

Sentencia C-578 de 2002; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional de Colombia; Bogotá D.C. Julio 30 de 2002

El papel de la defensa jurídica del Estado ante la responsabilidad del Ejército Nacional de Colombia*

*Sandra Milena Gómez Cartagena***

*Flor Dalila Marín****

*Diana Catalina Uribe*****

*Leyda María Martínez Lloreda******

Asesor: Javier Humberto Vega Meza

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

Independientemente del conflicto armado interno que enfrenta el país, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el Estado a través de sus fuerzas militares también responden patrimonialmente por las acciones u omisiones que originen daños antijurídicos a las personas o víctimas que no están en la obligación de soportarlas. A ello le sumamos el avance que ha tenido la jurisprudencia en temas de responsabilidad del Ejército Nacional y la influencia del bloque de constitucionalidad en el régimen de la fuerza pública en lo atinente a los derechos humanos y que en los últimos años ha generado unos costos muy altos para el Estado, encontrándonos entonces que no solamente el Estado es frágil en el ejercicio de sus funciones sino además con que cuenta con una defensa poco preparada argumentativamente para hacer frente a la problemática.

Palabras clave: Defensa Jurídica; daño antijurídico; responsabilidad extracontractual; riesgos patrimoniales.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador VII del núcleo básico de fundamentación jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

*** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

**** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

***** Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-.

The role of legal defense of the state in terms of the liability of the colombian national army

Abstract

Regardless of the internal armed conflict that the country faces, the jurisprudence of the State Council has established that the State through its military forces also respond in terms of property for the acts or omissions causing unlawful damage to persons or victims who are not in the obligation to bear them. We add to it the progress that has had the jurisprudence on issues of responsibility of the National Army and the influence of the constitutional association in the in the regime of the public force in regard to human rights, and thus in last years has generated very high cost for the State, finding that not only the State is fragile in the exercise of its functions but it also counts with a defense that is argumentatively unprepared to deal with the problem.

Keywords: Legal defense, unlawful damage, non-contractual liability, patrimony risks

Introducción

En la Constitución Política de 1991 el Estado se erigió como protector y garante de los derechos e intereses de sus administrados y de su patrimonio, lo que lleva a que su actividad administrativa deba hacerse respondiendo al interés de todos, siendo el Estado el llamado a reparar cualquier tipo de desequilibrio en caso de presentarse. Dado que en los últimos años las demandas contra el Estado representan sumas cuantiosas que cada vez se acrecientan más, surge el interés de investigar sobre cuál es el papel de la defensa frente a este tipo de procesos y más específicamente cuál es el papel de la defensa del Estado frente a los procesos de responsabilidad del Ejército Nacional de Colombia

Para ello se realizará una caracterización del sistema nacional de defensa jurídica del Estado, para continuar estableciendo los eximentes de responsabilidad extracontractual en los procesos de defensa del Ejército Nacional entre los años 2013 y 2015, a través de las decisiones del Consejo de Estado.

La defensa jurídica se entenderá como un ciclo compuesto por diferentes etapas, incluidas la prevención de actos antijurídicos que puedan provocar demandas exitosas contra el Estado, la actuación a través de métodos alternativos de solución de conflictos, la representación ante sede judicial y la cobranza o el pago a partir de la decisión de los tribunales. En la gran mayoría de los casos, las demandas interpuestas contra el Estado vienen acompañadas de pretensiones económicas en la forma de indemnizaciones o reparaciones por el daño supuestamente infligido por la administración pública o entidades públicas.

Según lo anterior se puede acotar que el Estado colombiano ha contado con una estructura o sistema que le ha permitido contrarrestar cuantiosas demandas que afectan el erario público, sin embargo, según la “Dirección General de Presupuesto Público Nacional y Sistema Integrado de Información Financiera de la Nación”, el pago de Sentencias y Conciliaciones entre el año 2000

y 2013, por parte de las Entidades Públicas del orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 492%, equivalente a \$1.19 billones de pesos. Dentro de este contexto se puede considerar como posible causa del incremento en los pagos, la correlación con las debilidades y limitaciones en la capacidad de defensa legal por parte del Estado, lo cual se evidencia en la baja tasa de éxito de la defensa jurídica de las entidades.

Por otro lado, de acuerdo con estudios realizados por el BID, se puede conjeturar, que existen otras debilidades que incide en la efectividad de la defensa jurídica del Estado, y tiene que ver con las capacidades técnicas de los abogados, tanto en el caso de aquellos que desempeñan labores consultivas como en el de los que intervienen en juicios contenciosos. En general, se ha observado que una deficiente gestión del asesoramiento jurídico aumenta la probabilidad de que una decisión administrativa acabe finalizando en litigio contra el Estado. A parte de esto, lo crucial no es tanto tener el proceso de consultoría, asesoramiento y elaboración de estrategias de defensa en una única estructura organizativa, sino tener criterios jurídicos uniformes y contrastados. Esto último significa, que atendiendo a los eximentes de responsabilidad (Fuerza Mayor, Caso Fortuito, el hecho del tercero y el hecho de la víctima), es relevante la participación de la defensa, en la búsqueda de la mitigación o exoneración parcial o total de la responsabilidad del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior surge la Agencia Nacional Jurídica del Estado, cuya pretensión está encaminada a prevenir el daño antijurídico y a mejorar la defensa con el fin de proteger el patrimonio público.

1. Antecedente histórico de la defensa jurídica del Estado Colombiano

Para el año 1945 con la Ley 68 se creó el Ministerio de Justicia que a su vez fue modificado para el año 1974, en ese momento la Defensa Jurídica pertenecía a cada Municipio, Departamento y

mento y Nación, según el caso, estas entidades territoriales no contaban con un grupo de abogados exclusivos para la defensa del Estado; por tal motivo no existía una preparación previa para enfrentar los litigios ya que cada entidad territorial era autónoma para el adecuado funcionamiento de su oficina jurídica, estos litigios en contra del Estado se resolvían a través de la jurisprudencia para ese entonces del Consejo de Estado entidad asesora del Gobierno.

La Constitución de 1991 introdujo artículos importantes con ocasión a la responsabilidad del Estado, esto es, de un lado el artículo 2° que hace referencia a los fines esenciales del Estado y el bienestar general, para el cual era necesario incorporar el artículo 90 el cual se refiere al daño antijurídico ocasionado por la acción u omisión de un servidor público y la responsabilidad del Estado por dichas actuaciones, responsabilidad que incitó a que los ciudadanos reclamaran sus derechos por esas garantías ofrecidas por la Constitución de 1991; teniendo en cuenta que para los 90 del siglo XX el Estado carecía de una defensa judicial pública consolidada, lo que produjo un desequilibrio entre las reclamaciones y la defensa jurídica del Estado, desencadenando una gran cantidad de demandas y litigios que indujeron al Estado a crear políticas públicas encaminadas a solucionar dicha problemática.

De allí que solo hasta el 2002 empezó a investigarse sobre esa actividad litigiosa del Estado, es entonces cuando el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial (2014) detectaron las falencias en la Defensa del Estado, falencias enfocadas en el incremento en las demandas contra el Estado, en la ausencia de una estructura de la Defensa Jurídica consolidada y en condenas cuantiosas a cargo del mismo originada por el daño antijurídico y la falta de su prevención, una defensa del Estado ineficaz, un tratamiento inadecuado a las demandas en contra del Estado que se daba en hechos repetitivos que podrían manejarse como antecedentes y casos manejados aisladamente, lo que representaba un desgaste que no permitía un afianzamiento en la defensa;

otros problemas detectados fueron: la ausencia en los debates probatorios, alegatos de conclusión y apelaciones que no se sustentaban lo que repercutía en grandes sumas que afectaban los intereses del Estado sumado a la indexación; estas falencias de la defensa jurídica afectaron el recurso público que podrían solucionarse con unos recursos humanos y técnicos acordes y adecuados que sumado a una buena defensa permitiera reducir los intereses del Estado perturbados por las demandas en su contra.

Por tal motivo se pensó en la creación de una defensa jurídica eficaz pasando de ser reactiva a proactiva y una estructura adecuada que permitiera una defensa ajustada para el Estado Colombiano; dicha implementación debía estar basada en unos modelos de gestión jurídica apropiados que permitieran avanzar de manera positiva con una defensa proactiva, con características acordes que fortaleciera la actividad litigiosa del Estado; defensa proactiva que al instante debería asumirse por las ventajas que representa, veamos:

Posteriormente la Defensa Judicial de la Nación pasó a ser direccionada por el Ministerio de Justicia en atención a los Decretos 1890 de 1999, 2490 y 2491 de 2002. Luego con la ley 790 de 2002 se unifican los ministerios del Interior y de Justicia, asignándole la dirección de la Defensa Judicial al Ministerio que surgió de dicha fusión, el cual fue regulado por el Decreto 200 de 2003, asignando a este nuevo Ministerio la función de establecer pautas para la prevención del daño antijurídico y de otros aspectos tales como, la profesionalización de los que asumieran la defensa en ocasión a los intereses en materia de litigio del Estado y la recuperación de los dineros pagados por el mismo, en los litigios donde sus funcionarios públicos actuaron de manera dolosa o culposa.

El modelo proactivo implementado en la defensa jurídica del Estado en Colombia dio lugar a que se tuviera un mejor control en cabeza del Ministerio del Interior y de Justicia, se apropia del término de la defensa jurídica pública enfocada en cuatro aspectos:

- Una Asesoría jurídica: Direccionada a la capacitación y examen tanto de los documentos de contenido legal como convenios y contratos, entre otros, y la creación de conceptos para las asesorías jurídicas.
- Una Producción Normativa: Consistente en la capacitación y análisis de las normas y actos administrativos, una condensación de la jurisprudencia y doctrina para enfrentar las demandas con un sistema integral para ello, unificado e informático para realizar consultas.
- Contratación: En este caso el perfeccionamiento de los contratos, la parte precontractual, selección de contratistas, interventoría en fin todo lo relacionado con los procesos contractuales.
- Defensa judicial: Referente a la defensa, la representación para conciliaciones, prevención del daño antijurídico, con referencia el ámbito donde se desenvuelve la defensa judicial y extrajudicialmente, valoración del pasivo contingente y el recaudo de información que permita la consulta de procesos.

Dentro de este contexto, para el año 2002 existía confusión acerca de cómo debía identificarse la Defensa del Estado, que para entonces tenía varias denominaciones: defensa jurídica del Estado, defensa legal del Estado, defensa judicial de la Nación o estrategia judicial de la Nación, dicha situación hizo que surgiera el Decreto 4530 de 2008, el cual definió su nombre pasando de llamarse Dirección de Defensa Judicial de la Nación a Dirección de Defensa Jurídica del Estado; con una intervención tanto curativa como preventiva, mejorando la gestión jurídica, otros términos cambiaron como el de Estado por Nación, el de judicial por jurídica ya que la gestión jurídica pública se basaba no solo en materia de litigio, sino también, en planes y estrategias adecuadas para una buena gestión pública. Este mismo decreto incitó a la Dirección de Defensa Jurídica del Estado a establecer un diseño para la prevención del daño antijurídico con unos lineamientos en el

diseño de políticas para la defensa del Estado, el daño antijurídico, la disminución de la responsabilidad patrimonial del Estado como también de los conflictos judiciales, un asesoramiento tanto a las entidades del Estado como también a los ciudadanos con el tema de pertinencia y la investigación del origen de los litigios.

De esta manera los resultados obtenidos por la Dirección de Defensa Jurídica del Estado, la Dirección de Defensa Judicial de la Nación y el Ministerio Interior y de Justicia fueron exitosos, como también la creación del Sistema de Información Litigiosa (LITIGOB) este último consistía en una base de datos con la información de los litigios y procesos en contra del Estado, permitiendo establecer la afectación al pasivo contingente, una mejor prevención del daño antijurídico, además de los lineamientos a seguir para la defensa judicial. El Ministerio del Interior y de Justicia dentro de ese sistema de información litigiosa incorporó la información de los tribunales de arbitramento, Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de Acuerdos Internacionales de Inversión.

Es así que para aliviar esa problemática de la defensa en el año 2003, por un lado aparece el COMPES 3248 el cual analiza el origen de las demandas de la nación y establece las falencias de la defensa del Estado en los procesos judiciales, con el fin de encontrar las razones de las mismas e implementar una solución en la prevención y revisar toda la estructura de la defensa judicial, entre ellas, las normas existentes, la implementación de acciones para afrontarlo y posibles modificaciones a la Rama Judicial; y por otro lado surge el COMPES 3250 2003 que ayudó a la defensa del Estado para afrontar las demandas y conciliaciones que para ese año contaba el Estado; con dos estrategias; la primera en la Defensa Nacional del Estado y la segunda en el pasivo contingente y con la introducción de unos lineamientos en cuanto al diseño con los siguientes elementos:

Consolidación de la información para la defensa judicial del Estado, así como de los pasivos

contingentes; modelos de gestión para las áreas que se desempeñan y apoyan el área jurídica de las entidades del sector nacional; capacitación y presentar propuestas normativas para la estructura de la Defensa Judicial del Estado.

Aunque el COMPES 3250 de 2003 diseñó e implementó un sistema de defensa judicial, este no era consistente debido a que su control estaba a cargo de entidades independientes, por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación se encargaba de consolidar de manera actualizada las sentencias y conciliaciones de las entidades nacionales y territoriales; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público junto con la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional, se encargaban de aprobar las valoraciones de pasivos contingentes que realizan las entidades públicas; el Ministerio del Interior y de Justicia, para el diseño de los métodos que permitieran el recaudo y proceso de información de las sentencias, conciliaciones y acciones de repetición y reportar sus resultados al Gobierno; de allí que para la defensa jurídica pública del estado se contó con una información muy dispersa lo que hizo que no fuera exitosa la propuesta del COMPES en cuanto a la consolidación de la información.

Más adelante para los años 2006-2010 el Plan Nacional de Desarrollo (PND) en su capítulo 6° incorpora lo que pretendió el COMPES 3250 de 2003 en el cual la gestión jurídica pública fue adoptada por 19 entidades públicas quedando a su cargo, por lo cual debían coordinar a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación del MIJ, atendiendo las demandas en contra del Estado superiores a dos mil SLMMV, la nación como parte procesal; pero a pesar de este modelo adoptado por el COMPES 3250 de 2003 los frentes de la defensa jurídica no se acoplaban a este sistema y el aumento del pasivo contingente dio lugar a que surgiera el PND 2010-2014 “Prosperidad para Todos” además como prevención al daño antijurídico con las siguientes directrices: debilidad de la defensa, conciliaciones necesarias, clase de proceso, cuantía por entidades, falencias en las pruebas documentales dentro del proceso

en manos de diferentes entidades, posibles riesgos del Estado que debe asumir en protección de sus intereses jurídicos.

Este introdujo además en su capítulo 5° la creación de una “Abogacía General del Estado” también direccionada a la prevención al daño antijurídico, a la corrupción en busca de una gestión jurídica pública eficaz, con cambios en su estructura en protección a los intereses del estado enunciados en la parte inicial y que se consolidan en lo siguiente: desarrollar un mecanismo de riesgos jurídicos para reducir el daño antijurídico en acción u omisión que afectan los derechos y bienes de los ciudadanos, promover las conciliación como mecanismos alternativos, una defensa del Estado que se desempeñe en todos los escenarios como para garantizar la seguridad jurídica y la confianza ciudadana.

Por los motivos expuestos desde el inicio de estos antecedentes históricos se crea la Agencia de Defensa Jurídica del Estado a través de la Ley 1444 de 2011 en su artículo 5 y el Decreto 4085 del mismo año que regula su funcionamiento y su estructura, ambos con unos lineamiento claros en cuanto a su objetivo, a la cual obligatoriamente tendrán que incorporarse las entidades públicas y sus abogados con el propósito de prevenir el daño antijurídico, identificar las causas de litigios y realizar un análisis de las providencias y conciliaciones judiciales que se susciten; además de la causa que originan los litigios en contra del Estado, y en este sentido una selección de abogados con la correspondiente idoneidad para enfrentar los mismos y reducir la responsabilidad patrimonial del Estado y al mismo tiempo el litigio; en atención al Artículo 209 de la Constitución Política Colombiana que se refiere a la función administrativa con respecto a los principios de la misma y los intereses generales, con la centralización, delegación y desconcentración. (A.J. Avance Jurídico, 2015)

1.1 Estructura de la defensa jurídica del estado

Para contrarrestar dicha defensa jurídica del Estado se Tomó el modelo de otros países para

estructurarla y consolidarla tema que se ahondará más adelante es así como se constituye sobre un modelo de gestión jurídica híbrido que consiste en según el autor en “**Una institución reguladora/supervisora/coordinadora de varias instituciones/personas responsables**” igual que Perú aunque el modelo de Colombia era un modelo desconcentrado había que superar las falencias del mismo; esto es preparar ese recurso humano asignado para la defensa jurídica del Estado que actuaría en las demandas instauradas contra el Estado, de allí que se pensara en un modelo distinto ya fuera híbrido o concentrado que salvara dicha defensa del Estado. (Fernando, 2013)

El Decreto 4085 de 2011 en su artículo 8 establece la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la siguiente manera:

1.1.1 Funciones

El decreto 4085 de 2011 en su artículo 1° del Capítulo I se refiere a la naturaleza y las funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en cuanto a que es “una entidad descentralizada del orden nacional, que forma parte de la Rama Ejecutiva, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho”. De otro lado El artículo 6° del mismo decreto comprende las funciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado así:

- Políticas: Hace referencia a las políticas públicas a implementar a fin de prevenir el daño antijurídico, la defensa y protección de los intereses litigiosos del Estado, crear un plan estratégico en la prevención del daño antijurídico, para la intervención en procesos judiciales en los cuales el Estado o sus entidades públicas sea demandado o demandante o deba intervenir, para el cumplimiento de las sentencia y conciliaciones , para la recuperación de los dineros públicos a través de la acción de repetición, junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, afrontar las controversias que afectan negativamente
- en materia fiscal y que son prioritarias, para las entidades estatales y servidores públicos; para la prevención del daño antijurídico, para la defensa jurídica efectiva del Estado, para la disminución de la responsabilidad patrimonial y para la recuperación de recursos públicos, esto es con las entidades y organismos del orden nacional.
- Coordinación de la defensa: Diseño de estrategias para una adecuado desempeño de la defensa jurídica del Estado, así como para la información, prevención y conciliación, capacitación y actualización de las modificaciones normativas y jurisprudenciales a los servidores públicos y contratistas que intervienen en la defensa jurídica del Estado, a dichos lineamientos tendrán que adherirse los abogados que represente las entidades del orden nacional; como además a los lineamiento de prevención del daño antijurídico conciliaciones al sistema único de información como además para las entidades del orden nacional.
- Representación: Se refiere a la participación de acuerdo al rol que lo determine de la defensa jurídica del Estado en los procesos judiciales de acuerdo a la materia según los siguientes parámetros:
- La cuantía de la demanda; es la cantidad de procesos similares; incidencia de los fundamentos fácticos o jurídicos que dan origen al conflicto o de los aspectos jurídicos involucrados en el mismo; crear si es posible crear un precedente jurisprudencial de acuerdo a su importancia.
- Asignar a los apoderados que asumirán el papel de la Defensa en los diferentes procesos como también la coordinación y adjudicación que en material internacional tengan los procesos esto es ante jueces y organismos internacionales según los tratados y acuerdos que lo regulen.
- Participar en la creación de comités técnicos junto con las diferentes entidades que permi-

ta una mejor defensa en los procesos que se adelantes en instancias internacionales

- Apoyar según los precedentes y cuando procedan acciones de tutela contra sentencias de condena en contra de Entidades Públicas, como también presentarlas por las propias.
- Insistir en la selección de sentencias de tutela para ser revisadas por la Corte Constitucional de acuerdo a la norma.
- Participar cuando sea necesario en los Comités de Conciliación de las entidades u organismos del orden nacional, con derecho a voz y voto y mediar en los conflictos entre entidades y organismos del orden nacional
- Llevar un control de la aplicación de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional así como también su ejecución para el pago de sentencias y conciliaciones de carácter indemnizatorio ocasionadas por dolo o culpa grave de los agentes estatales, y si estas entidades no lo hacen la Agencia podrá realizarla directamente, representación judicial para la cual deberá suscribir convenios interadministrativos y otorgamiento de poder.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado tendrá las pautas para decidir en qué momento su intervención en procesos judiciales es obligatoria.

En relación con la gestión del conocimiento y evaluación de la defensa:

La actualización del Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa de la Nación con acompañamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de acuerdo al artículo 15 de la Ley 790 de 2002 y el Decreto 1795 de 2007, que se utilizará y alimentará por todas las entidades y organismos estatales del orden nacional, cualquiera sea su naturaleza jurídica y por aquellas entidades privadas que administren recursos públicos; actualización que permitirá estimar de manera permanente y actualizada del pa-

sivo contingente por sentencias y conciliaciones de las entidades públicas bajo los parámetros del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según el artículo 3° de la Ley 819 de 2003.

Identificar a través de reportes los riesgos fiscales de los procesos.

Procesos que permitan la verificación de la información de los procesos en dicho sistema de la actividad litigiosa

Consultas seguras para consulta y reportes al sistema para aquellas entidades encargadas de recaudar y producir su información.

Evaluación de la defensa Jurídica del Estado a través de indicadores para determinar su resultado e incidencia.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no podrá ser demandada como parte dentro del proceso tampoco asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades que represente.

El sistema LITIGOB se integrará al Sistema Único de Gestión e Información el cual para su funcionamiento adecuado participará del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Aunque el Estado Colombiano a través del ordenamiento jurídico ha incorporado una Defensa jurídica en procura de salvaguardar sus intereses y motivada por la responsabilidad del Estado que garantiza la Constitución de 1991 en su artículo 90, trajo consigo reclamaciones desmesuradas por parte de los ciudadanos en general, reclamaciones que desencadenaron una cantidad significativa de demandas en contra del Estado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha sido ajustada normativamente de acuerdo a las necesidades y a los resultados en su implementación y funcionamiento, es claro que el objetivo está encaminado a reducir el pasivo contingente obtenido con el esfuerzo en la prevención del daño antijurídico y el papel desempeñado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; por tal razón tanto las Entidades Territoriales como los servidores públicos en el desempeño de sus funciones públicas deben atender a los princi-

pios contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, para que así dentro del Estado social de derecho incorporado con la Constitución de 1.991 se hagan efectivos los fines esenciales del Estado, solo de esta manera la defensa del Estado de la cual se encarga dicha Agencia podrá cumplir con los objetivos para la cual fue instituida; pero esto no será posible si no se toma conciencia por los funcionarios del Estado de la importancia de la prevención del daño antijurídico y la afectación por el pago de las condenas a los recursos públicos que pudieran evitarse si los mismo cumplieran a cabalidad su papel y si la ciudadanía en general dejara de ver en el Estado la oportunidad para aumentar su propio patrimonio.

2. Responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano

Para determinar y hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, debemos de tener presente el artículo 90 de la Constitución Política del año 1991, donde la responsabilidad expresada allí por parte del Estado, es aquella donde se evidencia “el daño”, siendo este considerado como el que el ciudadano no está obligado a soportar. Es por tanto que este artículo presenta un régimen de responsabilidad objetiva, pues se indagará siempre por el qué fue lo que ocurrió al momento de darse el daño antijurídico; a partir de este punto inicial, es donde se determinará qué tanta responsabilidad tiene el Estado en ese resultado ocasionado generalmente por un servidor o servidores públicos revestidos de autoridad.

Todo esto conlleva a que sea menos importante o necesario el elemento intencional o subjetivo del autor del daño y cobra mayor relevancia, tanto para efectos de determinar el régimen de responsabilidad aplicable como para indemnizar los perjuicios sufridos por las víctimas, el resultado dañoso que experimenta el ofendido así en su patrimonio como en la órbita extra-patrimonial. Y que los regímenes conocidos de responsabilidad (falla probada, falla presunta y regímenes

objetivos) ya no son el fundamento sino que se convierten en recursos de la técnica jurídica destinados a hacer actuar la responsabilidad del Estado. (Irisarri Boada, 2.000).

2.1 Conceptualización

La responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano está concebida para aquellos eventos en los que entre la víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno, o que aun así existe tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia. El autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes. Pues cuando existe este vínculo con anterioridad, es lo que conocemos en materia Civil claramente como un “Contrato”, donde se establecen condiciones y relación entre las partes.

Es por tanto, que el autor colombiano Martínez Rave (1.988, pág. 12) define la responsabilidad extracontractual como “la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso”. En esta definición el autor no hace referencia alguna al hecho de que las partes de la relación dañosa, es decir, la víctima y el autor del daño tengan o no relación o vínculo jurídico anterior, pero en la misma obra en páginas anteriores al referirse a la responsabilidad en general, consagra lo que tradicionalmente se ha entendido por responsabilidad extracontractual como “la que nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la relaciona ningún nexo contractual legal. Es decir, que nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica anterior”. (1.988, pág. 12)

A partir de esta aclaración previa, se considera entonces que los daños ocasionados por el Estado Colombiano, en cabeza de sus servidores públicos, son generados por así decirlo, sin ninguna intención directa sobre la víctima, es por tanto que existen como mecanismos de defensa de estos tipos de daños, unos eximentes de respon-

sabilidad contemplados en nuestra normatividad, los cuales siendo utilizados adecuadamente por la defensa del mismo Estado, lograrían reducir los altos índices a los que se dedican a pagar por indemnizaciones. A continuación se identifican cada uno de estos eximentes, y considerar entonces como el Estado con una óptima utilización de estos, podría llegar a salir exonerado de muchas responsabilidades.

2.2 Eximentes de responsabilidad estatal

Según el autor Héctor Patiño en su documento sobre “Causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual [...]”, aborda y profundiza los eximentes de Responsabilidad de la siguiente manera:

Las causales exonerativas, están relacionadas como parte del derecho de defensa, donde el Estado puede recurrir a ciertas causales que impidan imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, total o parcialmente, la declaratoria de responsabilidad. Dichas causales operan como excepciones a alguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad. Para la aplicación adecuada de cada una de estas causales, se les exigen que cumplan con la generalidad o sea, que contemplen al momento en que se dan los requisitos de: la irresistibilidad, la imprevisibilidad y su exterioridad¹. Para entender más adecuadamente estas dos primeras características, tenemos que: a) que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible; y b) Que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. En este preciso punto es in-

dispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Mientras que la exterioridad, consiste en el resultado expresado en la realidad, esa finalidad provocada por el daño antijurídico, tanto que se puede observar, medir, etc.

2.2.1 Fuerza mayor

Se conceptualiza como el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar.

Esta causal, está basada directamente de hechos humanos, regidos dentro de la imprevisibilidad y la irresistibilidad, no hay un querer directo, solo que suceden situaciones donde al mismo hombre se le es difícil -en este caso, es imposible impedir que se detenga-. Además, se puede concebir como el suceso externo a la actividad de la administración, imprevisible, es decir, no hay manera de sospechar la ocurrencia del hecho dañino e irresistible, o sea, aquel de tal entidad que es imposible contrarrestar.

Es por tanto, que en Colombia esta figura está definida legalmente en el artículo 64 del Código Civil de la siguiente manera “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

2.2.2 Caso Fortuito

La jurisprudencia y la doctrina se refieren al caso fortuito como sinónimo de “causa desconocida”, la cual si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible, y en todos los casos es irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño

1 Radicado N° 18.800. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Concejo de Estado – Sala de lo contencioso Administrativo sección tercera. Bogotá D.C., 23 de Junio de 2.010

lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene la potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa.

Es por ello, que se habla desde el sentido de la imprevisibilidad, en cuanto no se sabe con exactitud cuándo se va a dar, pero no cabe el término de la irresistibilidad, debido a que como consecuencia de su producción se derivan desde la naturaleza misma, es el hombre quien provoca en muchos casos esa situación, desde el punto en que se pueden evitar muchas acciones en contra de la naturaleza, para que esta no cobre de cierto modo venganza por la mala mano del hombre (Es un hecho que solo depende de la naturaleza).

Sobre el tema del caso fortuito y la fuerza mayor hay que aclarar que para los civilistas no hay distinción alguna entre estos dos fenómenos, por lo tanto se habla indistintamente de caso fortuito o fuerza mayor. Para los administrativistas, estas causales son diferentes y consideran que se está en presencia de fuerza mayor, cuando el acontecimiento resulta completamente externo al accionar del agente y constituye caso fortuito aquel evento cuya causal es desconocida mas no externa o exterior a la actividad del agente. (Irisarri Boada, 2000)

2.2.3 Responsabilidad de la víctima

Esta figura exonerativa parte de la lógica de que quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar. Así pues, el artículo 2357 del Código Civil establece textualmente: “La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”, es entonces que la misma víctima produce el resultado dañoso.

Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de *irresistibilidad* e *imprevisibilidad* de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos.

“En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en *posición de garante* frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. *A contrario sensu*, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño”².

Cuando la actividad de la víctima puede considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; pero importa el hecho de la víctima sea culposo o no; en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado...” (Tamayo Jaramillo, 2007)

Esta causal entonces, se presenta en los eventos en que la configuración del daño es consecuencia del actuar culposo o doloso de la víctima. Si la razón del daño proviene exclusivamente de la culpa del perjudicado, esto producirá una exoneración total por parte del Estado de la responsabilidad.

2.2.4 Responsabilidad de un tercero

Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del

2 Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad (Estado). Es importante tener en cuenta que no son considerados terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria o indistinta y que por ende resultan obligados. El tercero es alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria y al cual se le imputa la comisión exclusiva o solidaria de los hechos en tanto su conducta es determinante del daño y por tanto mantiene el nexo causal. Es necesario que el daño haya sido provocado exclusivamente por la acción de ese tercero, si no es así, no se configurara esta causal exonerativa. Además cabe acotar, que dicho tercero, es quien resulta culpable de causar el resultado dañoso, es por tanto que cuando se tiene con la oportunidad de demostrar este punto en la defensa del Estado, se considera que ya no entraría a responder, es por tanto una de las causales más importantes para exonerar al Estado de algunas responsabilidades.

3. Línea jurisprudencial del consejo de estado frente a demandas contra el ejército nacional

Dentro del contexto de la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Ejército Nacional encontramos sentencias que abordan casos de responsabilidad estatal por uso de arma oficial; temas relacionados con daños padecidos por integrantes de la Fuerza Pública, vinculados obligatoriamente al servicio; y temas en lo atinente a la responsabilidad por los daños causados a los integrantes voluntarios de la Fuerza Pública y a la comunidad en general entre los más casos más frecuentes.

Con el fin de rastrear la línea jurisprudencial sobre cómo se ha estructurado la responsabilidad del Estado, se abordaron los siguientes procesos:

Proceso de radicado: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334) Magistrado Ponente:

te: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del 27 de febrero de 2013,

PROCESO DE RADICADO: 63001233100020010015301 (29419) Del 12 de noviembre de 2014

Proceso con radicado número: 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190) del MP RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO, del 29 de agosto de 2014

Proceso de radicado: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), del magistrado ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA del (28) de enero de dos mil quince (2015)

Proceso con RADICADO: 63001-3331-002-2006-00069-01, la magistrada Ponente: MÓNICA ADRIANA ÁNGEL GÓMEZ, del veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015),

A partir de la lectura de las sentencias referenciadas de los años 2013, 2014 y 2015 se rastrearon los planteamientos formulados en ellas en los siguientes temas: 1- El papel de los eximientes de responsabilidad. 2.-Criterios para imputar responsabilidad. 3. ¿Cuál es el papel del juez frente a los procesos de responsabilidad?, 4. ¿Qué es lo que debe tener en cuenta la defensa para argumentar? 5. Lineamientos frente a la responsabilidad bajo el título de falla del servicio, 6. ¿Cuándo el daño no será imputable a la víctima?

En cuanto al primer punto sobre el papel de los eximientes de responsabilidad, encontramos lo siguiente:

Las tradicionalmente denominadas causas eximientes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la

persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo.³

En sentencia con radicado: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334) Magistrado Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del 27 de febrero de 2013, se encuentra:

También se considera que para que se configure el hecho de la víctima como factor eximente o atenuante de responsabilidad, no es necesario que la entidad demandada acredite la irresistibilidad o imprevisibilidad del comportamiento de la víctima, pues basta con argumentar que es una causa adecuada y determinante para la producción del daño. Así se ha señalado por esta Corporación:

En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.

En relación con el segundo aspecto sobre los criterios para imputar responsabilidad encontramos en Sentencia con RADICADO: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), del Magistrado Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

GAMBOA del (28) de enero de dos mil quince (2015), lo siguiente:

La jurisprudencia de la Corporación ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de enfrentamientos armados, a partir de tres criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. En lo que concierne al riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forstho-

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiocho 28 de abril de 2010. Radicado: 18562. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

ff (1958, p. 467) “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados.

Por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por enfrentamiento con grupos armados insurgentes es el de daño especial, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos⁴ “como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”⁵.

Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico éste se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

Para el caso concreto de los enfrentamientos armados, no hay duda que se excede en lo normal la afectación que están obligados a soportar los miembros de la sociedad civil, cuando un menor de edad resulta lesionado por un artefacto explosivo que se ha quedado extraviado en el lugar donde se dio tal enfrentamiento.

Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan lesiones en civiles como consecuencia de enfrentamientos armados, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación puesto que tales lesiones imponen “una carga

claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia del ejercicio del poder”.

En cuanto al tercer aspecto sobre el papel del juez, en sentencia con radicado: 68001-23-15-000-1996-12379-01(25334) Magistrado Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, del 27 de febrero de 2013, se encuentra que esta Corporación judicial ha sostenido lo siguiente:

[...] será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

En sentencia con RADICADO: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), del Magistrado Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA del (28) de enero de dos mil quince (2015), nos expresa: “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”

En relación al cuarto aspecto sobre lo que debe tener en cuenta la defensa para argumentar, en el PROCESO DE RADICADO: 63001233100020010015301 (29419) Del 12 de noviembre de 2014, expresa lo siguiente:

Si las entidades demandadas pretendían que en el proceso se les absolviera porque los

4 “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

5 Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

desmanes ocurridos superaron cualquier expectativa previsible, han debido probar las medidas que tomó el comité de emergencias para hacer efectivo el toque de queda y acreditar situaciones anómalas y extraordinarias que superaron cualquier previsibilidad, presentadas después del sismo; pero la Alcaldía se limitó a afirmar el cumplimiento de su deber con la simple expedición del Decreto que estableció el toque de queda; por su parte la Policía anunció en su petición de pruebas que acreditaría todas las actividades que desarrolló, pero tales pruebas no llegaron al proceso; y la otra entidad demandada, el Ejército Nacional, contestó extemporáneamente la demanda. Así las cosas, lo que evidencian las pruebas del expediente es la inactividad de las entidades demandadas y la falta de coordinación en sus funciones, para atender la situación de Desastres que se presentó en el municipio de Calarcá días después de ocurrido el terremoto del 25 de enero de 1999.

En cuanto a los lineamientos frente a la responsabilidad bajo el título de falla del servicio, el proceso con radicado número: 18001-23-31-000-2000-00074-01(31190) del MP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, del 29 de agosto de 2014, expresa:

Las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado al juzgar la responsabilidad estatal por tomas guerrilleras han fijado unos lineamientos claros frente a un mismo punto de derecho cuando se ha definido su responsabilidad bajo el título jurídico de imputación de falla del servicio por la muerte de oficiales, suboficiales y soldados, que con ocasión de su vinculación a la fuerza pública, murieron por acción de la insurgencia armada en el curso de operaciones militares, responsabilidad fundamentada en fallas estructurales de planeamiento y desarrollo de las actividades militares, lo que ha facilitado que el enemigo pudiera atesarle derrotas militares al Ejército Nacional, siendo las más graves la pérdida de vidas humanas de los integrantes de las unidades militares que han sucumbido en el contexto

del ataque guerrillero. (...) De este modo, tanto el artículo 4° de la Ley 169 de 1896 como la sentencia C-836 de 2001 exigen que es indispensable tres sentencias sobre un mismo punto de derecho, para que se constituya “doctrina probable” y, en consecuencia, conformen un precedente. Al respecto, las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera se han pronunciado de manera uniforme, constante y reiterada, así: i) la sentencia del 25 de mayo del 2011 de la Subsección C declaró la responsabilidad del Estado y lo condenó por la muerte de varios militares en el ataque guerrillero a la base militar de “Las Delicias”, que tuvo lugar el 30 de agosto de 1996; ii) la sentencia del 7 de abril del 2011 de la Subsección A que estudió la responsabilidad del Estado por el ataque guerrillero a la base militar del cerro de “Patascocoy”, el cual tuvo lugar el 21 de diciembre de 1997; y iii) la sentencia del 26 de junio del 2014 de la Subsección B que analizó la responsabilidad del Estado por los hechos ocurridos el 3 de marzo de 1998 en la vereda “El Billar” en zona rural del municipio de Cartagena del Chairá, Caquetá, en la que resultaron muertos, secuestrados y heridos varios militares por fallas estructurales en las que incurrió el Ejército Nacional, situación fáctica similar al subjuice. (...) La Sala pone de presente que los anteriores lineamientos jurisprudenciales y particularmente esta última decisión, por tratarse de un mismo punto de derecho, son vinculantes, en principio, para el caso concreto, (...) la Sala reitera la postura jurídica construida por las anteriores decisiones con base en las siguientes razones: i) Semejanza o concurrencia objetiva entre los supuestos fácticos y normativos: existen semejanzas entre las premisas fácticas y normativas de las sentencias que juzgaron la responsabilidad estatal en la toma armada de Patascocoy, Las Delicias, Cartagena del Chairá, y el caso presente, pues se trata de decisiones que provienen de una corriente de precedentes en los que se constató que uniformados murieron en similares circunstancias a manos de la guerrilla por fallas en el planeamiento del aparato militar, circunstancias que per-

mitieron que el enemigo pudiera propinarle pérdidas de vidas humanas al Ejército Nacional en el contexto del ataque guerrillero; situación que impone para el caso presente reiterar las anteriores decisiones por exigencia de igualdad de trato, en la que se puede constatar, en palabras de Alexy, un estado de saturación de premisas normativas; ii) Diferenciación subjetiva. Se trata de un destinatario diferente a los beneficiados con las decisiones judiciales anteriores. iii) Adecuación y vigencia de la aplicación de la regla de decisión anterior al presente caso. La consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución de los casos anteriores es susceptible de ser aplicada al presente caso y está vigente. iv) Lineamiento jurisprudencial constante: El Consejo de Estado declaró la responsabilidad a cargo de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional a título de falla del servicio, por cuanto se acreditó que los daños infligidos a soldados a manos de un tercero se originaron por un defectuoso funcionamiento del aparato militar. (...) En el caso concreto, siguiendo las premisas fácticas de la sentencia del 26 de junio de 2014 de la Sección Tercera, Subsección B, está demostrada la falla en el servicio por omisión en la que incurrió el Ejército Nacional por las siguientes razones: (...) La composición de la Brigada Móvil n.º 3 fue inadecuada (...) La Brigada Móvil n.º 3 tenía un déficit de material de guerra, (...) La Brigada Móvil n.º 3 afrontó una precaria información de inteligencia (...) La Brigada Móvil n.º 3 no contó de manera oportuna con el apoyo aéreo-táctico y de comunicaciones para desplegarse en la zona ni para evacuar a los heridos en caso de combate (...) La Brigada Móvil n.º 3 no se alistó debidamente (...) Para la Sala está demostrado que la derrota operacional ocurrida en inmediaciones de la zona rural de Cartagena del Chairá el 3 de marzo de 1998, en la que falleció el soldado Jorge Washington Ortiz Jiménez, tuvo como origen la abstención voluntaria del Ejército Nacional de ejercer sus deberes funcionales y evitar el resultado dañoso mediante la adopción oportuna de medidas tendientes a prevenir la lesión a los derechos funda-

mentales a la vida y a la integridad física de los militares; omisión reprochable que puso a los soldados en un escenario de gran vulnerabilidad, por cuanto un ataque guerrillero por parte del bloque sur de las FARC era una amenaza inminente y completamente previsible para los mandos superiores del Ejército Nacional, como lo concluyó la investigación disciplinaria adelantada por el Comando de la Armada Nacional en contra de los oficiales superiores de la Brigada Móvil n.º 3 (...) En consecuencia, las fallas por omisión anteriormente enlistadas son suficientes para imputar responsabilidad a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por los daños ocasionados a los familiares del militar fallecido, razón por lo cual, en aras de preservar el principio de igualdad, la Sala reiterará el criterio fijado en decisiones anteriores y particularmente la del 26 de junio del 2014, por tratarse de un caso con supuestos fácticos y jurídicos similares. (...) El daño antijurídico ocasionado a los actores se produjo como consecuencia de la abstención a deberes funcionales que le imponía el ordenamiento jurídico al Ejército Nacional como lo son la obligación de proteger la vida y la integridad personal de sus soldados y, en consecuencia, esta defraudación normativa se enmarca dentro del régimen jurídico de la falla del servicio por omisión, lo que obliga a revocar la sentencia apelada y a declarar la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con la correspondiente indemnización de perjuicios”.

En cuanto a qué daño no será imputable al Estado, en proceso con RADICADO: 63001-3331-002-2006-00069-01, la magistrada Ponente: MÓNICA ADRIANA ÁNGEL GÓMEZ, del veintisiete (27) de marzo de dos mil quince (2015), nos expresa:

La Sala aplicó en la solución de los casos, los **distintos regímenes de responsabilidad**. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de **daño especial** cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de **falla**

probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de **riesgo** cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, **en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal.**²⁶ (Negritillas fuera de texto).

4. Defensa jurídica del Estado colombiano

4.1 Debilidades

Respecto a las debilidades de la defensa jurídica del Estado Colombiano, identificada por diagnósticos impulsados por la banca multilateral (Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial), se pueden resaltar:

- Incoherencia en el sistema de defensa jurídica del Estado.
- Falta de estrategias para prevenir y mitigar el daño antijurídico producido por la actividad estatal, y por otra, en el hecho de que las entidades públicas, a pesar de ser demandadas con frecuencia, actuaban como si fueran litigantes ocasionales, es decir, carecían de un sistema integrado para la defensa de sus intereses litigiosos y de una estrategia para el ma-

nejo del creciente volumen de casos similares, pero que afectaban a varias instituciones por separado.

- En cuanto a la responsabilidad del Estado por parte de los abogados, se precisan las siguientes debilidades:
- Falta de participación en el debate probatorio dentro del proceso.
- Ausencia generalizada de alegatos de conclusión, y hasta de recursos de apelación frente a decisiones adoptadas en contra del Estado.
- Falta de sustentación adecuada de las apelaciones, pues los abogados solo las interponían como formalidad para evitar posibles investigaciones disciplinarias, pero no impulsaban el recurso con las herramientas adecuadas para asegurar un resultado exitoso.
- Lento avance del proceso judicial hasta su última instancia (con frecuencia superior a 10 años), generando asignaciones crecientes de recursos públicos para el pago de sentencias y conciliaciones en detrimento de recursos para inversión social. (BID, ¿Es Efectiva la Defensa Jurídica del Estado? 2014)

En general, la insuficiente efectividad de la acción jurídica se explica por los problemas que subyacen en todo el ciclo de defensa jurídica.

Seguidamente, lo anterior se contextualiza en el marco del pago de sentencias y conciliaciones por el Estado entre los años 2000-2013.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2009, Radicación N°: 25000-23-26-000-1995-01600-01(18070). C. P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Tesis reiterada en la sentencia antes citada del año 2010, Radicación No: 25000-23-26-000-1996-03096-01(17992). C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, así:

“Abora, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma. En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados conscriptos, en la medida en la cual su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque respecto de ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.”

La Nación presenta una tendencia creciente en los pagos de sentencias y conciliaciones desde el año 2000 que, en términos generales, está explicada tanto por el aumento en la cantidad de procesos como por los montos de sus pretensiones. Sin embargo, no se puede ignorar como posible causa del incremento en los pagos, su correlación con las debilidades y limitaciones en la capacidad de defensa legal por parte del Estado, lo cual se evidencia en la baja tasa de éxito de la defensa jurídica de las entidades. El conjunto de estas deficiencias se convierte en el objeto de gestión de la Agencia, con miras a prevenir el daño antijurídico y a mejorar la defensa con el fin de proteger el patrimonio público.

De acuerdo con los cálculos de la Dirección de Gestión de Información de la Agencia, los desembolsos realizados por las Entidades Públicas de orden nacional han tenido un crecimiento exponencial del 492% entre el año 2000 y el 2012.

4.1.1 Papel de la defensa ante la responsabilidad administrativa del ejército nacional

El objetivo misional del Ministerio de Defensa Nacional es “Contribuir a la gobernabilidad democrática, la prosperidad colectiva y la erradicación de la violencia, mediante el ejercicio de la seguridad y la defensa, la aplicación adecuada y focalizada de la fuerza y el desarrollo de capacidades mínimas disuasivas.”.

Según el estudio elaborado por el Ministerio del Interior “Bases para la política de prevención del daño antijurídico del Estado” (2010), una de las entidades con mayor número de demandas en su contra es el Ejército de Colombia, de ahí que con base en este estudio se consideró la formulación de un proyecto que ofrece un Modelo flexible de Gestión de la Defensa Jurídica Pública que puede ser rediseñado e implementado para conseguir una disminución significativa de Daños Antijurídicos y una Protección y Defensa Efectiva de los Intereses Litigiosos del Ejército y de la Policía Nacional (Min. Interior, 2013).

Ahora bien, haciendo referencia al papel de la defensa jurídica del Estado ante la responsabilidad administrativa del Ejército Nacional, se toma en consideración algunas sentencias del Consejo de Estado, en aras de identificar la actuación de la defensa ante la imputación de responsabilidad.

En la sentencia 32912 del 28 de enero de 2015, del Consejo de Estado, la parte demandada argumenta que el hecho es exclusivo y determinante de un tercero, esto como eximente de responsabilidad, toda vez que, a su juicio, la afección que sufrió el actor fue responsabilidad del joven Santiago Zuluaga, quien hizo explotar la granada. Asimismo, agrega que “en casos de explosión de artefactos explosivos que causan daños a particulares, es necesario acreditar que eran de propiedad, dotación, tenencia o custodia de la entidad demandada, pues de lo contrario no se le puede imputar responsabilidad de forma tal que la conducta de los militares no puede ser encuadrada dentro de la teoría del riesgo o del daño excepcional.

De ahí que el problema jurídico a resolver es si ¿le es atribuible al Ejército Nacional el daño sufrido por el menor WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, al resultar lesionado por la explosión de una granada que encontró en un lugar en donde en días anteriores se había desarrollado un operativo militar?

Ante esta situación la parte demandada se defiende, argumentando:

“No existe ninguna prueba, que permita señalar que el artefacto explosivo era propiedad del Ejército. Por el contrario la entidad certifica que las únicas granadas utilizadas, cumplieron su objetivo explotando el día de los hechos, con ocasión del enfrentamiento con los subversivos.

En este orden de ideas, se llega a la conclusión de que no se comprobó que los miembros del Ejército Nacional, *de manera imprudente, ajenos a su deber de cuidado, hubieran dejado olvidado el artefacto, que después fue manipulado*

por quien murió y lesionó a WALTER DARIO (sic) JIMENEZ, de forma tal que la conducta de los militares no puede ser encuadrada dentro de la teoría del riesgo o del daño excepcional.

No se demostró ningún nexo de causalidad, se reitera, entre el actuar del Ministerio de Defensa, a través del EJERCITO NACIONAL y las lesiones sufridas por el antes mencionado y por supuesto el consecuente daño a los demandantes. Por lo tanto, reitera esta Sala, no puede tildarse culpabilidad por falla ó (sic) falta en el servicio de esta Institución, ya que no puede hacerse responsable el actuar de un tercero, como lo son las autodefensas, debiéndose negar las pretensiones de la demanda.”

Se podría decir que dichos argumentos son creíbles, sin embargo, también surge la pregunta acerca de la preparación y formación de los apoderados de la defensa, en cuanto a la actuación en derecho, puesto que los argumentos son mediáticos y no se mira el contexto internacional respecto a los Tratados y Convenios, donde se muestra la gran responsabilidad del Estado para con las personas, y a partir de esta comprensión, entender hasta donde se puede actuar, acudir a la conciliación, y así evitar desgaste del aparato judicial y la disminución de la pretensión económica.

Por ejemplo, entre las obligaciones que se establecen en la Convención de Ginebra, resulta trascendente para el caso concreto según lo consagrado Artículo 10, del protocolo II, norma que dispone.

ARTÍCULO 10. REMOCION DE CAMPOS DE MINAS, ZONAS MINADAS, MINAS, ARMAS TRAMPA Y OTROS ARTEFACTOS Y COOPERACION INTERNACIONAL.

1. Sin demora alguna tras del cese de las hostilidades activas, se deberá limpiar, remover, destruir o mantener de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° y en el párrafo 2° del artículo 5° del presente protocolo, todos los campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos”.

2. Incumbe a las Altas Partes Contratantes y a las partes en un conflicto esa responsa-

bilidad respecto de los campos de minas, las zonas minadas, las minas, las armas trampa y otros artefactos que se encuentren en zonas que estén bajo su control”. [Subrayado fuera de texto].

Es por ello que se hace necesario que la Defensa Jurídica en su actuación tenga en cuenta que el Estado Colombiano, no es una rueda suelta, que hace parte de Tratados, Convenios, en consonancia con el Bloque de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad.

Es vital que el Estado colombiano a partir de la Agencia de la Defensa Jurídica, aúnen esfuerzos en el diseño y activación de estrategias que propendan la prevención del daño antijurídico, involucrando a la institucionalidad y a los servidores públicos.

4.1.2 Gestión y resultados de la agencia nacional de la defensa jurídica del Estado

La evaluación de la gestión y resultados se fundamenta en los sistemas de control de Gestión, Resultados, Legalidad, Financiero y Control Interno, estos consagrados en el Plan Estratégico 2011-2014, como principal instrumento de planeación y referente de gestión institucional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado No obstante, se observaron deficiencias en el proceso de planeación para cumplir las actividades establecidas en los planes, programas y proyectos en cumplimiento de su función. De ahí que respecto al control de legalidad, la entidad dio cumplimiento a la normatividad vigente aplicable a sus operaciones, así como a las normas externas e internas vigentes, no obstante se evidenciaron situaciones de debilidad en supervisión, publicidad y trazabilidad en los proceso contractuales; seguidamente se hace referencia al control financiero, en el cual se determinaron salvedades originadas en la falta de registro de la totalidad de la información en las notas a los Estados Financieros, la falta de cálculo y registro de la totalidad de las amortizaciones y las debilidades del sistema de

control documental establecido por la Entidad en especial en lo referente a la conciliación de saldos entre las diferentes dependencias.

Lo anterior a su vez está relacionado con los siguientes hallazgos por parte de la Contraloría General de la República:

Respecto a los Riesgos Institucionales, la entidad no cuenta con un Sistema de administración de riesgos en el desarrollo de sus procesos, que le permitan determinar el impacto potencial y su probabilidad de ocurrencia, con miras a establecer su análisis y valoración; tanto de los internos como externos; los cuales pueden afectar el nivel de exposición o grado de vulnerabilidad a que está abocada la entidad; debido a deficiencias en los mecanismos de seguimiento y control, lo que puede afectar o impedir el logro de sus objetivos estratégicos.

En cuanto al seguimiento y control, no se contempló actividades relacionadas con los procesos misionales que permitieran medir la eficiencia y eficacia de la gestión institucional; a través de auditorías que constituyeran un instrumento al ejercicio de la evaluación y verificación. En el cumplimiento de metas a través del Plan de Acción Institucional, presentan deficiencias en la evaluación y seguimiento de los controles, que no permitieron implementar oportunamente acciones correctivas, en el establecimiento de metas, diseño de indicadores y riesgos, lo cual puede ocasionar incumplimiento de lo programado.

En los lineamientos para la formulación de políticas de prevención del daño antijurídico, presenta deficiencias, por cuanto no se evidencia el establecimiento de acciones que pretendan facilitar la realización de actividades reglas, y procedimientos con el fin de tomar decisiones sobre su implementación, coordinación y ejecución en las diferentes entidades y que sirva como un instrumento eficiente para solucionar la problemática generadora del daño.

Respecto a las herramientas de monitoreo y seguimiento a la política pública, no se observaron procedimientos que evidencien, la manera en

que se va a realizar el monitoreo y/o seguimiento a los ciclos de la política pública y que incluya el diseño de indicadores de gestión, que permitan la comparación de los resultados frente a las metas propuestas y a su vez faciliten generar oportunamente alertas tempranas para la toma de correctivos necesarios, que conlleven al logro efectivo de las metas planteadas.

Acerca del sistema de información de actividad litigiosa, se detectó que pese al lanzamiento del Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado E-Kogui, el cual tiene como objetivo, la adecuada gestión del riesgo fiscal asociado a la actividad judicial y extra judicial de la Nación, no ha sido eficaz, por cuanto no se ha cumplido con los objetivos planteados, dado que la entidad no cuenta con la información real para administrar los procesos de tal forma, que le facilite la identificación de variables y tendencias que permitan de manera temprana y efectiva mitigar el riesgo de la generación del daño antijurídico. Lo anterior debido a que en las entidades aún reportan en sistema LITIGOB y están ajustando sus datos a los formatos definidos por la Agencia para el reporte de archivos planos y no han recibido la socialización necesaria para ajustar su información a los requerimientos del nuevo sistema, lo que puede ocasionar que las entidades no cuenten con un mecanismo rápido y ágil para el seguimiento a la actividad de sus apoderados judiciales, en cumplimiento del Decreto No. 4085 de 2011 (Contraloría General de la República, 2013) (BID, Programa de Apoyo a la Modernización de la Abogacía General de la Unión, 2010).

Conclusiones

Con base en el desarrollo del trabajo de investigación se puede acotar lo siguiente:

Frente a las falencias de la Defensa Jurídica del Estado a través de la historia, se debe procurar asumir en cada caso específico donde se pretende la indemnización de un daño, un papel activo en aras de demostrar que no se logra constituir el daño antijurídico, obviamente dentro de los parámetros normativos.

La defensa debe considerar la formulación de argumentos y pruebas con la finalidad de controvertir la existencia de los daños materiales e inmateriales, así como la cuantía de los perjuicios y la aplicación de las reglas de experiencia y presunciones que jurisprudencialmente sirven de base para su tasación.

El papel de la defensa igualmente debe estar atento a solicitar las reducciones y el señalamiento de porcentajes que de conformidad con la ley resulten procedentes, cuando el hecho de la víctima o del tercero, según sea el caso, hayan concurrido a la producción del daño, ello con el fin de evitar liquidaciones desproporcionadas.

El papel de la defensa en los procesos contenciosos ha sido incipiente, puesto que no logra ser efectiva en tanto no se visualiza un papel activo y con estrategias encaminadas a proteger el patrimonio Estatal. Es preocupante la vulnerabilidad en la que se encuentra el Estado, no la logra defensa sustentar las pruebas, antes por el contrario, es alto el desgaste jurídico.

Las entidades convocadas al proceso usualmente contestan la demanda mediante una defensa con discursos muy elementales como por ejemplo: “Inexistencia de falla del servicio”, “el demandante debe probar los hechos alegados”. “Nos ‘atenemos’ a lo que resulte probado en el proceso”, “nos ‘adherimos’ a la petición de pruebas formulada por el demandante”.

Con la obligación constitucional que adquiere el Estado, este debe proteger y garantizar los mínimos fundamentales de todos los ciudadanos lo que exige de él una mayor capacidad de reparación integral, cuando las actuaciones inherentes a la administración se convierten en lesivas. Asimismo, el conflicto permanente en que se encuentra inmerso el país lo lleva a una violación sistemática de los derechos humanos que ha obligado a la sociedad y al Estado a asumir el costo económico del conflicto armado, que genera una necesidad imperiosa de repensar una política pública de prevención del daño antijurídico, ante el desbordamiento paulatino de las finanzas públi-

cas y el riesgo inminente de un desequilibrio fiscal irreversible. El conflicto interno que ha padecido el país durante décadas y una defensa jurídica no empoderada, nos presenta un panorama bastante desalentador que nos lleva a pensar en una impotencia del Estado para ejercer sus funciones y que deja grandes interrogantes acerca de cómo asumirá, y que implicaciones tendrá su responsabilidad en el post conflicto con los grandes costos que puede acarrear.

Referencias

- AJ. Avance Jurídico. (2015, octubre 15). Ministerio de Relaciones Exteriores. Retrieved octubre 15, 2015, from Ministerio de Relaciones Exteriores: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/acuerdo_andje_0008_2015.htm
- BID. (2010). Programa de Apoyo a la Modernización de la Abogacía General de la Unión. Brasil.
- BID. (2014). *¿Es Efectiva la Defensa Jurídica del Estado?* América Latina: Copyright ©.
- Cartujo, I. B. (2000). Tesis Doctoral, Síndrome de Alienación Parental. Barcelona.
- Chile, B. d. (2009). Síndrome de Alineación Parental. Regulación y Jurisprudencia. Chile: Bcn.
- Estado, A. N. (2013). Informe sobre la Actividad Litigiosa de la Nación. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Fernando, C. F. (2013). Hacia un Sistema Integrado de Defensa Jurídica Estatal: situación y perspectivas de una política pública en Colombia. Clad Reforma y Democracia No. 56, 1-35.
- FORSTHOFF, Ernst. (1958) Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Pág. 467.
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts.64, 2357 y ss. Abril 15 de 1887(Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const].Art. 2, 90.Julio 7 de 1991(Colombia)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 32912

- (C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Enero 28 de 2015).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 25334(M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Febrero 27 de 2013)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 31190(M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; Agosto 29 de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 63001-3331-002-2006-00069-01(M.P. Mónica Adriana Ángel Gómez; Marzo 27 de 2015)
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicado N° 18.800. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 23 de Junio de 2.010.
- Irisarri Boada, C. (2.000). “El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano”. Pontificia universidad javeriana facultad de ciencias jurídicas de departamento de derecho público. Santafé de Bogotá, D.C.
- Martínez Rave, G. (1.988). “La responsabilidad civil extracontractual en Colombia” 4ª.ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Patiño, H. (2.008). Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. *¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado.* Revista de Derecho Privado N°14
- República, C. G. (2013). Informe Auditoria Externa Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado. Bogotá.
- Sucre, C. U. (2013, Junio 25).
- Sucre, C. U. (2015, Septiembre 16). *corposucre*. Retrieved from *corposucre*: <http://orientacion.universia.net.co/universidades-98/noticias/el-sindrome-de-alienacion-parental-en-el-sistema-judicial-1577.html>
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). Tratado de *Responsabilidad Civil*. Tomo II, Bogotá D.C., Colombia: Editorial Legis.

Percepción de la comunidad el Guayabo frente al impacto ambiental y social ocasionado por la ladrillera Tejar San José de Itagüí*

*Natalia Andrea Echavarría Yepes***

*José Leal Valdez****

Asesoras: Paola Andrea Cataño Gómez y Lina Marcela Acevedo Correa.

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

Este artículo pretende analizar la situación que se presenta en el barrio santa María N° 1 de Itagüí, más conocido como el guayabo, aquí se puede apreciar la compleja relación existente entre la ladrillera el tejar de san José y los habitantes del barrio anteriormente mencionado, pues dicha empresa es fuente primaria de empleo para los habitantes pero también es factor contaminante que puede llegar a afectar la salud de estas personas, se pretende indagar el nivel de cumplimiento de la normatividad ambiental por parte de la empresa, conocer si han mejorado su tecnología para una producción más limpia, saber su nivel de compromiso frente a la comunidad para mejorar en los temas que afectan a sus habitantes y finalmente conocer la percepción que tiene cada actor de la comunidad respecto del deterioro ambiental que ésta genera y su consecuencia social; de igual manera se pretende conjuntamente plantear alternativas de solución en aras del bienestar general.

Palabras clave: comunidad; contaminación; desarrollo sostenible; impacto ambiental; ladrillera; medio ambiente; percepción; procesos de producción; tecnología limpia.

* Trabajo presentado en la materia Clínica Jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta-.

** Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-. Correo electrónico: nathaliaechea@hotmail.com

*** Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta –Unisabaneta-. Correo electrónico: jofelo314@yahoo.es

Perception of the community “el Guayabo” facing the environmental and social impact caused by brick maker tejar San José De Itagüí

Abstract

This article analyses the situation that occurs in the neighborhood Santa Maria N 1 in Itagüí, better known as “El Guayabo”, where it is easy to appreciate the complex relationship between the Brick Maker El Tejar de San José and the inhabitants of the aforementioned neighborhood, because the company is the primary source of employment for the inhabitants but it is also being a pollutant agent which may affect the health of these people. The goal is to evaluate the level of compliance regarding the environmental regulations by the company, know if they have improved their technology for cleaner production, know their level of commitment with the community to improve on issues affecting their inhabitants and finally know the perception of each actor in the community about environmental deterioration that is generating social consequences; likewise, this intends to suggest alternative solutions concerning the general welfare.

Keywords: Community; Pollution; Sustainable Development; Environmental Impact; Brick Maker; Environment; perception; production processes; clean technology.

Introducción

Este artículo es el resultado de un proyecto de investigación de estudiantes de octavo semestre de derecho de Unisabaneta, cuyo propósito consistió en analizar la situación presentada en el barrio santa María N° 1 de Itagüí, más conocido como El Guayabo, por causa de la actividad productiva de la Ladrillera el Tejar San José, indagando así la percepción que tenía cada actor involucrado acerca del deterioro ambiental que esta genera; asimismo se buscó proponer una posible alternativa que propiciara bienestar y desarrollo comunitario.

El proceso investigativo se llevó a cabo en distintos momentos que permitieron el desarrollo de los objetivos; inicialmente se hizo la contextualización tanto de los antecedentes de la ladrillera y sus procesos productivos como de la información inicial acerca de la problemática entre la empresa y los habitantes del sector; se utilizaron medios tales como, la observación en campo, los rastreos bibliográficos y registros fotográficos encontrados. Lo anterior permitió desarrollar los objetivos de la investigación, ya que se pudo establecer que el grado de cumplimiento de la Ladrillera con respecto a las normas ambientales era bastante alto, además se pudo verificar con objetividad que los procesos utilizados por la ladrillera para la producción de materiales y disminución de los efectos dañinos propenden hacia la mitigación de daños; y finalmente después de conocer las diferentes percepciones se pudo generar equilibrio entre las posturas de cada uno y proponiendo alternativas encaminadas a la conciliación de las partes a través de mesas de trabajo en donde se involucre no solo a la Ladrillera con la comunidad sino también a la Administración Municipal, Autoridades Ambientales y Universidades; propiciando acciones de compromiso y educación para facilitar la concurrencia de la actividad productiva de la Ladrillera como fuente de empleo para los habitantes de la comunidad, pero a su vez garantizar el derecho de estas personas a gozar de un ambiente sano y el deber como ciudadanos de protegerlo y mantenerlo.

Luego surgió un segundo momento donde se realizaron visitas a las instalaciones de la Junta de Acción Comunal del barrio y a la Ladrillera, en las que se aplicaron técnicas e instrumentos para la recolección de información como la entrevista, el cuestionario y un listado de chequeo, todo ello con el fin de indagar con la fuente directa acerca de los procesos productivos y cumplimiento de la normativa ambiental, así como la percepción que tiene cada actor o miembro de la comunidad frente al impacto ambiental y social; posteriormente se realizó una encuesta a 46 habitantes de la comunidad para determinar la percepción por parte de ellos en cuanto al conocimiento de las actividades desplegadas por la ladrillera, los impactos ocasionados y las posibles soluciones a dicha problemática, además se buscó información a través de derecho de petición interpuesto a Corantioquia con el fin de indagar acerca de procesos de control y seguimiento a la Ladrillera.

La actividad productiva de las ladrilleras ocasiona gran impacto ambiental y social si no cuenta con los procesos de producción adecuados y acordes con las normas ambientales, ocasionando en muchos casos un desequilibrio en ambas esferas; por lo cual en la Constitución de 1991 toma gran relevancia el tema del impacto ambiental, sin embargo pese a la reglamentación existente no ha sido suficiente para contrarrestar la degradación ambiental desplegada por actividades humanas que inciden directa e indirectamente en los recursos naturales, los cuales sufren modificaciones o alteraciones.

Es por ello que en la presente investigación se pretendió conocer si la Ladrillera el Tejar San José que se encuentra ubicada en el Barrio Santa María N° 1 más conocido como El Guayabo en el Municipio de Itagüí, ejecuta las acciones tendientes a mitigar el deterioro ambiental y social tal y como lo exigen las autoridades correspondientes, determinando así qué acciones debe realizar en su actividad productiva para mitigar el impacto causado en la realización de su actividad, buscando establecer cuál es su grado de cumplimiento con las normas de tipo ambiental, a través de la

indagación de los procesos para la producción de los materiales, en donde se busca proponer acciones que puedan compensar a las comunidades aledañas en lo referente a los efectos nocivos causados por la Ladrillera.

Lo anterior busca mejorar la calidad de vida de los habitantes del Barrio el Guayabo, en donde la actividad productiva que se viene desarrollando permita el libre ejercicio de los derechos, implementando procesos de fabricación óptimos, adecuados y ajustados a la norma, para que así esta población no solo tenga una fuente de empleo que le permita cubrir las necesidades básicas, sino también puedan disfrutar de un ambiente sano y gozar de una buena salud y máxime cuando el ser humano debe ser visto desde un enfoque integral que comprenda distintas esferas (social, cultural, económico, político, religioso) entre otros; para desarrollar así todas sus dimensiones de una manera plena y segura.

Para el desarrollo de la investigación fue necesario indagar acerca de los antecedentes de la ladrillera con el fin de contextualizar el surgimiento de dicha problemática ambiental y social con las comunidades aledañas, también se tuvo en cuenta bases teóricas como contaminación ambiental, impacto social y ambiental, clases de impactos y producción limpia, todo esto con el fin de tener un acercamiento más preciso en cuanto a la incidencia que tiene la Ladrillera en la comunidad en mención; teniendo en cuenta que la producción de ladrillos y tejas ha venido siendo tradición en esta comunidad durante décadas, incidiendo en aspectos sociales, económicos, laborales, salud, seguridad y, por su puesto, el impacto ambiental, de acuerdo a datos suministrados por la Junta de Acción Comunal del Barrio el Guayabo, en donde se conoce que la Ladrillera data desde el año 1949, además de ser una fuente de empleo para la comunidad; no obstante se presentan inconvenientes con respecto al deterioro y destrucción de las vías, y la afectación en la calidad del aire.

1. Marco teórico

1.1 Contexto histórico del municipio de Itagüí

El Municipio de Itagüí fue fundado en 1743 por el Prefecto Don Francisco Montoya, quien después de muchas peticiones realizadas a los diferentes Obispos y al entonces gobernador de la provincia, el Señor Gregorio María Urreta, para la creación de la parroquia de Itagüí. Es con el personero del Cantón de Medellín quien al considerar ajustada a la realidad tal solicitud, sugirió la conveniencia de la nueva creación. Fue así como el 24 de diciembre de 1831 el prefecto del Departamento don Francisco Montoya y su secretario Mariano Ospina Rodríguez elevó el partido de Itagüí a distrito parroquial; y el 1° de abril de 1832 fue nombrado como primer alcalde el señor Francisco Vélez. (Alcaldía de Itagüí, 2015).

1.2 Contexto geográfico del municipio de Itagüí

Descripción física: Itagüí está ubicado al suroccidente del Área Metropolitana de Medellín, en el Valle de Aburrá, una de las nueve regiones en las que se divide cultural y geográficamente el Departamento de Antioquia. Sus coordenadas son 6°10'21" Norte, 75°36'35" Oeste. Es el tercer municipio más pequeño de Colombia.

Límites del municipio: por el norte limita con el municipio de Medellín, por el este con los municipios de Medellín y Envigado, por el oeste con La Estrella y Medellín, y por el sur, con los municipios de Envigado, Sabaneta y La Estrella. (Historia de Antioquia, 2014)

Cuenta con una extensión territorial de 21.09 km², correspondiendo 12.17 km² a la zona urbana y 8.91 km² a la zona rural lo cual lo hace uno de los municipios más pequeños del país, gran parte del territorio está destinado al uso urbano. (Alcaldía de Itagüí, 2015)

La zona rural del municipio de Itagüí está dividida en un corregimiento y 10 veredas que se agrupan en cuatro sectores.



Figura 1. División Política de Itagüí

Fuente: Alcaldía de Itagüí, 2015

1.3 Comunidad barrio Santa María N° 1

El barrio Santa María No. 1, más conocido como El Guayabo hace parte de uno de los barrios de la comuna 4 del municipio de Itagüí con una población aproximada de 4.000 habitantes, el cual tiene reconocimiento como el primer barrio que nace a orillas del camino de herradura que llevaba a la vereda de Los Gómez, esta vereda existe aproximadamente desde el año 1930. Lo que más ha caracterizado a este barrio es su tradición en producción de ladrillos y tejas.

1.4 Antecedentes históricos de la industria ladrillera del Valle de Aburrá

Para dar acopio a los antecedentes de la industria ladrillera, es importante resaltar que esta ha sido una fuente de empleo mediante el cual

muchas familias del Valle de Aburrá han logrado salir adelante desde finales de 1890. La industria de la ladrillera tuvo sus inicios de manera artesanal en el Valle de Aburrá especialmente en los barrios Belén y Guayabal de Medellín y, en Itagüí (Santamaría, Ajizal y Los Gómez). En las décadas del 50 al 70, algunos tejares inician con la mecanización de sus procesos a través del empleo de extrusoras de inyección, obteniendo una mayor uniformidad al ladrillo. La implementación de dichas máquinas produjo un cambio significativo en el proceso de mecanización, pues dieron paso del ladrillo macizo al ladrillo hueco.

Sin embargo, la fuerte presión sobre las zonas de las laderas occidentales ricas en arcilla, hizo que algunas ladrilleras migraran hacia otros sectores y debido a cambios en el Plan de Or-

denamiento Territorial (POT) del municipio de Itagüí, algunas ladrilleras han desaparecido y han vendido sus predios, ya que las zonas industriales donde se ubicaban pasaron a ser residenciales o de uso restringido (Sánchez Silva & Zapata Valencia, 2013) pag.110.

1.5 Antecedentes históricos de la Ladrillera Tejar San José:

El Tejar San José SAS, es una industria ladrillera especializada en la fabricación de ladrillos que cuenta con aproximadamente 66 años de asentamiento en el municipio; se encuentra ubicada en el barrio El Guayabo del municipio de Itagüí – Antioquia, con dirección Calle 69 No. 57-161 y es representada legalmente por Jorge Alonso Arango. El Tejar cuenta con zona de explotación, la cual posee título minero vigente adjudicado por la Secretaría de Minas del muni-

cipio de Medellín desde el 5 de Septiembre de 1990 con código de expediente T13883011 para licencia de explotación de material arcilloso en un área de 25.038 Hectáreas y con una vigencia hasta el 15 de Septiembre de 2013, con prórroga por otro tiempo igual. A pesar de poseer título minero para explotación, actualmente el material utilizado como materia prima para la fabricación de ladrillos es proveniente de diversas zonas, tanto como material limo arcilloso recibido a obras ejecutadas en el Valle de Aburrá, como material arcilloso traído desde municipios cercanos como Amagá y Caldas. Este material recibido es almacenado técnicamente en el frente de Vinagrado del tejar, garantizando la estabilidad del terreno natural y de los llenos conformados a través de los años (Ver figura n°2). (TEJAR SAN JOSE, 2014). Esta información fue manifestada en una entrevista por la Ingeniera Luz Marina Yepes.



Figura 2. Vista aérea zona explotación arcilla y producción ladrillo Barrio Santa María No 1 El Guayabo

Fuente: tomado de Google Map (2015)

En la siguiente tabla se mostrará la información básica de la Ladrillera, la cual fue obtenida del plan PMIRS, suministrada por la misma.

Tabla 1. Información general

Nombre de la empresa:	Tejar San José S.A.S
Tipo de actividad industrial:	Explotación y transformación de minerales industriales no metálicos
go CIU	2392
WEB:	Tsj.com.co
Dirección:	Calle 69 # 57-161
Teléfono:	3770022
Fax:	3720933
Representante Legal:	Jaime Arango Tamayo
Gerente general:	Jorge Alonso Arango
Responsable Gestión Ambiental:	Luz Marina Yepes Rivera
Responsable Gestión Social:	Luz Marina Yepes Rivera
Número de empleados:	150
E-mail:	lyepes@tsj.com.co
Jornada Laboral:	1 turno de 8 horas (8:00 a.m. a 5:00 p.m.) y Sábados (7:00 am a 12:30 pm)
Días laborados en la semana	6
Semanas laboradas en el año	52

(Corantioquia & Área Metropolitana, 2014)

1.6 Antecedentes normativos ambientales

En 1972 a través de la Declaración de Estocolmo se genera una gran reflexión en las políticas internacionales para la protección del medio ambiente, estableciéndose allí los principios rectores que permitan garantizar el goce de un ambiente sano.

A partir de estos principios surge una de las más importantes leyes nacionales, la ley 99 de 1993, mediante la cual se crea el Ministerio de Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organiza el Sistema Nacional Ambiental (SIN). También consagra la obligación de otorgar la licencia ambiental para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, siempre y cuando estas no causen deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introduzcan

modificaciones considerables o notorias al paisaje, ya sea por la explotación o extracción de materiales. Por otro lado, define que las Autoridades Ambientales serán las responsables de formular y verificar el cumplimiento de las políticas y normas ambientales.

Es de resaltar que con la expedición de la ley 99 de 1993, se han logrado importantes avances hacia una cultura de prevención, protección, conciencia y pertenencia del hábitat, posibilitando además ejercer mayor control sobre las actividades que causan daños al medio ambiente. Sin embargo, es de acotar que a través de la industria ladrillera se han generado serios perjuicios al medio natural de carácter irreversible. (Sánchez Silva & Zapata Valencia, 2013)

1.7 Instituciones reguladoras o de control ambiental

En esta investigación se tuvo en cuenta a *CORANTIOQUIA* y el *ÁREA METROPOLI-*

TANA, por ser las autoridades ambientales encargadas de dar cumplimiento y oportuna aplicación a las disposiciones legales conforme a las directrices y normas expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en cuyas funciones según el artículo 30 de la ley 99 de 1993 se contempla la evaluación, control y seguimiento ambiental de las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso y depósito de los recursos naturales no renovables, incluida la actividad portuaria con exclusión de las competencias atribuidas al MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, así como de otras actividades, proyectos o factores que generen o puedan generar deterioro ambiental. Esta función comprende la expedición de la respectiva licencia ambiental. Las funciones a que se refiere este numeral serán ejercidas de acuerdo con el artículo 58 de esta ley; de igual manera determina ejercer funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables, lo cual comprenderá el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos líquidos, sólidos y gaseosos a las aguas en cualquiera de sus formas, al aire o a los suelos, así como los vertimientos o emisiones que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos. Estas funciones comprenden la expedición de las respectivas licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y salvoconductos. (Ley 99, 1993).

2. Líneas del proceso investigativo

Teniendo en cuenta que todo proceso investigativo conlleva unas etapas, es de suma importancia resaltar o plantear algunos temas que sirvieron como soporte al desarrollo de la misma, en donde se tuvo en cuenta como estrategia principal la triangulación de la información dando como resultado tres ejes, sobre los cuales se fundamenta la investigación: percepción de la Junta de Acción Comunal, percepción de la Ladrillera Tejar San José y percepción de la comunidad.

La percepción de los diferentes actores de la comunidad frente al impacto ambiental y social se materializó mediante la aplicación de fuentes primarias como lo son las encuestas y las entrevistas. Los resultados obtenidos nos permitieron extraer un **análisis** de los datos desde un enfoque cualitativo y cuantitativo en aras de aportaron a la generación de conclusiones y recomendaciones.

2.1 Percepción de la Junta de Acción Comunal –JAC–

Primero se hace necesario conceptualizar las funciones de las Juntas de Acción Comunal dentro del contexto comunitario. De acuerdo a la ley 743 de 2002, en su Artículo N° 6 las define como una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.

Con base a lo anteriormente expresado, se resalta la postura de este actor respecto de la percepción de la actividad productiva de la Ladrillera Tejar San José.

2.2 Percepción de la JAC y de la Ladrillera Tejar San José S.A.S

Su percepción frente a la Ladrillera es bastante negativa, asocian su actividad productiva como la mayor generadora de problemas. Dentro de los cuales se enuncian los siguientes:

Afectación a la salud en dificultades respiratorias por la emisión de material particulado (polvo); deterioro de las calles, por el constante tránsito de volquetas con carga pesada, afectando la adecuada movilidad de los habitantes y de vehículos livianos; perjuicios en aspectos ambientales y sociales, por su actividad productiva y expresan que a pesar del daño que ocasionan, logran tener el aval y apoyo de las autoridades competentes por el pago de impuestos que realizan, dando a entender que a las administraciones solo les im-

porta que estas entidades cumplan con esta responsabilidad económica.

Respecto a las gestiones realizadas, manifiestan que se han acercado varias veces a los directivos de la Ladrillera para expresar sus inconformidades y generar compromisos, pero no han obtenido respuesta, de igual modo, han interpuesto algunos mecanismos como derechos de petición, ante las entidades competentes, sin embargo las respuestas no atienden los problemas planteados.

Consideran que las ladrilleras, por el hecho de aportar al empleo de las personas, impiden que asuman actitud crítica ante las molestias que ocasionan a la comunidad. Esta por el contrario, prefieren realizar acciones de compensación a particulares, en muchos casos paliativas que permitan tranquilizar a la población, pero no generan compensaciones o mitigaciones que aporten al desarrollo real de la comunidad.

2.3 Percepción de la JAC y de la comunidad

La JAC considera que a la comunidad no le interesa aportar y empoderarse de este tipo de asuntos, les falta interés y capacidad para proponer acciones que propendan por su bienestar, se interesan más por asuntos particulares.

Asimismo suponen que esta actitud puede ser resultado del temor que les da perder sus empleos, el sustento económico para su familia prima sobre el interés común; referencian que tuvieron un caso de persona activas en la junta que prefirieron alejarse y no participar cuando se enteraron de las peticiones que se les formularían a la Ladrillera.

Si bien reconocen la importancia que tiene la Ladrillera para la comunidad en lo que respecta al desarrollo económico de su población, consideran que es más el daño que se ocasiona y que la comunidad en general optan por el camino más fácil, en cuanto a no apoyar acciones que se llevan a cabo en contra de la Ladrillera; dejando ver una

gran ausencia del sentido de pertenencia y poca participación en la toma de decisiones que los afectan. Sumado a ello, la pasividad de las autoridades competentes que solo adoptan posiciones de conveniencias frente a dichas afectaciones.

2.4 Percepción de la comunidad y de la Ladrillera Tejar San José S.A.S

Inicialmente en el desarrollo de la encuesta, se pudo notar una reticencia por parte de los encuestados ya que pensaban que con la labor del equipo investigador se pretendía realizar alguna actuación en contra de la Ladrillera, al punto de cerrarla o incluso de que se trataba de una actividad política mediante la cual se buscaba ganar su simpatía para apoyar algún candidato. Es por ello que fue necesario abordar la atención de los encuestados, preguntando ¿Cuál era la opinión que tenían de la Ladrillera Tejar San José? La totalidad de los encuestados expresaron que sus relaciones con el Tejar San José, son buenas hasta el punto de que reconocen que fue esta empresa quien cedió una parte de sus terrenos para la construcción de algunas de las viviendas del sector, como también de la construcción de la Placa Polideportiva. Adicionalmente, indican que gracias a la Ladrillera muchas de las familias del sector han podido salir adelante. Pues sus puertas siempre se encuentran abiertas para que los habitantes del sector puedan laborar allí, en especial los jóvenes que a temprana edad comienzan a ser padres y por no contar con experiencia laboral, encuentran en la ladrillera una mano amiga para sostener el hogar que comienza.

Aunque lo anterior no es óbice para que la comunidad reconozca que en cierta medida, la Ladrillera si genera un deterioro ambiental y social. Un ejemplo de ello es que a causa del ingreso y salida de las volquetas del Tejar San José, se levanta muchísimo material particulado que deteriora las residencias y, además, ha terminado por afectar la malla vial del sector, en especial la del barrio los Velásquez. Es por ello que la comunidad considera que la Ladrillera Tejar San José

debe propender por acciones sociales y comunitarias que compensen las afectaciones sufridas.

2.5 Percepción de la comunidad y de las JAC

Finalmente, se indagó con la comunidad su nivel de satisfacción en lo que respecta a las labores que desarrollan las juntas de acción comunal del sector y muchos de los encuestados manifiestan que ni siquiera conocen de la existencia de las mismas, pues no se observa por parte de sus representantes actividades que estén encaminadas a satisfacer las necesidades de la población. Del mismo modo, manifestaron que los representantes de las juntas de acción comunal no generan credibilidad para que los representen, pues en las únicas ocasiones en las que se les ha visto actuar, es para presentar los candidatos a las elecciones populares. Con ello lo único que reflejan es que no están empoderados como líderes para brindar soluciones a las distintas necesidades de la comunidad.

2.6 Percepción de la Ladrillera Tejar San José

Buscando establecer las claridades acerca del proceso metodológico con el cual se pudiese comprender la percepción que tenía la Ladrillera Tejar San José tanto de la Junta de Acción Comunal como de la comunidad, se realizaron varios encuentros con la jefe de Gestión Ambiental y de Minas de la Empresa Tejar San José SAS, la Ingeniera Luz Marina Yepes. A continuación se describirá cronológicamente el proceso de entrevistas y lista de chequeo allí realizados.

Teniendo en cuenta que el marco normativo es de estricto cumplimiento, los días 18 y 24 de Abril de 2015 se hace visita a la Ladrillera Tejar San José, con el fin de cotejar el nivel de cumplimiento de la normativa en lo que respecta a su producción industrial, obteniéndose los siguientes resultados del cumplimiento legal ambiental:

La Ingeniera Luz Marina Yepes manifiesta que el Tejar San José cuenta actualmente con zona de explotación, la cual posee título minero

vigente adjudicado por la Secretaría de Minas del municipio de Medellín desde el 5 de Septiembre de 1990 con código de expediente T1388301. Licencia Ambiental que además comprende la explotación de material arcilloso en un área de 25,038 Hectáreas y con una vigencia hasta el 15 de Septiembre de 2013 y con prórroga por otro tiempo igual y adicionalmente en virtud del Decreto 1220 De 2005 que en su artículo 33 comprende que los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental requieren de control y seguimiento; cada tres (3) meses tienen inspección por parte de la Corporación Autónoma Regional de Antioquia -CORANTIOQUIA-, con el fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el funcionamiento de la Ladrillera, como lo es el Plan Socio Ambiental; además de su alcance, desde la mitigación de impactos ambientales generados desde el proceso productivo y su correlación con las problemáticas ambientales del entorno cercano.

Por otra parte, en lo que respecta al manejo de residuos sólidos y de basuras se informó que actualmente la empresa Tejar San José S.A.S se encuentra elaborando proyectos para contribuir al mejoramiento del proceso de beneficio de arcilla y sus actividades asociadas y es por ello, que se encuentran desarrollando el Plan de Manejo Integral de Residuos Sólidos (PMIRS) y mediante el cual se pretende prevenir, minimizar, aprovechar y disponer adecuadamente los residuos sólidos generados dentro de la empresa, tomando como guía el Manual para el Manejo Integral de Residuos en el Valle de Aburrá; pues han entendido que por tratarse de una empresa productora que genera residuos sólidos, líquidos y gaseosos deben realizar programas de gestión para disminuir su impacto ambiental negativo y contribuir a la protección del ambiente y de la salud humana.

Adicionalmente, manifiesta la ingeniera que para el manejo de residuos, basuras, desechos y desperdicios se han establecido en la empresa, zonas de recolección y allí se realiza separación de residuos. Un ejemplo de ello, tiene que ver con

los papeles generados, los cuales se disponen en el lugar de almacenamiento de residuos para el reciclaje y en algunos casos es reutilizado. Además se implementa un sistema de producción más limpia en el proceso de elaboración del ladrillo, en el que se trituran los ladrillos defectuosos que se producen en diferentes zonas del proceso de elaboración para ser reprocesados y mezclados con las arcillas.

En el caso de los aceites usados y sus respectivos filtros, empleados para lubricar los motores de los vehículos, se separan y almacenan en las mismas canecas en las que venía el aceite nuevo, con el fin de no impregnar otros tipos de residuos. Respecto a este tema se ha recibido asesoría por parte de CORANTIOQUIA, con el fin de que se realice una correcta disposición, puesto que consideran que estos aceites deben ser entregados a un gestor autorizado para el procesamiento por tratarse de residuos peligrosos. Siendo este uno de los objetivos a tener en cuenta por a Ladrillera Tejar San José, en su Plan Integral de Manejo de Residuos Sólidos (PMIRS).

La Ingeniera Luz Marina Yepes, informaba que la Ladrillera también cuenta con una zona en la que se realiza el cambio de llantas de los vehículos, generándose residuos especiales, sin embargo, han planteado y ejecutado la solución, la cual consiste en realizar su acumulación, para posteriormente utilizarlos como muros de contención en la mina de arcilla en los predios de la empresa tanto en Itagüí como en Amagá.

Respecto al manejo de los vertimientos de aguas, la empresa para el proceso de producción industrial, cuenta con tres sitios para el lavado de las llantas de las volquetas que salen; el primero está ubicado a 30 metros de la entrada principal por la calle 69 hacia el barrio Santa María 1, el cual consiste en un piso duro en concreto y un pozo de sedimentación conectado al sistema de alcantarillado de EPM, el cual está subyacente por una serie de rieles metálicos, en donde se ubican las llantas de los vehículos para ser lavados por medio de mangueras de agua a presión. Otro lavadero, está

ubicado antes de la salida del tejar hacia el sector los Velásquez, y el tercero está ubicado en la salida hacia Loma Linda, con especificaciones similares. Esto en cumplimiento a la Circular No.141 del 2.013, emanada desde la Alcaldía y la Subsecretaría de Medio Ambiente de Itagüí, en la cual “se obliga al sector ladrillero, al lavado de llantas de vehículos transportadores y su respectivo monitoreo”, y el Artículo 70 del Decreto 1594 de 1984 que hace referencia a la disposición y tratamiento de sedimentos, lodos, y sustancias sólidas provenientes de sistemas de tratamiento de agua o equipos de contaminación ambiental, y otras tales como cenizas, cachaza y bagazo. Asimismo, la empresa resalta que los lodos de arcilla depositados en el pozo de lavado de llantas de las volquetas, son nuevamente reutilizados dentro del proceso de producción, además, constantemente se está realizando mantenimiento de las cunetas a lo largo de las vías y se organizan cunetas nuevas en tierra en los sitios de manejo de arcillas. (CORANTIOQUIA & ÁREA METROPOLITANA, 2014).

Queriendo saber si la Empresa Tejar San José S.A.S actualmente contaba con algún programa de manejo de aguas, la respuesta fue muy positiva, puesto que uno de los objetivos a los que le apuntan se encamina a contribuir con el medio ambiente y por ello han desarrollado un sistema para el uso eficiente y ahorro del agua, el cual consiste en la instalación de unas cunetas en media montaña, para la captación de las aguas lluvia mediante las escorrentías. El agua captada con este sistema, es empleado en los distintos procesos de producción de la Ladrillera, generando un gran aporte en ahorro para la empresa y mitigando un poco el impacto ambiental que podría darse con el sólo uso de agua potable.

Según la Ingeniera Luz Marina Yepes, en la Ladrillera Tejar de San José no solo se cuenta con un sistema de uso eficiente y ahorro de agua, sino que también se ha concientizado a todo el personal de la empresa, con el fin de que a través de buenas prácticas se dé un uso adecuado y racional del agua potable y de las aguas lluvias captadas mediante escorrentías, adoptando como medida,

la marcación de cada uno de los grifos que surten el agua en las distintas zonas de la empresa, es decir, los que son de agua potable para el consumo humano y las de aguas lluvias, para los procesos de producción.

Del mismo modo, se indagó en el aspecto ambiental de la emisión atmosféricas fuentes fijas tomando como base los artículo 6, 7 y 8 de la Resolución 0909 De 2008, el artículo 2 de la Resolución 0610 De 2010 y el artículo 1 de la Resolución 619 De 1997, los cuales tratan de las actividades industriales y de los contaminantes a monitorear por actividad industrial, de los estándares de emisión admisibles para equipos de combustión externa existentes y de los niveles máximos permisibles para contaminantes, obteniéndose como resultado que la Ladrillera Tejar San José, tiene el deber de verificar las mediciones de los Isocinéticos a través de laboratorios especializados y certificados por el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM) con el fin de garantizar los niveles máximos permisibles para contaminantes.

Es necesario resaltar, que en el proceso de producción de la ladrillera, es indispensable evaluar el material particulado respirable, tanto al interior de la planta como en los sitios externos de mayor influencia. Dicha evaluación es elaborada por las Firmas: Conhinter SAS en asocio con EPS.

La Empresa también realiza distintas obras de mitigación para las emisiones atmosféricas de sus fuentes fijas en lo que respecta al material particulado y es por ello que actualmente ha incrementado la altura de la chimenea con el fin de garantizar una mejor expansión. Además, se puede evidenciar la instalación de dispersores de agua, para el riego de vías al interior de empresa para evitar el levantamiento de material Particulado a causa del tráfico vehicular en temporadas de verano, construcción de techos en el sitio de almacenamiento de materias primas y el cuidado de los árboles que posee el predio, para que actué como cerco vivo y cortina que minimice tanto el ruido como el paso de material particulado al exterior.

2.7 Percepción de la Ladrillera y de la JAC

Continuado con la entrevista, se le preguntaba al jefe de Gestión ambiental y de Minas de la Empresa Tejar San José SAS, ¿Cuál era la percepción que se tenía al respecto de las Juntas de Acción Comunal? A lo cual respondió que lastimosamente las juntas de acción comunal han carecido de un adecuado empoderamiento con el que se pueda encaminar soluciones efectivas a las problemáticas latentes en la comunidad ya que únicamente se centran en manifestar sus quejas sin plantear algún tipo de solución.

Seguidamente, la ingeniera manifiesta, que los presidentes de las Juntas de Acción Comunal, solo buscan intereses políticos en aras de impulsar candidatos en épocas de campaña, tanto así que han llegado a utilizar de manera mediática y desproporcionada, el concepto que se tiene respecto de las distintas actividades desarrolladas en la Ladrillera, hasta el punto de indicarle a la comunidad, que si el Tejar San José continúa desempeñando su producción industrial, estaría en alto riesgo la vida de todos los habitantes del sector, agregando además, que la Ladrillera genera altas emisiones atmosféricas de materiales nocivos para la salud.

Según la Ingeniera, los argumentos anteriores lo único que demuestran es el alto grado de desinformación que tienen los representantes de las Juntas de Acción Comunal en lo que respecta a la actividad industrial de la Ladrillera, agrega que ellos nunca han demostrado el más mínimo interés para conocer de fondo los distintos procesos a cabo existido el menor interés por conocer los distintos procesos llevados a cabo para el cumplimiento de la normativa vigente que nos permite operar en el sector.

2.8 Percepción de la Ladrillera y de la Comunidad

La percepción de la Ladrillera Tejar San José S.A.S respecto a la comunidad, fue muy similar

con la constatada con las Juntas de Acción Comunal, puesto que al ser desinformados por los representantes de estas, desconocen los distintos procesos para la mitigación y compensación realizados por la empresa.

De igual modo, la Ladrillera concibe que la comunidad y sus problemáticas individuales obedecen a la actividad de la Ladrillera, es por ello, que en ocasiones habitantes colindantes a la Ladrillera acuden a la administración de la Empresa en búsqueda de ayuda cuando se les presenta una problemática de índole personal. Para ejemplificar lo anteriormente expresado se cita el siguiente caso: uno de los vecinos de la Ladrillera que al construir un balcón en su propiedad, vio como este se le desplomaba días después de su terminación y sintiéndose molesto quiso presentar la queja ante los directivos de la compañía, aduciendo que a causa del constante tránsito de las volquetas en el sector había sufrido el daño ya mencionado. Este caso conllevó a la contratación de un perito por parte de la Ladrillera con el propósito de que evaluará los daños supuestamente ocasionados. Los resultados de la evaluación determinaron que los motivos por los que se precipitó la construcción realizada en la propiedad del vecino de la Ladrillera, radicaban principalmente en la ausencia de normas técnicas de construcción. Aun así y en aras de servir de ayuda para la comunidad, por parte de la Ladrillera se brindaron algunos materiales para que nuevamente se hiciera la edificación del balcón.

Como este, muchos son los ejemplos en los que la comunidad ha querido sacar provecho de la Ladrillera, dirigiendo sus necesidades personales para que sean solucionadas por la misma y esta no es la razón social de la empresa, aunque cabe resaltar que la empresa Tejar de San José ha realizado una importante gestión social en la comunidad mediante el Programa de Gestión Social externa con el cual se colabora para la fiesta del día del niño que programa la Institución Educativa Loma Linda, se donaron libros para la biblioteca del colegio Loma Linda y se realizan acciones de apoyo a las solicitudes que realiza la comuni-

dad del entorno; por ejemplo el caso de la tala de árbol en la placa polideportiva de la Urbanización Terranova 1, el cual estaba colocando en alto riesgo la integridad de los niños y jóvenes, ya que se encontraba en muy mal estado y es por ello que debió ser removido por la autoridad competente gracias a la gestión realizada por la Ladrillera.

3. Tabulación y análisis de encuestas aplicadas a la comunidad información

Con base a las percepciones anteriormente consolidadas, se enfocó la aplicación de las encuestas a la comunidad del barrio El Guayabo, para que esta expresara su apreciación frente al desarrollo de las actividades de producción de la Ladrillera Tejar San José. La muestra representativa para la aplicación de este instrumento correspondió a 30 personas de la comunidad, equivalentes a un 100%.

La información que a continuación se presenta, hace parte del procesamiento de la información recolectada, de igual forma se realizó un breve análisis al cruzar datos cuantitativos que arrojaron las encuestas con los cualitativos obtenidos en las entrevistas, permitiendo contrastar las diferentes percepciones y hacer una mejor comprensión del contexto y la problemática estudiada, para llevar a cabo la propuesta de trabajo conjunto.

Los datos que se presentan en los siguientes cuadros, son el resultado de la consolidación de las encuestas realizadas a la población objeto de estudio.

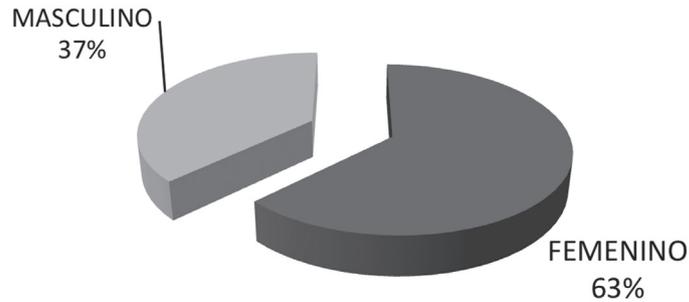
3.1 Condición Sociodemográfica

Como se puede observar en el siguiente gráfico, la mayor parte de la población encuestada pertenece al género femenino, con un 63%. Dicha población pertenece al estrato 2 en su mayoría (ver grafica 2). De igual manera, las edades de la población encuestada equivalen a un 70% entre los 35 a 45 años. Respecto de la ocupación

laboral, se puede precisar que del 58% de los que están laborando, solo el 9% actualmente laboran en la Ladrillera Tejar San José. Finalmente, cabe

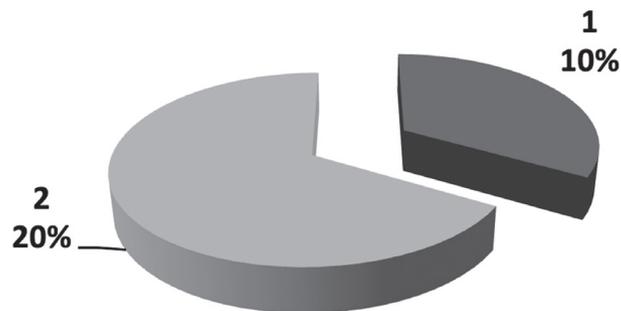
destacar, que el 66% de la población encuestada lleva viviendo en el barrio por más de 27 años aproximadamente (ver grafica 5).

GÉNERO



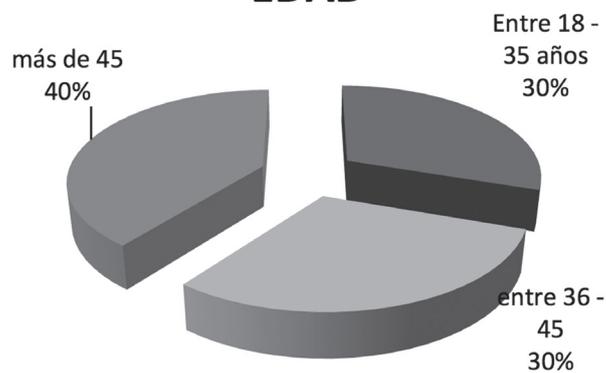
Gráfica 1

ESTRATO



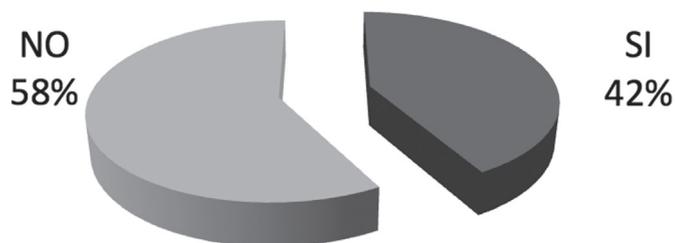
Gráfica 2

EDAD



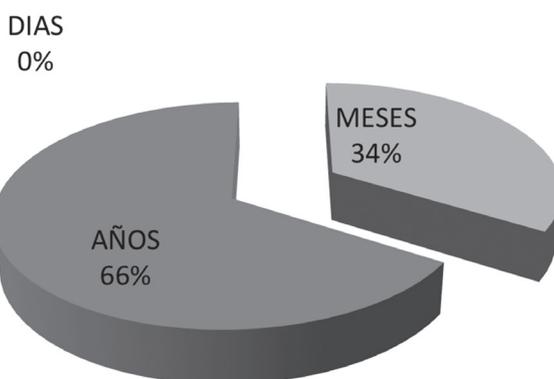
Gráfica 3

OCUPACION



Gráfica 4

Permanencia en el barrio



Gráfica 5

3.2 Análisis Cualitativo de la percepción de la Comunidad sobre La Ladrillera

Con referencia al conocimiento que tiene la población encuestada sobre la actividad productiva de la ladrillera se encuentra que el 65% la relaciona con la fabricación de ladrillos, el porcentaje restante expresa desconocer los procesos, a pesar de que llevan años viviendo en el territorio.

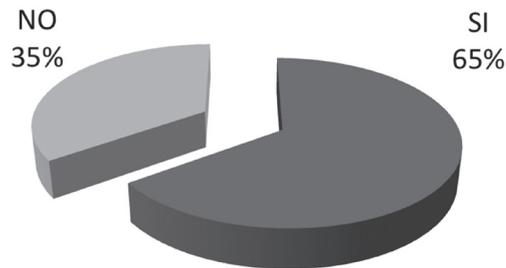
El conocimiento al que hace referencia el 65% de la población encuestada (ver grafica 6), está relacionado directamente con: hornos, mecánicos, tierra, remueven barro de un morro, maquinaria, toldos, tierra molida pasando por las bandas, y secadero, tránsito de material desde las 5:00 am, cocinan en los hornos, los carros per-

manecen con mucho hollín, el polvo es impresionante, traen papel higiénico, carbón, producción de ladrillos echan la tierra y salen, la tiene por una boquilla y forma el adobe, se seca y se quema.

Esto evidencia que la comunidad no tiene pleno conocimiento proceso productivo de la Ladrillera, simplemente conoce algunos materiales y equipos que allí se utilizan para la dinámica empresarial.

Frente a la percepción de las personas encuestadas sobre la afectación que produce la ladrillera con su actividad, el 79% responde que sí afecta, y el 21% restante considera que no. Relacionan el polvo emitido por el paso de los vehículos pesados y cargados, como el mayor elemento contaminante.

Conocimiento V/S actividad productiva

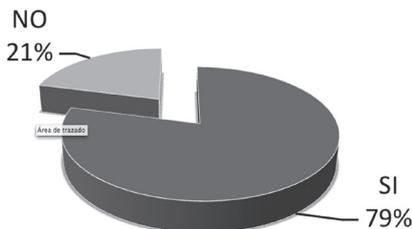


Gráfica 6

El porcentaje equivalente al 79%, considera que existe verdadera afectación para con el medio ambiente y el entorno social, porque desde el preciso momento que se estableció la ladrillera en la comunidad, se ha vivido el flagelo de la contami-

nación por ruido, polvo, humo, pantano, tala de árboles, deterioro de las vías, sumándose, además, el frecuente funcionamiento de los hornos y la circulación constante de volquetas con material pesado (ver gráfico 7).

Actividad productiva V/s afectación ambiental y social

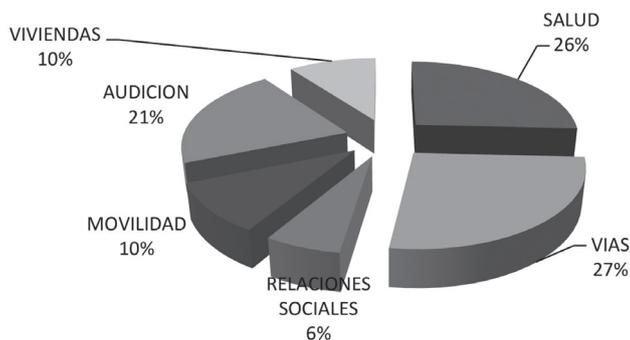


Gráfica 7

Ahora bien, sobre la percepción de la comunidad respecto a la actividad productiva de la empresa, es necesario sintetizar que se evidencia afectación en lo ambiental y en la salud; respecto al factor auditivo un porcentaje del 21% de la población considera que se produce afectación; en cuanto a la salud el 26% expresa que se ha presentado deterioro; y finalmente se cuenta con otro dato relevante referente a las vías, con una apreciación del 27%, quienes consideran que se han afectado notablemente. (Ver gráfica 8).

Complementando la apreciación, se debe destacar que un porcentaje equivalente al 83% de la población considera positiva la actividad productiva de la ladrillera, en cuanto a la oportunidad de empleo que genera para los habitantes del barrio, sin embargo, hay que tener en cuenta al 7% de los encuestados, quienes consideran negativa la actividad productiva de dicha empresa, por cuanto genera contaminación auditiva, y emanación de material particulado en el aire.

Actividad productiva v/s Área de afectación



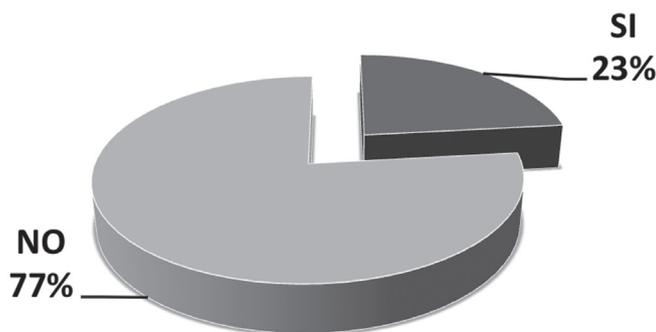
Gráfica 8

Existe una población del 10% que son ambiguos en su repuestas, porque por un lado opinan que efectivamente se produce una contaminación al medio ambiente, pero a su vez consideran que dicha empresa es una muy buena fuente de empleo.

En lo que refiere al conocimiento que tiene la comunidad a cerca de las acciones legales adelantadas en contra de la empresa Ladrillera Tejar San José, por motivo de la contaminación ambiental y afectación a la salud, el 77% de la población encuestada, expresó desconocer la existencia de cualquier tipo de acción, y el 23%, por el con-

trario, manifiesta conocer acciones adelantadas en contra de la empresa en mención. En aras de querer convalidar este último dato, se corroboró tanto con la JAC como con las directivas de la empresa, la existencia física de las acciones que han llevado a cabo en contra de la Ladrillera, como resultado se obtuvo que no existe ningún documento o acciones que evidencien trámites en su contra. Así pues, el 23% anteriormente citado, puede referirse a informaciones informales, pero lo que sí es claro, es que no participaron en procesos o trámites en contra de la Ladrillera San José. (Ver gráfica 9).

Acciones legales v/s Afectación



Gráfica 9

En cuanto a la compensación que debe realizar la empresa para con la comunidad, por la afectación en materia ambiental, se tiene que el 60% de la población manifiesta no conocer casos de compensación realizada por la misma; sin embargo el 40%

de los encuestados expresan tener conocimiento. Este último porcentaje fundamenta su respuesta en cuanto a reparaciones realizadas en algunas viviendas, jornadas de limpieza, reparación de tuberías de acueducto, entre otras. (Ver gráfica 9).

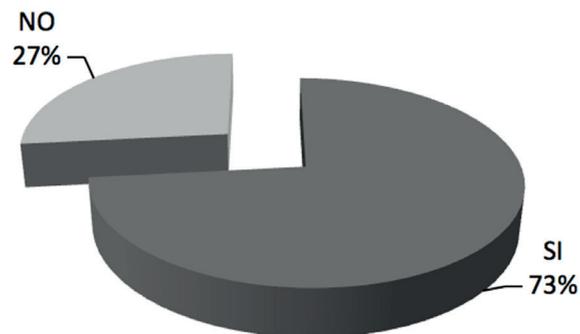


Gráfica 10

Adicionalmente, el 73% de la población encuestada, proponen algunos mecanismos de compensación ante las afectaciones producidas por las actividades de la Ladrillera, entre ellas se

tiene: mejorar las condiciones de las vías, sembrar más árboles, mejorar sus procesos de producción para mitigar la emanación de polvo, entre otras. (Ver grafica 10).

Propuestas de compensación



Gráfica 11

4. Estrategia de litigio

Durante el ejercicio investigativo se pudo evidenciar la voluntad de todos los actores involucrados, Ladrillera Tejar San José, Juntas de Acción Comunal, Administración Municipal y grupo de estudiantes, para buscar alternativas y propuestas que permitieran llegar a acciones concretas de solución o por lo menos acercarse a gestiones conjuntas para la mitigación del deterioro ambiental ocasionado no solo por la actividad productiva de la empresa sino también por los comportamientos de las personas frente al tema de la no contaminación.

Dentro de los pasos a seguir para que este proceso llegue a los resultados esperados, se presenta como estrategia de litigio la concertación, la cual estaría mediada por la academia, es decir, las acciones emprendidas para esta, estarían dentro de un marco normativo y conceptual propuesto desde el área de conocimiento jurídico realizado por la comunidad educativa de UNISABANETA.

Ruta para la estrategia responsabilidades:

Cada uno de los actores tendrá responsabilidades que cumplir durante el proceso de concertación y formulación del plan socio ambiental, el cual a través de un pacto y firma de un acta de compromiso asumirá dichas acciones.

Conclusiones

Partiendo de la idea de que este ejercicio investigativo inicia para responder a un proceso académico y que durante su puesta en marcha se logra trascender a la realización de lecturas integrales frente a una problemática social determinada, para este caso el impacto socio ambiental ocasionado por la Ladrillera Tejar San José a la comunidad de El Guayabo se puede concluir que:

Es de reconocer que cualquier actividad de corte minera, va a generar deterioro ambiental y con este acercamiento al tejar se logra la sensibilización frente a mitigación de esta afectación, exponiendo la necesidad de un trabajo en red de todos los involucrados.

Se puede nombrar que se encontraron dos escenarios opuestos o diferentes a cerca de la percepción que tiene la comunidad encuestada hacia la ladrillera.

Aspecto negativo: realiza una afectación tanto a la salud como a la infraestructura del barrio, así mismo a la seguridad integral de los habitantes cercanos.

Aspecto resaltado y positivo: existe reconocimiento y agradecimiento con el tejar, al ser generador de empleo y recurso económico para personas de la comunidad.

Asimismo se presenta ambivalencia en la posición que tiene la comunidad frente a la afectación que hace la ladrillera, lo cual responde a la necesidad de adaptarse a un modelo económico de sustentabilidad, reconociendo los perjuicios que este tipo de empresa genera, pero que finalmente también se posibilita a las personas tener un sustento para sus vidas.

De igual forma el ejercicio permitió desmitificar la idea o percepción que tenía la comunidad acerca de la Ladrillera, debido a que al inicio se tuvo la hipótesis que sus procesos quizás no cumplían con la normativa y no realizaban acciones importantes para la mitigación de la contaminación que generan, el panorama encontrado fue distinto y, por el contrario, se encontró una empresa muy comprometida con el tema.

Es de resaltar que hubo reconocimiento por parte de los actores, que la comunicación con la comunidad es factor estratégico para que este tipo de problemáticas encuentren alternativas de mitigación proyectadas a un desarrollo sostenible y no se queden solo como acciones aisladas de compensación.

Finalmente, a partir del principio de Desarrollo Sostenible, que contempla el crecimiento económico, la equidad social y la sustentabilidad ambiental se puede precisar que la dinámica productiva de la Ladrillera Tejar San José, debe estar enmarcado en un equilibrio social, donde además de representar una fuente económica, generadora

EMPRESA Ladrillera Tejar San Jose	ESTADO Administración Municipal	COMUNIDAD JAC y Comunidad	ESTUDIANTES UNISABANETA
<p>Decidir voluntariamente iniciar el proceso de socializar y llevar a cabo su Plan socio ambiental, mediante la firma de un acta de compromiso.</p> <p>Lidera el plan desde el momento en que conoce el proceso de formulación y hasta su implementación y seguimiento.</p> <p>Delega la persona idónea para en el proceso de desarrollo del plan.</p> <p>Define su área de influencia y comunidad a trabajar.</p> <p>Convoca a la comunidad o grupo base para participar en todos los espacios de encuentro que sustenta la metodología.</p> <p>Facilita espacios y recursos para la ejecución de dichas actividades.</p> <p>Permite a la comunidad ingresar a la empresa para que identifique los procesos productivos y su adopción de prácticas de producción limpia.</p> <p>Inicia un proceso de comunicación transparente, donde se exponga sus impactos negativos y la forma como los está o no mitigando.</p> <p>Ser gestor de alianzas estratégicas con otras Entidades y/ o empresas para la implementación de dicho plan.</p> <p>Firma el pacto de voluntades, como un compromiso para aunar esfuerzos humanos y económicos en torno al desarrollo social y ambiental del territorio</p>	<p>Delega una persona de la Administración municipal para que participe en las actividades propuestas del plan de acción. (Secretarías de Medio Ambiente, de Desarrollo Comunitario o Protección Social, de Salud, de Planeación etc.).</p> <p>Informa y articula al proceso aquellos proyectos o acciones que se tengan en el Plan de Desarrollo Municipal.</p> <p>Sirve de multiplicador de los avances en la formulación del plan; ante los otros estamentos de la Administración.</p> <p>Generar toda la información en materia de inversión social para esa área de influencia, por parte de la Administración.</p> <p>Posibilitar alianzas estratégicas con otros proyectos o programas que sean de total pertinencia al plan de la Ladrillera.</p> <p>Firma el pacto de voluntades, como un compromiso para aunar esfuerzos humanos y económicos en torno al desarrollo social y ambiental del territorio.</p>	<p>Participa en el proceso de construcción como representante de la comunidad y de los intereses comunes y no particulares.</p> <p>Sirve de multiplicador del proceso en los programas, proyectos o acciones, que se estén ejecutando en su comunidad</p> <p>Articula a este proceso otros estamentos organizativos y comunitarios, presentes en la localidad de influencia para articularlos a este trabajo en red desde sus competencias.</p> <p>Ser un puente entre la Empresa y su comunidad.</p> <p>Firma el pacto de voluntades, como un compromiso para aunar esfuerzos humanos y económicos en torno al desarrollo social y ambiental del territorio</p>	<p>Ser mediadores en la construcción y formulación del plan socio ambiental.</p> <p>Posibilitar mecanismos de dialogo y mediación para que todos los actores tengan un rol protagónico y estratégico en el proceso.</p> <p>Direccionar desde lo jurídico, las herramientas para que el pacto de voluntades tenga cumplimiento.</p>

de empleo, propenda por la protección del medio ambiente y de la salud de todos los habitantes de la comunidad.

Referencias

Alcaldía de Itagüí . (05 de 05 de 2015). Alcaldía de Itagüí. Recuperado el 05 de 05 de 2015, de Alcaldía de Itagüí: <http://www.itagui.gov.co/municipio>

C. C., & Á. V. (2014). Aunar Esfuerzos Técnicos, Administrativos Y Financieros Para La Aplicación De La Metodología De Producción Más Limpia Y Consumo Sostenible En El Sector Productivo Del Valle De Aburrá. Medellín: Plan De Acción Socio Ambiental Y De Comunicaciones.

Educacion., M. d. (26 de Enero de 2006). <http://www.mineducacion.gov.co>. Recuperado el 18 de Marzo de 2015, de <http://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/article-93439.html>

Historia de Antioquia. (19 de 08 de 2014). Historia de Antioquia. Recuperado el 05 de 05

de 2015, de Historia de Antioquia: <http://www.historiadeantioquia.info/zonas/subregion-valle-de-aburra/itagui.html>

Ley 99 de 1993. (s.f). 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. pág. DO N.O 41146.

Sánchez Silva, M., & Zapata Valencia, L. A. (2013). Impacto ambiental y Gestión del riesgo de Ladrilleras en la vereda Los Gómez de Itagüí. (R. C. Ingeniería, Ed.) Cuaderno Activa. Revista Científica de la Facultad de Ingeniería , No.5, 109-123.

TEJAR SAN JOSE. (2014). PEMIRS. ITAGÜÍ.

Unidas, O. d. (2012). <http://www.un.org/es>. Recuperado el 9 de abril de 2015, de <http://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

Medios de control frente a los acuerdos municipales en materia tributaria*

*Luz Adriana Herrera Montoya***

*Juan Mario González Aguirre****

*Álvaro Tangarife Colorado*****

Asesor: Juan Rodrigo Vega Henao

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

La imposición de tributos por parte de las entidades territoriales del orden municipal es una de las más importantes facultades derivadas de la autonomía. El presente artículo explica tal atribución, el marco legal y jurisprudencial que la condiciona en función de la jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico colombiano, y presenta consideraciones acerca del medio de control procedente en caso de presentarse un debate en el ámbito jurisdiccional acerca de posibles extralimitaciones en el ejercicio de tal atribución.

Palabras clave: Entidades territoriales, régimen tributario municipal, autonomía municipal

* Artículo científico producto de trabajo académico desarrollado en la materia Proyecto de Línea de Investigación I en el Semestre 2015 -2, 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 -.

Means of control regarding municipal agreements on taxation

Abstract

The imposition of taxes by local authorities of the municipal ordinance is one of the most important powers derived from the autonomy. This article explains such attribution, the legal framework and jurisprudence that conditions it based on hierarchy in the Colombian legal system, and presents considerations about the means of control in case of a debate in the jurisdictional scope about possible abuses in the exercise of such attribution.

Keywords: Local authorities, municipal tax regime, municipal autonomy.

Introducción

Los municipios como entidades descentralizadas territorialmente, tienen facultades y funciones administrativas que ejercen autónomamente dentro de un territorio, pero se encuentran bajo un control de tutela por parte del nivel central, el cual, entre otros, puede ser ejercido sobre los actos administrativos expedidos en contravía de las disposiciones legales y constitucionales en que deben fundarse.

Bajo un análisis normativo de las facultades reglamentarias de las entidades territoriales, se busca establecer el medio de control idóneo que permita que los actos administrativos, como son los acuerdos municipales que regulan aspectos tributarios, sean coherentes y fundados en la Constitución y en las leyes. Si bien un acuerdo municipal es un acto administrativo de carácter general, que en principio tiene establecido legalmente como medio de control “la acción de nulidad”, es importante analizar cuándo es necesario o válido recurrir a otros medios de control porque se ha vulnerado, por ejemplo, un derecho individual.

La preservación de un ordenamiento jurídico coherente y la producción de normas y reglamentaciones, merecen cuidado y controles que brinden seguridad jurídica a los asociados al ser desarrolladas con objetivos de cumplimiento a los mandatos constitucionales. Por lo anterior, es relevante identificar algunos acuerdos municipales que permitan analizar la armonía existente con la Constitución y la ley y un sistema normativo claro y coherente en materia tributaria, en un marco de autonomía ya otorgado a los entes territoriales.

1. Elementos sustanciales y formas de los impuestos, tasas y contribuciones

Los impuestos son cargas (obligaciones pecuniarias) regidas por el derecho público. Dicha obligación le asiste a las personas y/o empresas con el objetivo de financiar el Estado y sobre el

cual no se genera una contraprestación determinada. El principio rector en materia tributaria es la capacidad contributiva en el cual se busca que quien tenga mayor capacidad económica, de un mayor aporte al Estado y así consagrar los principios constitucionales de Equidad y Solidaridad.

Sin los impuestos, el Estado no podría funcionar encaminado a alcanzar sus fines, dado que de allí surgen los fondos para financiar la construcción de infraestructuras (carreteras, puertos, aeropuertos, etc), prestar los servicios públicos de sanidad, educación, defensa, sistemas de protección social, entre otros. Existen dos tipos de impuestos; directos e indirectos. Los directos son aquellos que gravan las fuentes de capacidad económica como la renta y el patrimonio de las personas jurídicas o naturales; por otro lado, los impuestos indirectos son los que gravan el consumo y el gasto.

El decreto 624 de 1989 establece en su título preliminar, que la obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto y ella tiene por objeto el pago del tributo. A su vez, determina que el sujeto pasivo son los contribuyentes o responsables directos del pago del tributo respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial (Decreto 624 de 1989).

Por otra parte, las tasas hacen parte también de las cargas que se deberán pagar en dinero, pero solo deberán incurrir en ellas quienes sean usuarios de determinados servicios prestados por el Estado. Las tasas se diferencian de los impuestos, porque mientras los segundos son de obligatorio cumplimiento y pago por los contribuyentes, las primeras recaen solo sobre aquellas personas que hagan uso de un servicio, por lo tanto, bajo este concepto se habla de la existencia de una contraprestación. Al respecto la Corte Constitucional, en Sentencia C-465 de 1993, determinó:

Las tasas son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso

de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia ese servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta.

Toda tasa implica una erogación al contribuyente decretada por el Estado por un motivo claro, que, para el caso, es el principio de razón suficiente: Por la prestación de un servicio público específico. El fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta.

La tasa es una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de compensar en un valor igual o inferior, exigido de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él (Sentencia C – 465 de 1993).

Por otra parte, en la Sentencia C-040 de 1993 se manifestó de la siguiente forma:

Como es bien sabido, en Hacienda Pública se denomina “tasa” a un gravamen que cumpla con las siguientes características:

El Estado cobra un precio por un bien o servicio ofrecido.

El precio pagado por el ciudadano al Estado, guarda relación directa con los beneficios derivados del bien o servicio ofrecido.

El particular tiene la opción de adquirir o no el servicio.

El precio cubre los gastos de funcionamiento y las provisiones para amortización y crecimiento de la inversión.

Ocasionalmente, caben criterios distributivos (ejemplo: tarifas diferenciales). Ejemplo típico: los precios de los servicios públicos urbanos (energía, aseo, acueducto) (Sentencia C-040 de 1993).

Por su parte, las contribuciones son las que se desarrollan o se establecen por la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o un aumento de valor de sus bienes por la realización de

obras públicas o el establecimiento o ampliación de servicios públicos. Es decir, se genera como contraprestación indirecta al realizarse una valorización en el patrimonio de una persona por la ejecución de obras públicas.

Ahora bien, para establecer la creación de tasas, contribuciones e impuestos, se debe revisar la Constitución Política, en la cual, se le confiere al Congreso de la República la facultad para establecer los impuestos, para modificar o derogar los existentes y para señalar la estructura de cada gravamen. Las iniciativas legislativas pueden venir del Gobierno o del mismo Congreso.

Mediante Acuerdos u Ordenanzas, los Concejos Municipales y las Asambleas Departamentales, pueden reglamentar los impuestos territoriales que estén amparados legalmente, así lo indica el artículo 338 de la Constitución Política:

En tiempo de paz, solamente el Congreso, las Asambleas departamentales y los Concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo (Constitución Política de Colombia, art. 338).

La reglamentación de los impuestos territoriales debe estar enmarcada, como ya se ha dicho, en los preceptos constitucionales y legales. La ley marco que sujeta los elementos sustanciales de los impuestos territoriales, en particular, el impuesto de industria y comercio como uno de los impuestos que más genera ingresos a los municipios, es la ley 14 del 6 de julio de 1983, en la cual se establecen los siguientes elementos:

Hecho Generador: El impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Base Gravable: El impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de devoluciones, ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y Percepción de Subsidios.

Sujeto Activo: Las jurisdicciones municipales.

Sujeto Pasivo: Las personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho.

Tarifa: Actividades industriales: rango 2 a 7 x 1000; actividades comerciales: Rango 2 a 10 x 1000; actividades de servicios: Rango 2 a 10 x 1000 (Ley 14 de 1983).

En cuanto a los elementos formales del impuesto de Industria y Comercio se tiene, a partir de la mencionada ley 14 de 1983, que la periodicidad del impuesto es anual, que el impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915 se liquidará y cobrará en adelante a todas

las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de Industria y Comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de este, fijada por los Concejos Municipales; que los municipios solo podrán otorgar exenciones de impuestos municipales por plazo limitado, que en ningún caso excederá de diez años, las obligaciones del agente retenedor, las actividades de prohibido gravamen, entre otros elementos a los que deberán estar sometidos los acuerdos municipales que reglamenten los impuestos que conformarán el presupuesto y el mecanismo de recaudo (Ley 14 de 1983).

Un acuerdo municipal extralimita la ley 14 de 1983 cuando, por ejemplo, establece periodicidad distinta a la anual o cuando establece una tarifa de impuesto por fuera del rango indicado. Extralimitaciones como estas son las que deben ser sujetas a los medios de control establecidos en la ley, con el objetivo de hacer prevalecer el poder legislativo sobre la autonomía territorial limitada claramente por la Constitución y la Ley.

2. Potestades y funciones reglamentarias

El desarrollo histórico y conceptual de lo que se entiende por reglamento y potestad reglamentaria se puede definir en los términos de Santamaría (1991), de la siguiente manera:

Resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente. (p. 690).

Ha de tenerse en cuenta en este punto, que la potestad reglamentaria no es la capacidad de legislar, pues esta función le compete a la rama legislativa; más bien ella apunta a la necesidad de la “existencia previa de un contenido o materia legal por reglamentar” (Sentencia C – 290 de 1997)

como requisito fundamental para que la potestad reglamentaria pueda darse. Referencia de esta tendencia jurisprudencial se encuentra en forma más detallada en la Sentencia C-049 de 2008 donde se explica en uno de sus apartados iniciales, la naturaleza de la potestad reglamentaria de la siguiente forma:

Es ordinaria debido a que se trata de una competencia adscrita por la Constitución dentro de las funciones propias de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere. Tiene carácter derivado, puesto que requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio -Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-734/03 y C-852/05-. Del mismo modo es limitada porque encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la ley; es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador. Por último, la potestad reglamentaria es permanente, habida cuenta que el Gobierno puede hacer uso de la misma tantas veces como lo considere oportuno para la cumplida ejecución de la ley de que se trate y hasta tanto ésta conserve su vigencia (Sentencia C-049 de 2008).

Como explica Santofimio Gamboa (2002), en lo que concierne a Colombia, la evolución de esta figura ha estado unida a los altibajos del quehacer constitucional, además de las variaciones en cuanto a la arista interpretativa se refiere. De igual forma, y enmarcado en la Constitución de 1991, el mismo autor afirma según su criterio, que la situación de la potestad reglamentaria “resulta clara aunque dispersa entre las diferentes autoridades y organismos administrativos”. Sin embargo la Corte Constitucional, acentúa la exclusividad de la potestad reglamentaria en el Presidente de la República así:

[...] la potestad reglamentaria para el efectivo cumplimiento de la ley corresponde al

Presidente de la República, quien habrá de ejercerla mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes que resulten necesarios para ello, lo que indica que no puede tal atribución que a él le asigna la Constitución desplazarse a uno de los ministerios, ni a ninguno otro de los organismos del Estado, pues esa potestad se atribuye al Presidente como suprema autoridad administrativa quien, desde luego, al ejercerla habrá de expedir los decretos necesarios con la firma del ministro del ramo respectivo [...].

Se reitera, ella corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa conforme a lo dispuesto por el artículo 189 numeral II de la Constitución Nacional, quien la conserva durante todo el tiempo de vigencia de la ley sobre la cual pueda recaer el reglamento para su cumplida ejecución, lo que significa que el legislador no puede someterla a ningún plazo [...].

En este apartado, es importante citar de la misma manera, la Sentencia C-891 de 2012, donde se habla sobre el Principio de Autonomía Fiscal haciendo alusión al artículo 287 de la Constitución Nacional que señala: “las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”, definida como “la capacidad de que gozan las entidades territoriales para gestionar sus propios intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley” (Sentencia C-891 de 2012); teniendo cuatro manifestaciones concedidas a cada uno de los niveles territoriales, a saber:

1. Autonomía Política, capacidad para elegir a los propios gobernantes, como fuente directa de legitimidad democrática.
2. Autonomía Administrativa, competencias para manejar de manera independiente los asuntos que se encuentren bajo su jurisdicción.
3. Autonomía Fiscal, para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar de manera independiente los propios recursos.
4. Autonomía Normativa, capacidad para auto-regularse en aquellas materias específicas que no trasciendan o desborden el inte-

rés exclusivamente local o regional (Sentencia C-891 de 2012).

Se desprende de lo anterior que las entidades territoriales pueden administrar sus recursos y establecer las normas reglamentarias que consideren pertinentes para el cabal cumplimiento de sus funciones, esto siempre que se ajuste a la ley y a la Constitución y en apartados que no hayan sido expresamente regulados; sin implicar esto que le sea reconocida “soberanía tributaria” (Sentencia C-891 de 2012) a las mismas, pues se encuentran sujetas a la regulación legal; su autonomía apunta pues “tanto para la decisión sobre el establecimiento o supresión de un impuesto de carácter local, autorizados en forma genérica por la ley, como para la libre administración de todos los tributos que hagan parte de sus propios recursos” (Sentencia C -506 de 1995).

A este respecto, sin embargo, la sentencia en mención habla del desconocimiento del principio de legalidad en los siguientes términos:

[...] en sentido material cuando la ley, la ordenanza o el acuerdo no señale directa y claramente los elementos de la relación tributaria; en tal caso, la administración no es la llamada a solventar esa carencia por medio de su facultad reglamentaria, puesto que de llegar a establecer tales elementos invadiría órbitas de competencia específicamente establecidas en el ordenamiento superior para otras autoridades, en la medida en que estaría facultando para la determinación de la fuente esencial del impuesto, es decir para la creación misma del tributo [...]. (Sentencia C -506 de 1995).

Como lo ha indicado la Sala Administrativa del Consejo de Estado:

[...] El Presidente de la República en su condición de suprema autoridad administrativa, debe ejercer su potestad reglamentaria en materia impositiva acatando el principio de autonomía territorial, esto es, reconociendo que esa facultad reglamentaria que le otorga la Constitución, lejos de ser omnímoda, encuentra límites infranqueables en la competencia que las Asambleas y Concejos tie-

nen para reglamentar las leyes tributarias en todos aquellos aspectos no regulados por éstas. No obstante lo dicho, bien se puede reiterar que frente a los tributos de linaje nacional, la facultad reglamentaria del Presidente permanece en un ser [...] (Consejo de Estado, 2000).

La misma decisión del Consejo de Estado al detallar el modo, los límites y condiciones del ejercicio de la competencia correspondiente a cada corporación en el orden tributario, expresó lo siguiente:

Lo que es necesario precisar es el modo, los límites y condiciones del ejercicio de la competencia correspondiente a cada corporación en el orden tributario, así:

1. El Congreso tiene plena iniciativa impositiva condicionada sólo por la Constitución:
2. Las asambleas departamentales no tienen iniciativa tributaria, reglamentan los impuestos y contribuciones que la ley crea o les autorice establecer como recursos departamentales, sujetándose a la Constitución y a la ley, y
3. Los concejos tampoco gozan de iniciativa tributaria, debiendo limitarse a votar, organizar y reglamentar aquellos gravámenes que la ley haya creado o autorizado con destino a los municipios, con subordinación a la Constitución, la ley y las ordenanzas.

De este modo, hay que concluir que la competencia tributaria es compartida entre el Congreso, que tiene iniciativa en esta materia y capacidad reguladora incondicional, y las asambleas y concejos, los cuales carecen de iniciativa, pero son titulares de facultad reglamentaria de las leyes que creen o autoricen impuestos, en aquello que no haya sido reglamentado por esas leyes.

3. Armonía normativa en materia tributaria

Contar con un ordenamiento jurídico coherente, sistémico y con respeto a la jerarquía nor-

mativa derivada de la misma Constitución, hace que las actuaciones de las personas estén basadas en principios de seguridad jurídica, legalidad y buena fe. Al respecto la Sentencia C-037 de 2000, indica:

La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico. (Sentencia C-037 de 2000).

Por esta razón, la jerarquía normativa tiene por objeto que las normas descendentes se sujeten a las normas superiores y en caso de no hacerse, deben aplicarse los mecanismos necesarios para que sea retirada del ordenamiento jurídico y preservar así una unidad del sistema jurídico coherente y armonioso.

Es así como la jerarquía normativa se desprende de la Constitución cuando indica que los mandatos constitucionales son norma de normas y se desarrolla el concepto de bloque de constitucionalidad para los acuerdos internacionales a los cuales se ha obligado el país.

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 indica: “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes ni a la doctrina legal más probable” (Ley 153 de 1887).

Por su parte, la Jurisprudencia es un criterio auxiliar que no vincula, puesto que el juez solo está sometido al imperio de la ley, a excepción de aquellos casos determinados como “Cosa juzgada constitucional” o cuando “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y por lo tanto los jueces podrán aplicarla en casos análogos” (Ley 153 de 1887).

Por esta razón se puede indicar que cuando se crea un impuesto mediante un Acuerdo Municipal, se está actuando en contravía de la Constitución Política, pues se están desconociendo las funciones que ella ha otorgado exclusivamente al órgano legislativo; es allí donde se podría hacer uso del medio de control consagrado en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 “Nulidad por inconstitucionalidad”¹, dado que allí hay una infracción a la Constitución por haber un vicio en la creación de los decretos, acuerdos o cualquier otro acto administrativo, que pretenda crear un impuesto. Es importante anotar que el mencionado artículo declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-400 de 2013, bajo el entendido de que a la Corte Constitucional le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley (Sentencia C- 400 de 2013).

1 “Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional” (Ley 1437 de 2011).

4. Medios de control

Tratándose de las nulidades, hay que decir que anular un proceso significa dejar sin efectos lo actuado por presentarse una irregularidad en el trámite, que determina la ilegalidad del mismo. Es obligación del Juez, según el Código de lo Contencioso Administrativo, ejercer control de legalidad. Como lo indica Arévalo Gaitán (2013) “*Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general*”. Por su parte Bastidas Bárcenas (2011) expresa lo siguiente del mencionado artículo 137:

[...] la nulidad de un acto administrativo de carácter general procede cuando se configure alguna de las clásicas causales que actualmente contempla el artículo 84 del C.C.A. Conviene advertir que estas causales también se alegan para pedir la nulidad del actos administrativo de carácter particular y concreto.

Las causales de nulidad del acto administrativo tienen directa relación con los elementos del acto administrativo, a saber:

1. Cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse. (Vicio de contenido).
2. Cuando quien expida el acto no tenga competencia para hacerlo. (Vicio de competencia).
3. Cuando el acto se expida en forma irregular, es decir con violación del derecho al debido proceso. (Vicio de forma y procedimiento)
4. Cuando con su expedición se desconocen los derechos de audiencia y defensa del interesado; causal ad hoc de la expedición irregular, o,
5. Cuando el acto se expida mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien profirió. (Vicios de motivo y de finalidad)

Por su parte, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra con-

sagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 y se origina en el actual artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. De acuerdo a lo expresado por el artículo en mención, este medio de control procede con el objeto de declarar la nulidad de actos administrativos de carácter particular, ya sean expresos o presuntos, y de restablecer el derecho subjetivo de la persona lesionada. Para el último caso, la persona lesionada podrá solicitar igualmente ser reparada del daño, en concordancia con el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, que indica la obligación por parte del Estado de reparar los daños antijurídicos ocasionados a las personas por una actuación, omisión, operación administrativa, entre otros, de sus agentes estatales.

En la aplicabilidad de la acción de nulidad, cuando hay vulnerabilidad de un derecho individual, Arévalo Gaitán (2013) observa lo siguiente:

En este medio de control, está dada la influencia de la teoría de los móviles y de las finalidades superando cualquier discusión con la Corte Constitucional, pero desde sus efectos, resultará cuestionable su aplicación práctica en los términos en que fue redactada, pues serán muy especialísimos los casos para su procedencia, teniendo en cuenta que en la gran mayoría, los actos acusados conllevan un restablecimiento automático del derecho.

5. Medios de control idóneos a ejercer frente a los acuerdos municipales que reglamentan el tributo

Como ya se ha indicado, ni los alcaldes, ni los consejos municipales se encuentran facultados para crear impuestos territoriales y de ningún otro tipo, pues la Constitución Política de Colombia radicó la competencia única y exclusivamente en el Congreso de la República en concordancia con el artículo 150 superior, donde se enuncia su facultad, de establecer las rentas nacionales, fijar los gastos de la administración, determinar contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales, en los casos y condiciones que establezca la ley.

Atendiendo el postulado anterior, si llegase a existir el supuesto fáctico de que en determinado municipio se expidiera o creara un impuesto traído de la invención de los funcionarios municipales o de quienes ejercen el control político del municipio, bien sea alcaldes o gobernadores, los actos administrativos por medio de los cuales se le dio vida jurídica al supuesto impuesto, estarían viciados y podrían ser recurridos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto el Consejo de Estado, ha manifestado:

Observa la Sala, que la existencia de un procedimiento previo, enderezado a la expedición de un acto administrativo, se ha entendido tradicionalmente como propia y necesaria para las decisiones que se dirigen a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa; y es por ello que aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica para las autoridades el deber de obrar en virtud de competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento.²

¿Cuál sería entonces el medio de control idóneo para deslegitimar los actos administrativos expedidos en contravía a la Constitución y a las leyes?

La ley 1437 de 2011 establece en su Título III los medios de control y desarrolla en su artículo 137 la acción de nulidad, la cual indica quiénes pueden solicitar la nulidad de un acto administrativo que se presume legal y cuándo la solicitud procede.

El medio de control de nulidad sería indicado para atacar, por ejemplo, las disposiciones municipales que crean impuestos, pues no le compe-

te a dicho organismo ejercer esta función; así lo indica el tenor de la ley y lo manifestado por el Consejo de Estado:

En el ámbito de la producción de medidas regulatorias o reglamentarias, contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, normalmente el ordenamiento jurídico no hace exigencias procedimentales especiales, más allá de exigir, obviamente, que el acto sea proferido en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas a la respectiva autoridad, lo cual no implica, desde luego, que el legislador carezca de la facultad de establecer, cuando así lo considere necesario, procedimientos especiales para la producción de tales actos administrativos, los cuales obviamente se tornarían obligatorios” (Sentencia Consejo de Estado 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832))

Si se busca el restablecimiento automático de un derecho, el medio de control adecuado sería la nulidad y restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, donde se establece que “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo, amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo de carácter particular, expreso o presunto”; esto atendiendo que para los actos administrativos de carácter particular, la nulidad procede por las mismas causas de los actos administrativos de carácter general y de los cuales se busca la nulidad simple.

Sin embargo, el asunto puede ir más allá de la simple aplicación del articulado de la Ley 1437 de 2011, en el sentido de que hay situaciones jurídicas particulares que desbordan su escueta aplicación. En la siguiente Tabla se relacionan los intereses que sustentan las posibles pretensiones y la acción legal de naturaleza administrativa precedentes al recurrir ante la jurisdicción:

2 Sentencia Radicado No. 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), Sección Tercera C.P RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

Tabla. Intereses y acciones administrativas que procedentes (Ley 1437 de 2011)

Interés	Acción legal
Nulidad de actos administrativos de carácter general	Acción de nulidad
Nulidad de actos administrativos de carácter particular	Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Reparación de daño antijurídico	Reparación directa

Si bien es cierto que para cada tipo de lesión o vulneración se tiene legalmente una acción a aplicar, también es cierto que la aplicación rigurosa de la ley podría quedarse corta a la hora de proteger derechos. A continuación se propone un ejemplo para visualizar mejor el tema:

Un municipio le concede a una empresa una exención en el impuesto de industria y comercio por un periodo de 10 años, con la condición de que la empresa realice inversión en infraestructura y cree 1000 nuevos empleos en el municipio. La exención en mención es otorgada mediante acto administrativo de carácter particular del 1° de enero de 2.002, exención amparada por el acuerdo municipal No 3 vigente en su momento, de 1° de enero de 2.001.

En el año 2003 se declara la nulidad del acuerdo municipal No 3, por extralimitar la Constitución y la Ley en razón de las tarifas y la periodicidad del Impuesto de Industria y Comercio que establecía.

Se expide un nuevo acuerdo municipal No 4, que no contempla la posibilidad de conceder exenciones de impuestos, dejando sin piso jurídico el acto administrativo particular el cual es vigente y cuenta con total presunción de legalidad.

¿Es posible que la Empresa Y, realice una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo de carácter general?

¿Es posible que la Empresa Y, realice una acción de reparación directa por los daños antijurídicos creados, al motivar una inversión económica tan alta por una exención que le quitarían sin terminar el tiempo establecido inicialmente?

Si bien se está hablando de un acto administrativo de carácter general, dicho acuerdo no

tiene vicios de nulidad por cuanto fue expedido de acuerdo a la Constitución y a la ley; sin embargo, frente al derecho individual de la empresa, puede haber una vulneración y es válido que sea analizada su situación con miras a la seguridad jurídica como principio legal y constitucional, que hizo que la empresa invirtiera con motivación tributaria. Por lo tanto, sería válido que la empresa solicitara mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se diera nulidad del acuerdo con efectos inter partes y que se restableciera el derecho ya adquirido de una exención en el impuesto.

Igualmente, la reparación directa es una medida en caso de no concederse el restablecimiento del derecho a la empresa, en el sentido que si no se le hubiera concedido la exención, la empresa no hubiera invertido y no le compete a la empresa soportar la carga pública de perder una inversión porque un municipio no estaba actuando de acuerdo a la Constitución y la ley.

Conclusiones

La Constitución Política de Colombia consagra una forma de Estado construida a partir del principio unitario, pero caracterizada por la transferencia a las entidades territoriales, de cierta autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Constitucionalmente se consagra la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses y, entre otros, tienen el facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, teniendo en cuenta que establecer es diferente a crear.

La Corte ha indicado que, dado el carácter unitario de la República, es necesario armonizar

los principios de unidad y autonomía, garantizando el manejo por los municipios y departamentos de los intereses locales, pero sin desconocer la supremacía del ordenamiento nacional (Sentencia C-643 de 1999). De esta manera se afirman los intereses locales y se reconoce la supremacía de un ordenamiento superior con lo cual la autonomía de las entidades territoriales no se configura como poder soberano sino que se explica en un contexto unitario.

Toda actuación de la administración pública debe estar revestida de legalidad, siguiendo los mandatos constitucionales, legales y normativos que se han estipulado para ello; por lo tanto los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que su cargo les permite y no extralimitarse en actividades que son propias de otros órganos. La realización de funciones de un servidor público que no son propias de su competencia, quedarán viciadas de nulidad absoluta; pues si cada órgano público administrativo, fuera autónomo y creara, extinguiera o modificara derechos a su parecer, el Estado carecería de seguridad jurídica y mandatos Constitucionales sin legitimación. Se debe hacer uso de los medios de control establecidos en la ley para hacer prevalecer la Constitución y la Ley sobre todas las actuaciones administrativas ejercidas por los funcionarios públicos.

Referencias

Arévalo Gaitán, G., (2013). Guía procesal de lo contencioso administrativo: aplicación de la Ley 1437 de 2011 y otras reformas. Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Bastidas Bárcenas, H., (2011). Síntesis de la conferencia dada en el Seminario Internacional de Presentación de la Ley 1437 de 2011, Biblioteca Luis Ángel Arango, 2 de febrero.

Constitución Política de Colombia (1991). 32da. Ed. Legis, 2016.

Decreto 624 de 1989 “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Na-

cionales”. Presidencia de la República de Colombia. Diario oficial 38756 de Marzo 30 de 1989.

Fallo 761 del 2000. Expediente N° S-761. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno.

Ley 153 de 1887 “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”. Diario oficial 7151 y 7152 de 1998.

Ley 14 de 1983 “Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”. Congreso de la República de Colombia. Diario oficial 36288.

Santofimio Gamboa, J., (2002) Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2002. p. 434.

Santamaría Pastor, J., (1991). Fundamentos de Derecho Administrativo Tomo I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Sentencia C-040 de 1993. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

Sentencia C-465 de 1993. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-506 de 1995. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-290 de 1997. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-066 de 1999. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrados ponentes: Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-643 de 1999. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-037 de 2000. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-049 de 2008 Corte Constitucional de la República de Colombia, Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-891 de 2012 Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia C-400 de 2013. Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia Consejo de Estado. Radicado No. 11001-03-26-000-2004-00020-00(27832), Sección Tercera. Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

Comparendo ambiental: políticas ambientales para el manejo de residuos sólidos domésticos en el Municipio de La Estrella, sector Suramérica*

*Beatriz Cecilia Cuartas Zapata***

*Ana Marcela Muñoz Gómez****

*María Victoria Zapata Londoño*****

Asesores: Lina Marcela Acevedo Correa, Juan Rodrigo Vega Henao

Recibido: 25 de enero de 2016

Aprobado: 28 de marzo de 2016

Resumen

El propósito del presente artículo se centra en analizar las dificultades de la implementación del comparendo ambiental como política para el manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector “Suramérica”; para lograr dicho objetivo, en primer lugar, se identifican los fundamentos doctrinales y normativos del derecho ambiental que sustentan la figura del comparendo ambiental; en segundo lugar, se establecen las características y alcances de la Ley 1259 de 2008 en materia de manejo de residuos sólidos domésticos; y, por último, se describen los procesos de implementación de la Ley 1259 de 2008 frente al manejo de residuos sólidos domésticos en el mencionado municipio, pero específicamente en el sector de Suramérica.

Palabras clave: comparendo ambiental; manejo de residuos sólidos domésticos; derecho ambiental; daño ambiental; protección al medio ambiente; medidas sanitarias.

* Trabajo de grado para optar por el título de Especialista en Derecho Ambiental de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta.

** Estudiante de la Especialización en Derecho Ambiental de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta. Correo electrónico: mavizalo@hotmail.com

*** Estudiante de la Especialización en Derecho Ambiental de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta. Correo electrónico: anamarcus16@yahoo.es

**** Estudiante de la Especialización en Derecho Ambiental de la Corporación Universitaria de Sabaneta – Unisabaneta. Correo electrónico: mavizalo@hotmail.com

Environmental subpoena: environmental policies for domestic solid management in the Municipality of La Estrella, Suramérica sector

Abstract

The purpose of this article is to analyze the difficulties of implementing the environmental subpoena as a policy for domestic solid waste management in the municipality of La Estrella, “Suramérica” sector; to achieve this objective, firstly, doctrinal and normative foundations of environmental law are identified which sustain the figure of the environmental subpoena; secondly, characteristics and scope of the Law 1259 of 2008 are established in terms of domestic solid waste management; and finally, processes of implementation of Law 1259 of 2008 are described facing domestic solid waste management in the aforementioned municipality, but specifically in the area of “Suramérica”.

Keywords: environmental subpoena; domestic solid waste management; environmental law; environmental damage; environmental protection; sanitary measures.

Introducción

Resulta de vital importancia entender que todos los elementos que componen el medio natural son susceptibles de ser destruidos por hechos naturales y por actos devastadores del hombre, generando así fenómenos dañinos tales como: el deterioro de la capa de ozono o el efecto invernadero, los cuales adquieren con el pasar del tiempo una mayor dimensión y ponen en riesgo la existencia de la vida en el planeta.

Para contener esta afectación es necesario poner una barrera de contención que aplaque los efectos que surgen como consecuencia de una errada utilización de los recursos. Ello ha conducido a que en la actualidad el fenómeno ambiental cobre fuerza y genere en la comunidad internacional y en la sociedad, en general, una tendencia a proteger ese conjunto ordenado de componentes necesarios para la supervivencia del hombre que es el medio ambiente. La actividad regulatoria desarrollada a través de los años refleja de manera indiscutible la magnitud del problema y, por ende, la necesidad de implementar todas las medidas científicas, técnicas y jurídicas con las que cuenta la colectividad para protegerse de sus propios actos.

Ahora bien, entre las normativas que existen en Colombia para hacerle frente a esta problemática se encuentra la Ley 1259 de 2008 (reglamentada por el Decreto Nacional 3695 de 2009), la cual se crea con el fin de aplicar, en el territorio nacional, el comparendo ambiental, instrumento de cultura ciudadana que, como la misma ley lo menciona en su artículo 1º, propende por el adecuado manejo de residuos sólidos y escombros, previendo la afectación del medio ambiente y la salud pública, a través de sanciones pedagógicas y económicas a todas aquellas personas, sean estas naturales o jurídicas, que violen la ley existente en materia de residuos sólidos, así como propiciar el fomento de estímulos a las buenas prácticas ambientalistas. Sin embargo, a pesar de la buena intención de la mencionada normativa, se puede señalar que dicho instrumento no se cumple o,

mejor dicho, no se impone por parte de las autoridades competentes (Secretarías de Tránsito, Inspectores de Policía, Policía Ambiental y Secretarías de Gobierno).

Según la Ley 1259 de 2008, quienes arrojan basuras desde sus vehículos, lavan sus carros o motos en las vías públicas, sacan las basuras a deshoras, hacen un mal manejo de los escombros y los residuos sólidos, arrojan basura y escombros a fuentes de aguas y bosques, no recogen la deposición de heces fecales de las mascotas, entre otras, están adoptando prácticas que van en contra del medio ambiente, y serán castigados a través de este comparendo ambiental, el cual permite la imposición de sanciones. No obstante lo anterior, las autoridades parecen no conocer lo que dispone la Ley 1259 de 2008, pues hay quienes señalan específicamente que:

[...] muchas veces se ha visto a un policía o funcionario de la entidad ambiental pasar frente a un vehículo de tracción animal que arroja escombros, podas y basura, en lugares públicos, sin que la autoridad se inmute por detenerlo o llamarle la atención (Cardona, 2010).

En definitiva, pueden ser innumerables las razones por las cuales en Colombia no se está aplicando efectivamente la ley del comparendo ambiental, (desde la falta de cultura ciudadana, hasta el desconocimiento de la norma por parte de los ciudadanos y de las empresas, e inaplicabilidad de la ley por parte de las autoridades competentes, entre muchas otras) y esto es precisamente lo que en esta investigación se quiere esclarecer, además de identificar y señalar las dificultades de la implementación de dicho comparendo ambiental.

Ello quiere decir entonces, que es importante indagar por la real eficacia de los comparendos ambientales, apuntando con esto a identificar si se está haciendo cumplir la norma y si se cuenta con los recursos, humanos y financieros, para aplicar una ley que impacta positivamente el ambiente. Así las cosas, y de acuerdo a lo anterior, ¿cuáles son las dificultades de la implementación

del comparendo ambiental como política para el manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica?

Para dar respuesta a este interrogante, se plantean una serie de objetivos específicos, los cuales se desarrollan en este estudio: en primer lugar, se busca identificar los fundamentos doctrinales y normativos del derecho ambiental que sustentan la figura del comparendo ambiental; a su vez, se pretende establecer las características y alcances de la Ley 1259 de 2008 en materia de manejo de residuos sólidos domésticos; y por último, se describen los procesos de implementación de la Ley 1259 de 2008 frente al manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica.

La justificación de este escrito radica en permitir a la ciudadanía, la cual, si se ha de aplicar con efectividad, gozará de una mejor calidad de vida en la medida en que se busca que se afecte y se atente menos contra el medio ambiente; de igual manera, las Corporaciones Regionales y las autoridades policivas y demás organismos también resultan como destinatarios de este estudio, ya que son ellos quienes deben implementar el respectivo procedimiento sancionatorio y ejercer las acciones pertinentes, conforme a la medida contemplada en la norma, para imponer los respectivos comparendos ambientales; y en general, es de especial interés este estudio para los abogados y juristas interesados en temas de derecho ambiental.

Las implicaciones prácticas de esta investigación trascienden lo estipulado por la misma norma, ya que hoy en día el tema de una conciencia ambiental es cada vez más importante para el presente y futuro de la sociedad; es por ello necesario una política basada en la praxis para el manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica, lo cual requiere de la intervención de actores sociales y gubernamentales que permitan ejecutar la norma más en términos de prevención y educación que en materia de coacción y sanción.

Desde una perspectiva teórica, este trabajo permitirá poner en práctica los conocimientos adquiridos a lo largo de nuestra formación profesional, y a su vez realizar un ejercicio hermenéutico de la norma a la luz de planteamientos teóricos y jurisprudenciales.

Metodológicamente, el tipo de investigación que aquí se pretende desarrollar es mixta, pues lo que se parte de una cuantificación del fenómeno objeto de estudio para luego llevar a cabo una valoración conceptual sobre las dificultades de la implementación del comparendo ambiental como política para el manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica. La investigación tendrá un enfoque descriptivo, el cual consiste en llegar a conocer las situaciones y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables.

1. Fundamentos doctrinales y normativos del derecho ambiental que sustentan la figura del comparendo ambiental

1.1 Bases teóricas

1.1.1 Estado y medio ambiente

Según explica Macías (1998), en la actualidad, la racionalidad del Estado moderno se ha caracterizado por el deseo constante de conocer y controlarlo todo; pues, sea en nombre de un partido o incluso en nombre de la misma libertad, se ha pretendido gobernar hasta el más pequeño de los detalles de las relaciones entre los hombres y entre estos y las cosas. A esto se le ha llamado la razón de Estado.

La razón de Estado supone en realidad el conocimiento de su naturaleza, de su acción y de la población, es decir, este concepto se encuentra ligado a la idea del arte de gobernar, entendida como la articulación de un proceso de decisión

política, de las condiciones de su aplicación en términos de eficacia y de legitimidad en situaciones políticas determinadas. Además, el conjunto de conocimientos considerados necesarios para alcanzar este fin.

El proceso de racionalización del Estado se ha caracterizado principalmente por dos aspectos: por una parte, el del surgimiento de una serie de saberes y conocimientos en torno a todo lo que hay que gobernar: población, cosas y las relaciones que surgen entre ellas; por otra, el de la aparición de nuevos objetivos y por consiguiente, de nuevos problemas y nuevas técnicas. Esto supone el conocimiento de la población y de las cosas sobre las cuales se ejerce dominio dentro de ese Estado. Todo el desarrollo del conocimiento de las cosas se ha orientado a un mayor control y crecimiento de la producción y riqueza de cada nación, así como el de la población como generadora de mayor riqueza. Eso significa que esa relación entre el hombre y la naturaleza requiere ser gobernada, para no perder el equilibrio que debe existir como condición de estabilidad y vigencia del Estado.

En el proceso de racionalización del Estado es donde debe ubicarse la relación entre medio ambiente y control social. Efectivamente, los objetivos que se fija un Estado, junto al proceso de articulación de la sociedad para alcanzarlos, requieren una serie de estrategias destinadas a conservar esos objetivos, que, convertidos en valores, orientan el comportamiento de las sociedades.

1.1.2 El daño ambiental

Desde un punto de vista general, según Velásquez (1994), el daño ambiental se puede definir de la siguiente manera:

El daño es una de las tantas formas en que se materializa el estallido de ingobernabilidad del sistema de previsión. En una sociedad organizada debe existir una serie de previsiones interiorizadas en los individuos que son el fruto de la educación que brinda el Estado o de la sabiduría que desprende la norma jurídica establecida por el soberano,

lo que lleva a que los ciudadanos en el ejercicio de sus acciones y actividades actúen con prudencia y con cuidado con el fin de no producir daño o de producir el mínimo de éste para mantener las condiciones de estabilidad social. Sin embargo en una sociedad tecnológica como la nuestra el riesgo de producir daños se incrementa constantemente por el uso de la energía y la máquina dando como resultado la inestabilidad del sistema de previsión social (p. 280).

Según la anterior cita, la no ocurrencia del daño se basa en una suposición de gobernabilidad que existe en lo social que, al mismo tiempo, habría de estar asegurado por el sistema de división de poderes y el sistema representativo, de acuerdo a como está organizada la sociedad civil, en la cual se estructuran diversas reglas de previsión y control. A partir de ahí es que se establece toda una estructura de vigilancia y control que se traduce en gobernabilidad y que debería derivar en la prevención del daño, por cuanto resulta un modo para asegurar la paz social.

Sin duda alguna, la idea de daño como fenómeno que muestra una brecha en el mecanismo preventivo, conlleva aceptar que esta corrección preexiste, ya que, de otra forma, no sería posible manifestar su crisis. Esta fisura indica la materialización del conflicto ideológico que existe entre la pretensión a la máxima protección del ser humano y la reclamación de los agentes económicos de desarrollar su actividad con el mínimo de riesgos posibles y la mayor transferencia de daños a la sociedad.

En muchos casos el sistema de prevención de daño ambiental es inexistente y, en otros, es tan frágil que es claramente insuficiente y casi convincente; y siendo esto así no se puede inferir que existe una vulneración a su respecto, pudiéndose señalar, al contrario, que el detrimento solamente se produce al supuesto objeto de protección.

También se puede argumentar que, justamente, la falta de un mecanismo de prevención no es más que el resultado del éxito de algunos sectores

comprometidos con los intereses económicos deseosos por beneficiarse con la explotación de los recursos del entorno o con su irremediable degradación, antes que con su preservación y cuidado.

Es por lo anterior que es preciso aclarar que los sistemas de prevención del daño tienen una relación estrecha, cuando son deficientes, con la producción del daño, aunque de ellos no se puede afirmar de manera indiscutible, bajo el supuesto del nexo causa, que el daño está irremediablemente supeditado a la existencia de un sistema eficiente de preservación, para la objetivización de su existencia. Es otros términos, puede existir un daño, indistintamente de que existan o no sistemas apropiados de protección ambiental y, por ello, la formulación debe proponerse de forma más extensiva para darle cabida a otras perspectivas menos rígidas y potencialmente viables.

De igual manera, no es dable la idea de la simplificación del problema, o sea, de la individualización de solamente dos actores de la tragedia del daño ambiental y ello porque la realidad social es mucho más compleja, pues existe un núcleo empresarial cuyo propósito es obtener una ganancia de su actividad. De esta forma, aceptar la consecuencia inmediata de ello significa privilegiar el sacrificio de los recursos naturales para alcanzar mayores beneficios económicos. Ahora, sin quitar del eje el ánimo empresarial de lucro, no es factible eludir el hecho de que debe existir una mayor conciencia de la finitud y la vulnerabilidad de los recursos, los cuales, de extinguirse, causaría la frustración de la propia pretensión de crecimiento económico que inspira la labor productiva.

Claro está que la comunidad tampoco es extraña a este aspecto del daño, pues a través de distintas formas en las que puede reunirse y organizarse los individuos que la componen se constituyen los grupos de poder, quienes pueden llegar a ser tanto o más poderosos que los mismos empresarios.

Dentro de este amplio abanico de posibilidades de participación es donde se pueden asumir o

posiciones de compromiso con la protección de los derechos del ser humano y de la sociedad o indiferencia total; ahora, tampoco se puede dejar de lado el hecho de que, según sea la naturaleza, estructura y propósitos del grupo de que se trate, diversos serán los intereses a preservar. Es claro que los matices serán los más variados al momento de hacer realidad el activismo humano.

Este sinnúmero de protagonistas hace, de igual manera, complejas las relaciones entre ellos, provocando variedad de posibles soluciones, de acuerdo con los distintos condicionamientos a los cuales cada uno de ellos está sometido y responde de forma evidentemente distinta.

Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha conceptualizado al daño ambiental como:

[...] toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, como vecinos o colectividad, a que no se alteren de modo perjudicial, sus condiciones naturales de vida. En cuanto interesa a la contaminación como uno de los principales y más conocidos factores de agresión y degradación del ambiente, se la ha definido legalmente en el artículo 4º de la ley 23 de 1973 como la alteración reversible o irreversible de los ecosistemas o de algunos de sus componentes producida por la presencia, en concentraciones superiores al umbral mínimo, o la actividad, de sustancias o energías extrañas a un medio determinado (Sentencia 15659 del 20 de septiembre de 2000).

Como se evidencia, la Corte Suprema de Justicia es clara en afirmar que las problemáticas medioambientales afectan de manera directa e indirecta a los seres humanos, pero a su vez los ecosistemas, con consecuencia, muchas veces, irreversibles.

Desde el punto de vista doctrinal, se ha señalado que el daño ambiental hace referencia al:

[...] acto o el resultado de la irrupción o el vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades

bióticas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema para digerir y reciclar elementos extraños, por no estar neutralizados por mecanismos compensatorios (Cafferatta, 2004, p. 62).

La propia noción de “daño ambiental” comporta un término ambivalente, ya que hace referencia no sólo al daño que recae sobre el patrimonio ambiental común a un grupo social, que se interpreta como impacto ambiental, sino que, así mismo, hace alusión al daño que el medio ambiente afectado causa por culpa de los intereses ilegítimos de una persona.

Sin duda alguna, la contaminación ambiental está estrechamente relacionada con su carácter expansivo, en lo temporal como en el espacio físico en el cual irrumpe, de lo cual procede el carácter esencialmente impreciso que tiene el daño al medio ambiente, así como la complejidad en la determinación del nexo causal.

Teniendo en cuenta la perspectiva temporal, es posible afirmar que:

[...] la eventualidad de que los efectos nocivos del daño se manifiesten o se extiendan después de transcurridos largos períodos de tiempo, con lo que queda planteada la cuestión inherente al daño futuro, cuya liquidación en una sentencia de condena ha de ser viable siempre que con base en determinadas pautas, el juez pueda estimar, en el plano causal, la certidumbre, sea de la prolongación o agravación futura de un daño actual, o bien, de la producción de un daño nuevo y distinto, que ha de resultar como consecuencia necesaria del mismo evento que dio origen a la contaminación (Velásquez, 1994, p. 281).

De otro lado, las dificultades para determinar la relación de causalidad entre el daño ambiental y la actividad contaminante surgen de la prolongación de sus efectos dañosos a grandes distancias del lugar de origen. A ello se agrega igualmente que es posible que, con base en demostraciones

técnicas que no se pueden refutar, pueda probarse que ciertos daños ambientales sean producto, no del conjunto de materiales contaminantes, localizables en una determinada zona, sino de un elemento específico, perfectamente separable de ese complejo, pero cuyo centro de emisión no puede ser objeto de individualización.

En últimas, y según Velásquez (1994), el daño ambiental es un daño distinto, ya que presenta particularidades que lo diferencian: es, muchas veces, despersonalizado o desconocido; posee grandes problemas para la individualización de su agente provocador; tiene capacidad suficiente para causar un gran número de víctimas; puede ser el resultado de una actividad específica que usa técnicas especializadas, desconocidas para las víctimas; puede constituir un daño cierto y grave para el ambiente, pero no para el ser humano; existe la posibilidad de que la acción de los que producen el detrimento no sea perceptible, lo que hace imposible advertirlos de manera oportuna. Todas estas singularidades llevan a lo que se conoce como “el punto débil de la responsabilidad ambiental” y a la adecuada individualización de la relación de causalidad. Ya en el otro lado del asunto está la responsabilidad por el daño ambiental, la cual se caracteriza por ser objetiva, real, vaga e insusceptible de ser verificada por la norma administrativa.

1.1.3 El comparendo ambiental

De acuerdo con la Ley 1259 de 2008 el comparendo ambiental es un “instrumento de cultura ciudadana” (art. 1), con el cual se busca que las personas y la ciudadanía en general manejen adecuadamente los residuos sólidos y escombros; de igual manera, este instrumento busca que se prevenga la afectación del medio ambiente y la salud pública, por lo que a través de éste se pueden imponer sanciones tanto pedagógicas como económicas a quienes violen las leyes existentes en materia de residuos sólidos; a su vez, esta herramienta busca respaldar la promoción de incentivos a las buenas prácticas ambientalistas.

Son susceptibles de un comparendo ambiental, según el artículo 4 de la norma en comento, los siguientes sujetos:

Todas las personas naturales y jurídicas que incurran en faltas contra el medio ambiente, el ecosistema y la sana convivencia, sean ellos propietarios o arrendatarios de bienes inmuebles, dueños, gerentes, representantes legales o administradores de todo tipo de local, de todo tipo de industria o empresa, las personas responsables de un recinto o de un espacio público o privado, de instituciones oficiales, educativas, conductores o dueños de todo tipo de vehículos desde donde se incurra en alguna o varias de esas faltas mediante la mala disposición o mal manejo de los residuos sólidos o los escombros.

Lo anterior muestra entonces que el comparendo ambiental en Colombia fue creado con el propósito de cuidar el medio ambiente; es un instrumento de control que permite imponer sanciones a todas aquellas personas que con su acción u omisión, ocasionen daños que impacten negativamente el medio ambiente, ya sea por el inadecuado manejo de los residuos sólidos o porque hacen una indebida disposición de escombros.

1.2 Marco normativo

El principal fundamento normativo de la figura del comparendo ambiental lo constituye la Constitución Política de 1991, a través de los artículos 79, 80 y 82, en los cuales preceptúa todo lo relacionado con el derecho ambiental en Colombia.

Por su parte, mediante el Decreto-Ley 2811 de 1974 se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en donde estipula que el ambiente es patrimonio común, y por ende corresponde al Estado y a los particulares el deber de participar en su preservación y manejo, debido a su utilidad pública e interés social.

A través de la Ley 9 de 1979 se dictan Medidas Sanitarias, y se establece que para la pro-

tección del Medio Ambiente, se deben establecer normas generales que sirvan para preservar, restaurar y mejorar las condiciones sanitarias en lo que se relaciona a la salud humana.

Por su parte, la Ley 99 de 1993 crea el Ministerio del Medio Ambiente, reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y organiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA). Determina que la política ambiental colombiana seguirá una serie de principios generales según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

A través de la Ley 142 de 1994, se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios; sostiene que las entidades que presten servicios públicos tienen la obligación de cumplir con su función ecológica, para lo cual, y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

A través de la Ley 746 de 2002 se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos; en material de comparendos, la normativa establece que los propietarios o tenedores de ejemplares caninos que no recojan los excrementos, tendrán como sanción impuesta por la autoridad municipal competente.

En materia sancionatoria, la Ley 1259 de 2008 estableció que la Ley 99 de 1993 se constituía en el único referente jurídico para sancionar a quienes infringieran las leyes ambientales colombianas. Con la entrada en vigor de la Ley 1259 de 2008, reglamentada por el Decreto 3695 de 2009, se estableció un nuevo mecanismo sancionatorio ambiental llamado “comparendo ambiental”, el cual surgió por la necesidad de sancionar a aquellas personas (naturales y jurídicas) que infrinjan las normas de aseo, limpieza y recolección de

escombros en el país, mediante una herramienta que se acomodara a las necesidades del Derecho Ambiental en Colombia durante la nueva década, la cual, no solamente fuera efectiva, sino también impositiva y sancionadora de las afectaciones del medio ambiente y la salud pública.

A través de la Ley 1333 de 2009 se establece el procedimiento sancionatorio ambiental, sosteniendo que las sanciones administrativas en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los Tratados Internacionales, la ley y el Reglamento. Las medidas preventivas, por su parte, tienen como función prevenir, impedir o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana.

Con el Decreto 3695 de 2009 se buscó reglamentar el formato, presentación y contenido del comparendo ambiental de que trata la Ley 1259 de 2008, así como establecer los lineamientos generales para su imposición al momento de la comisión de cualquiera de las infracciones sobre aseo, limpieza y recolección de residuos sólidos, que adelante se codifican.

Por último, con la Ley 1466 de 2011 se adicionan el inciso 2° del artículo 1° (objeto) y el inciso 2° del artículo 8° de la Ley 1259 del 19 de diciembre de 2008, “por medio de la cual se instauró en el territorio nacional la aplicación del Comparendo Ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros.

Todo este marco normativo se constituye en el fundamento de la Ley 1259 de 2008, el cual de manera específica hace referencia a la figura del comparendo ambiental, tal y como se verá a continuación.

2. Características y alcances de la ley 1259 de 2008 en materia de ma-

nejo de residuos sólidos domésticos

Mediante Proyecto de ley número 224 de 2007 Senado, 037 de 2007 Cámara, se presentó al Congreso de la República una estructura de seis capítulos relacionados con el objeto de la norma, breviario de términos, leyes y normas, incentivos, sanciones, aspectos y procedimientos relacionados con el Comparendo Ambiental, inducción, sensibilización, sanciones, determinación de entidades y sujetos responsables de la instauración y aplicación; junto con los indicadores y recomendaciones pedagógicas, sobre la importancia, aplicación y cumplimiento de las disposiciones generales, constituyendo la norma un importante estatuto y aporte para la defensa medioambiental y educativa de indudable importancia social, sanitaria, económica y cultural.

Producto del debate legislativo de dicho proyecto resultó la Ley 1259 de 2008, precedida de un sistemático breviario de términos, leyes y normas, identificación de sujetos pasivos del Comparendo Ambiental propuesto; tarifa de infracciones y sanciones, enumeración de entidades responsables de la instauración y aplicación; todo lo cual constituye un original programa pedagógico-didáctico de indudable importancia educativa y cultural, que apunta a un beneficio ciudadano, individual y colectivo, en función de fortalecer la aclimatación y desarrollo de la cultura en los niveles ciudadanos, empresariales, corporativos, institucionales y personales; con potenciales e importantes resultados, no solo a nivel cultural, sino también sanitario, social, ético, estético y económico, en la medida en que se orienta a un cambio de cultura ciudadana, pasando de la mera acción pedagógica a sanciones pecuniarias, que, en últimas, son las que ponen a pensar al ciudadano normal o al posible infractor.

Pero uno de los elementos clave de esta normativa se fundamenta en fortalecer una noción práctica de cultura ciudadana; al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 1259 de 2008, los ponentes sostuvieron lo siguiente:

Se esperaría que con el transcurrir de los tiempos, con los avances de las comunicaciones y ante la perspectiva de un recalentamiento del planeta, los humanos nos deberíamos volver más racionales y propender por el cuidado de nuestro planeta, el cual constituye nuestra única casa. ¿Qué planeta les dejaremos de herencia a nuestros nietos? Debería ser la pregunta que todos nos hiciéramos y como respuesta deberíamos encontrar una aptitud decidida en buscar recuperar los espacios verdes y darle oxígeno a nuestros hermanos, el de darle un uso correcto a un bien natural, que se consideraba inagotable hasta la fecha, pero que la realidad demostró que sí es agotable como es el agua potable. Pero contrario a lo anterior, y pese a los esfuerzos que los distintos gobiernos hacen en invertir en cultura ciudadana buscando generar una conciencia ciudadana de respeto por nuestras ciudades y nuestro planeta, existe un número importante de conciudadanos que parece vivieran en otro universo, talan constantemente nuestros árboles, endurecen nuestros jardines, no hablo los de ellos, que también tendrían el deber con la humanidad de mantenerlos verdes, sino las áreas comunes de las cuales se apropián ilegítimamente, ensucian nuestros ríos y quebradas, convirtiéndolos en verdaderas cloacas que aparte de anular de potabilidad del agua se convierte en generadores de enfermedades infectocontagiosas, tapan con escombros los registros de las alcantarillas para luego salir gritando cuando ante un fuerte aguacero sus barrios se inundan, sin contar las veces que ensucian nuestras calles, avenidas y parques, y siempre al final terminan quejándose de la ineficiencia del Estado (Informe de ponencia segundo debate Proyecto de Ley 224 de 2007 Senado, 037 de 2007 Cámara).

Ahora bien, en el contexto económico la Ley 1259 de 2008, tal y como señala Name (2008), apunta a establecer un alivio a las finanzas del Estado y por ende, a generar un ahorro a los ciudadanos; precisamente, en los años 2002 y 2003, según la Superintendencia de Servicios Públicos,

las empresas de Aseo del país gastaron alrededor de \$18.467.382.515 de pesos en barrido de calles, parques, avenidas, recogida de escombros e invitaciones ciudadanas para desarrollar una cultura de limpieza y orden en los espacios públicos; esto sin tener en cuenta lo que gastan las empresas de aguas en lavado de alcantarillados, limpieza de ríos y quebradas y lo que gasta el gobierno en campañas cívicas de cultura ciudadana, dinero que, sin duda, lo pagan todos los colombianos.

Sumado a lo anterior, en el Plan de Desarrollo del Cuatrienio 2007-2010 se calculó una partida de 8.2 billones de pesos para que fuesen destinados al sector de agua potable y saneamiento básico y dentro de dicha inversión se contempló los residuos sólidos, poniéndose el gobierno como objetivo cerrar los botaderos de desechos a cielo abierto, enterramiento y disposición en cuerpos de agua.

Todo ello en busca de un país vivible desde el punto de vista ambiental; aun así:

Según el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial los 1098 municipios que conforman la estructura de nuestro país, generan 28836 toneladas día de residuos sólidos, de las cuales 22.497 toneladas día son generadas en las cabeceras urbanas de los municipios. Esta producción de basuras según el mismo ministerio son depositados (sic) en un 54% en los rellenos sanitarios, un 33% en botaderos a cielo abierto, un 2% fue enterrado y un 0,28% de estos residuos se volcaron sobre nuestros afluentes de aguas (80,74 toneladas día). Lo anterior significa que al año caen a nuestros ríos y quebradas 29.470 toneladas de basura (Informe de ponencia segundo debate Proyecto de Ley 224 de 2007 Senado, 037 de 2007 Cámara).

Por tanto, y ya que existe un gran número de personas que todavía no se concientizan del inminente peligro en el que se vive por causa de las infracciones ambientales, es que nace el comparendo ambiental, a través del cual se pretende sancionar pecuniariamente a aquellas personas que violen las disposiciones de la Ley 1259 de

2008, pues el compromiso no es sólo de la ciudadanía en general, sino del planeta entero.

Es importante tener en cuenta que el comparendo comienza en pedagogía y termina con multas que van ente los uno y dos salarios mínimos mensuales legales vigentes si se es persona natural o diez salarios mínimos mensuales legales vigentes si se es persona jurídica, según el grado de la contravención.

Pero el problema no está en capturar al infractor, sino que de lo que se trata es que se adopte la flexibilización probatoria, según señala Name (2008), además de agilizar el procedimiento. El hecho de que se convierta el arrojar basuras desde un auto en una infracción de tránsito, sin duda, generará cierta cautela en los conductores y compromiso frente a los que van con él. En fin, de lo que se trata es de construir cultura ciudadana a partir de lo que más le duele a las personas: su bolsillo, lo que llevaría a comenzar a pagar una deuda social que se tiene pendiente con el planeta.

De esta manera, serán sujetos pasivos de la norma del comparendo ambiental, según se establece en el artículo 4 Ley 1259 de 2008, los siguientes:

Todas las personas naturales y jurídicas que incurran en faltas contra el medio ambiente, el ecosistema y la sana convivencia, sean ellos propietarios o arrendatarios de bienes inmuebles, dueños, gerentes, representantes legales o administradores de todo tipo de local, de todo tipo de industria o empresa, las personas responsables de un recinto o de un espacio público o privado, de instituciones oficiales, educativas, conductores o dueños de todo tipo de vehículos desde donde se incurra en alguna o varias de esas faltas mediante la mala disposición o mal manejo de los residuos sólidos o los escombros.

En materia de infracciones, la norma contempla un listado de 18 tipos de acciones que pueden ser tipificadas como contrarias a las normas ambientales de aseo; estas son:

1. Sacar la basura en horarios no autorizados por la empresa prestadora del servicio.
2. No usar los recipientes o demás elementos dispuestos para depositar la basura.
3. Disponer residuos sólidos y escombros en sitios de uso público no acordados ni autorizados por autoridad competente.
4. Disponer basura, residuos y escombros en bienes inmuebles de carácter público o privado, como colegios, centros de atención de salud, expendios de alimentos, droguerías, entre otros.
5. Arrojar basura y escombros a fuentes de aguas y bosques.
6. Destapar y extraer, parcial o totalmente, sin autorización alguna, el contenido de las bolsas y recipientes para la basura, una vez colocados para su recolección, en concordancia con el Decreto 1713 de 2002.
7. Disponer inadecuadamente animales muertos, partes de estos y residuos biológicos dentro de los residuos domésticos.
8. Dificultar, de alguna manera, la actividad de barrido y recolección de la basura y escombros.
9. Almacenar materiales y residuos de obras de construcción o de demoliciones en vías y/o áreas públicas.
10. Realizar quema de basura y/o escombros sin las debidas medidas de seguridad, en sitios no autorizados por autoridad competente.
11. Improvisar e instalar sin autorización legal, contenedores u otro tipo de recipientes, con destino a la disposición de basura.
12. Lavar y hacer limpieza de cualquier objeto en vías y áreas públicas, actividades estas que causen acumulación o esparcimiento de basura.
13. Permitir la deposición de heces fecales de mascotas y demás animales en prados y sitios no adecuados para tal efecto, y sin control alguno.

14. Darle mal manejo a sitios donde se clasifica, comercializa, recicla o se transforman residuos sólidos.
15. Fomentar el trasteo de basura y escombros en medios no aptos ni adecuados.
16. Arrojar basuras desde un vehículo automotor o de tracción humana o animal en movimiento o estático a las vías públicas, parques o áreas públicas.
17. Disponer de Desechos Industriales, sin las medidas de seguridad necesarias o en sitios no autorizados por autoridad competente.
18. El no recoger los residuos sólidos en los horarios establecidos por la misma empresa recolectora, salvo información previa debidamente publicitada e informada y debidamente justificada (Ley 1259 de 2008, art. 6).

Respecto a las sanciones, la Ley 1259 de 2008, en su artículo 7, establece seis tipos de carácter general, así como aquellas otras contempladas en la normativa existente, del orden nacional o local, acogidas o promulgadas por las administraciones municipales, y sus respectivos concejos municipales; dichas sanciones son:

1. Citación al infractor para que reciba educación ambiental, durante cuatro (4) horas por parte de funcionarios pertenecientes a la entidad relacionada con el tipo de infracción cometida, sean Secretarías de Gobierno u otras.
2. En caso de reincidencia se obligará al infractor a prestar un día de servicio social, realizando tareas relacionadas con el buen manejo de la disposición final de los residuos sólidos.
3. Multa hasta por dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes por cada infracción, si es cometida por una persona natural. La sanción es gradual y depende de la gravedad de la falta.
4. Multa de hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes por cada infracción, co-

metida por una persona jurídica. Este monto depende de la gravedad de la falta, sin embargo nunca será inferior a cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

5. Si es reincidente, sellamiento de inmuebles. (Parágrafo del artículo 16 de la Ley 142 de 1994).
6. Suspensión o cancelación del registro o licencia, en el caso de establecimientos de comercio, edificaciones o fábricas, desde donde se causan infracciones a la normatividad de aseo y manejo de escombros. Si el desacato persiste en grado extremo, cometiéndose reiteradamente la falta, las sanciones antes enumeradas pueden convertirse en arresto.

Es importante tener presente que la regulación del comparendo ambiental compete, según la Ley 1259 de 2008, a los respectivos Concejos Municipales y Distritales; de igual forma, la norma estipula que el responsable de aplicar la sanción por Comparendo Ambiental en cada municipio es su respectivo alcalde, quien puede comisionar en su Secretario de Gobierno dicha función o en quien haga sus veces. Con relación a las contravenciones ambientales que se lleven a cabo en vías o espacios públicos originadas desde vehículos automotores o de tracción humana o animal, el responsable es el respectivo alcalde, quien podrá encomendar en su Secretario de Tránsito o en la autoridad que haga sus veces la misión de sancionar. De igual manera, la Policía Nacional, los Agentes de Tránsito, los Inspectores de Policía y Corregidores son los facultados para imponer directamente el Comparendo Ambiental a los infractores.

3. Procesos de implementación de la ley 1259 de 2008 frente al manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica

Los resultados que a continuación se presentan son los obtenidos de 102 encuestas realizadas

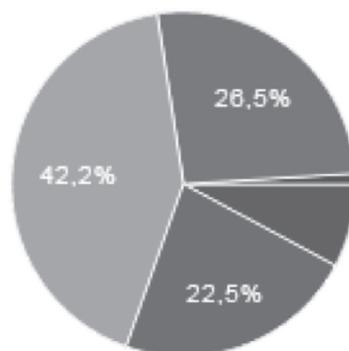
a la población del sector Suramérica del municipio de La Estrella, quienes con sus opiniones ayudaron a analizar las dificultades de la implementación del comparendo ambiental como política para el manejo de residuos sólidos domésticos en dicho sector.

1. ¿Cuál considera usted que es el problema más urgente en relación con el manejo de los residuos sólidos residenciales a nivel municipal?

Al preguntar por cuál es el problema más urgente para la ciudadanía en relación con el manejo de los residuos sólidos residenciales a nivel municipal, el 42.2% de los encuestados señaló que efectivamente es la separación de residuos en la fuente, seguido de un 26.5%, que dijo que es la falta de cultura ciudadana, luego le sigue la falta de vertederos y sitios de disposición adecuados, para el 22.5%, y para el 7.8% es la disposición de los residuos en horas y días no señalados.

Tabla 1. Problema más urgente para la ciudadanía en relación con el manejo de los residuos sólidos residenciales a nivel municipal

a. La disposición de los residuos en horas y días no señalados	8	7.8%
b. La falta de vertederos y sitios de disposición adecuados	23	22.5%
c. La no separación de residuos en la fuente	43	42.2%
d. La falta de cultura ciudadana	27	26.5%
Otro	1	1%



Gráfica 1. Problema más urgente para la ciudadanía en relación con el manejo de los residuos sólidos residenciales a nivel municipal

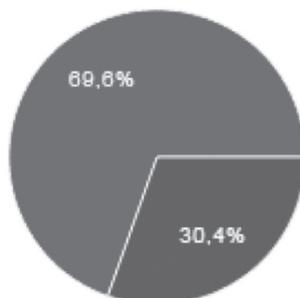
2. ¿Sabe si en el municipio de La Estrella hay una política oficial para reducir la generación de residuos sólidos y mejorar la gestión de los mismos?

Al indagar si se tiene conocimiento si en el municipio de La Estrella hay una política oficial

para reducir la generación de residuos sólidos y mejorar la gestión de los mismos, el 69.6% de los encuestados respondió que no sabe nada al respecto y el 30.4% dijo que sí tenía conocimiento de ello.

Tabla 2. Conocimiento parte de la ciudadanía sobre una política oficial para reducir la generación de residuos sólidos y mejorar la gestión de los mismos que tiene el municipio de La Estrella

a. Sí	31	30.4%
b. No	71	69.6%



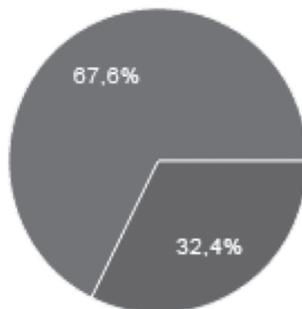
Gráfica 2. Conocimiento parte de la ciudadanía sobre una política oficial para reducir la generación de residuos sólidos y mejorar la gestión de los mismos que tiene el municipio de La Estrella

3. ¿Sabe si existe alguna agencia o entidad responsable de supervisar la implementación de políticas para la mejora del Manejo de Residuos Sólidos a nivel Municipal (MRSM)?

Cuando se pregunta si se tiene conocimiento de la existencia de alguna agencia o entidad responsable de supervisar la implementación de políticas para la mejora del Manejo de Residuos Sólidos a nivel Municipal (MRSM), el 67.6% respondió que no tiene conocimiento al respecto y el 32.4% dijo que sí sabe de ello.

Tabla 3. Conocimiento de la existencia de alguna agencia o entidad responsable de supervisar la implementación de políticas para la mejora del Manejo de Residuos Sólidos a nivel Municipal (MRSM)

a. Sí	33	32.4%
b. No	69	67.6%



Gráfica 3. Conocimiento de la existencia de alguna agencia o entidad responsable de supervisar la implementación de políticas para la mejora del Manejo de Residuos Sólidos a nivel Municipal (MRSM)

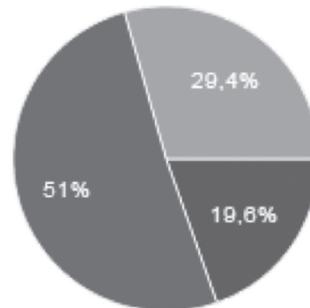
4. ¿En la unidad residencial donde habita ha habido algún tipo de capacitación al órgano administrativo o a los habitantes sobre manejo, separación y disposición de residuos sólidos?

Al averiguar si en la unidad residencial donde habita el encuestado ha habido algún tipo de

capacitación al órgano administrativo o a los habitantes sobre manejo, separación y disposición de residuos sólidos, el 51% señaló que definitivamente no se ha realizado en su unidad ningún tipo de capacitación, el 29.4% dijo no saber nada al respecto y el 19.6% indicó que sí se ha llevado a cabo este tipo de capacitaciones en su unidad residencial.

Tabla 4. Capacitación al órgano administrativo o a los habitantes sobre manejo, separación y disposición de residuos sólidos en la unidad residencia donde se habita

a. Sí	20	19.6%
b. No	52	51%
c. No sabe	30	29.4%



Gráfica 4. Capacitación al órgano administrativo o a los habitantes sobre manejo, separación y disposición de residuos sólidos en la unidad residencia donde se habita

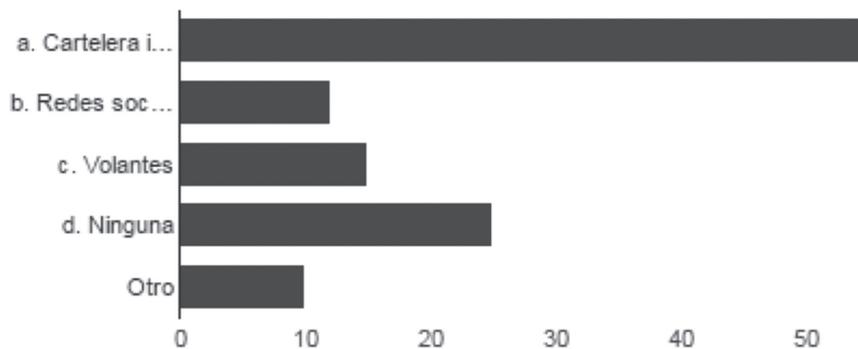
5. ¿Qué tipo y fuentes de información encuentra disponible su unidad residencial para asistirle en la toma de decisiones relativas al manejo de los residuos sólidos?

Al consultar por el tipo y fuentes de información que se encuentran disponibles en la unidad residencial para asistirle al habitante de ésta en la toma de decisiones relativas al manejo de los resi-

duos sólidos, el 53.9% dijo que hay una cartelera informativa, el 24.5% expresó que en su unidad no existe ningún tipo y fuente de información, el 14.7% señaló que se utilizan volantes, el 11.8% indicó que se utilizan redes sociales y el 9.8% dijo que existen otros tipos y fuentes de información (voz a voz, por ejemplo).

Tabla 5. Tipo y fuentes de información disponible en la unidad residencial para asistirle en la toma de decisiones relativas al manejo de los residuos sólidos

a. Cartelera informativa	55	53.9%
b. Redes sociales	12	11.8%
c. Volantes	15	14.7%
d. Ninguna	25	24.5%
Otro	10	9.8%



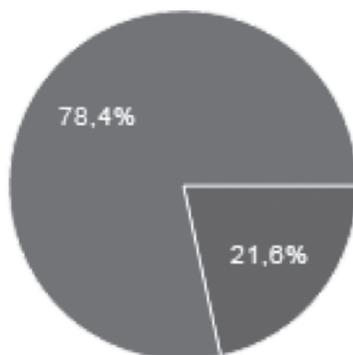
Gráfica 5. Tipo y fuentes de información disponible en la unidad residencial para asistirle en la toma de decisiones relativas al manejo de los residuos sólidos

6. ¿Sabe usted si en el municipio existen o se utilizan medios para educar y concienciar a los habitantes del sector con relación a la política de las “tres erres” (reducir, reutilizar y reciclar) los residuos?

Cuando se pregunta si se sabe si en el municipio existen o se utilizan medios para educar y concienciar a los habitantes del sector con relación a la política de las “tres erres” (reducir, reutilizar y reciclar) los residuos, el 78.4% dijo sí saber y el 21.6% expresó no saber nada al respecto.

Tabla 6 Conocimiento sobre si en el municipio existen o se utilizan medios para educar y concienciar a los habitantes del sector con relación a la política de las “tres erres” (reducir, reutilizar y reciclar) los residuos

a. Sí	22	21.6%
b. No	80	78.4%



Gráfica 6. Conocimiento sobre si en el municipio existen o se utilizan medios para educar y concienciar a los habitantes del sector con relación a la política de las “tres erres” (reducir, reutilizar y reciclar) los residuos

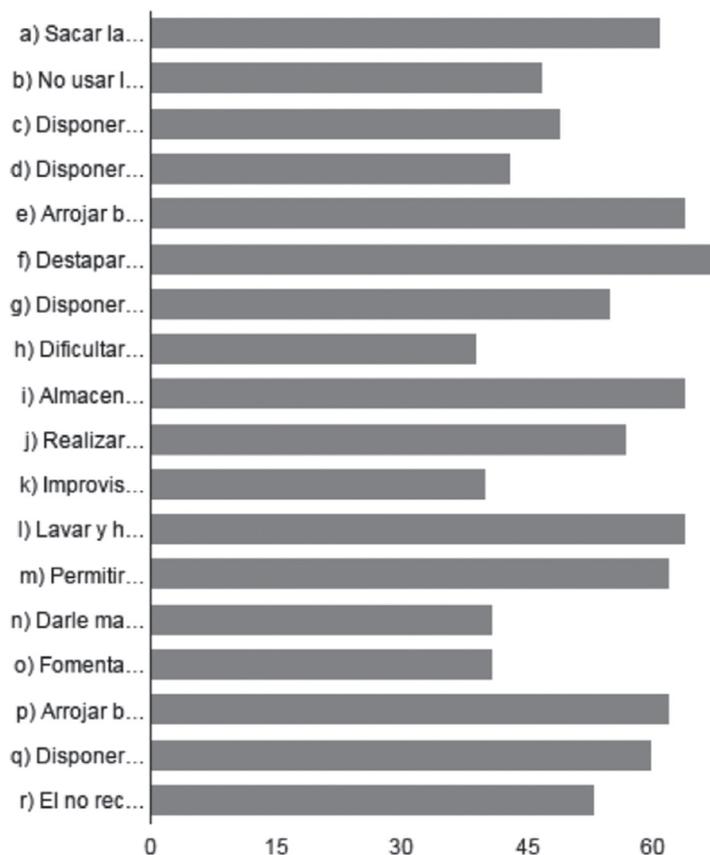
7. Señale las acciones ambientales que se encuentran terminantemente prohibidas en el sector de Suramérica donde habita:

Finalmente, al consultar las acciones ambientales que se encuentran terminantemente prohi-

bidas en el sector de Suramérica donde habita el encuestado, se pudo determinar que está tajantemente prohibido, en primer lugar, destapar y extraer, parcial o totalmente, sin autorización alguna, el contenido de las bolsas y recipientes para

Tabla 7. Acciones ambientales que se encuentran terminantemente prohibidas en el sector de Suramérica

a) Sacar la basura en horarios no autorizados	61	59.8%
b) No usar los recipientes o demás elementos dispuestos para depositar la basura	47	46.1%
c) Disponer residuos sólidos y escombros en sitios de uso público	49	48%
d) Disponer basura, residuos y escombros en bienes inmuebles de carácter público o privado, como colegios, centros de atención de salud, expendios de alimentos, droguerías, entre otros	43	42.2%
e) Arrojar basura y escombros a fuentes de aguas y bosques	64	62.7%
f) Destapar y extraer, parcial o totalmente, sin autorización alguna, el contenido de las bolsas y recipientes para la basura	68	66.7%
g) Disponer inadecuadamente animales muertos, partes de estos y residuos biológicos dentro de los residuos domésticos	55	53.9%
h) Dificultar, de alguna manera, la actividad de barrido y recolección de la basura y escombros	39	38.2%
i) Almacenar materiales y residuos de obras de construcción o de demoliciones en vías y/o áreas públicas	64	62.7%
j) Realizar quema de basura y/o escombros sin las debidas medidas de seguridad, en sitios no autorizados por autoridad competente	57	55.9%
k) Improvisar e instalar sin autorización legal, contenedores u otro tipo de recipientes, con destino a la disposición de basura	40	39.2%
l) Lavar y hacer limpieza de cualquier objeto en vías y áreas públicas, actividades estas que causen acumulación o esparcimiento de basura	64	62.7%
m) Permitir la deposición de heces fecales de mascotas y demás animales en prados y sitios no adecuados para tal efecto, y sin control alguno	62	60.8%
n) Darle mal manejo a sitios donde se clasifica, comercializa, recicla o se transforman residuos sólidos	41	40.2%
o) Fomentar el trasteo de basura y escombros en medios no aptos ni adecuados	41	40.2%
p) Arrojar basuras desde un vehículo automotor o de tracción humana o animal en movimiento o estático a las vías públicas, parques o áreas públicas	62	60.8%
q) Disponer de Desechos Industriales, sin las medidas de seguridad necesarias o en sitios no autorizados por autoridad competente	60	58.8%
r) El no recoger los residuos sólidos en los horarios establecidos por la misma empresa recolectora, salvo información previa debidamente publicitada e informada y debidamente justificada	53	52%



Gráfica 7. Acciones ambientales que se encuentran terminantemente prohibidas en el sector de Suramérica

la basura (66.7%); luego le sigue arrojar basura y escombros a fuentes de aguas y bosques (62.7%).

En segundo lugar, está almacenar materiales y residuos de obras de construcción o de demoliciones en vías y/o áreas públicas (62.7%) y lavar y hacer limpieza de cualquier objeto en vías y áreas públicas, actividades estas que causen acumulación o esparcimiento de basura (62.7%).

En tercer lugar, está permitir la deposición de heces fecales de mascotas y demás animales en prados y sitios no adecuados para tal efecto, y sin control alguno (60.8%) y arrojar basuras desde un vehículo automotor o de tracción humana o animal en movimiento o estático a las vías públicas, parques o áreas públicas (60.8%).

En cuarto lugar, está sacar la basura en horarios no autorizados (59.8%); en quinto lugar está el disponer de Desechos Industriales, sin las medidas de seguridad necesarias o en sitios no

autorizados por autoridad competente (58.8%); en sexto lugar, se encuentra el realizar quema de basura y/o escombros sin las debidas medidas de seguridad, en sitios no autorizados por autoridad competente (55.9%).

En séptimo lugar, está el disponer inadecuadamente animales muertos, partes de estos y residuos biológicos dentro de los residuos domésticos (53.9%); en octavo lugar, se encuentra no recoger los residuos sólidos en los horarios establecidos por la misma empresa recolectora, salvo información previa debidamente publicitada e informada y debidamente justificada (52%); en noveno lugar, está el disponer residuos sólidos y escombros en sitios de uso público (48%); en décimo lugar, está el no usar los recipientes o demás elementos dispuestos para depositar la basura (46.1%).

En onceavo lugar, está disponer basura, residuos y escombros en bienes inmuebles de carác-

ter público o privado, como colegios, centros de atención de salud, expendios de alimentos, droguerías, entre otros (42.2%); en doceavo lugar, está darle mal manejo a sitios donde se clasifica, comercializa, recicla o se transforman residuos sólidos (40.2%) y fomentar el trasteo de basura y escombros en medios no aptos ni adecuados (40.2%).

En treceavo lugar, está improvisar e instalar sin autorización legal, contenedores u otro tipo de recipientes, con destino a la disposición de basura (39.2%); y, en último lugar, se encuentra dificultar, de alguna manera, la actividad de barrido y recolección de la basura y escombros (38.2%).

Como puede verse, los procesos de implementación de la Ley 1259 de 2008 frente al manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica, apuntan, en primer lugar, a promover la vinculación de la ciudadanía a los esfuerzos realizados por la administración municipal por implementar dicha normativa con relación al buen manejo de los residuos sólidos residenciales y la implementación de la cultura ambiental; en segundo lugar, buscan sensibilizar a los habitantes del sector en cuanto a la importancia fundamental de reciclar los residuos sólidos residenciales aprovechables en su fuente; y, en tercer lugar, buscan convertir a cada habitante del municipio, específicamente los del sector de Suramérica, en un agente multiplicador de acciones amigables con el medioambiente local en sus entornos familiar y comunitario.

Para promover la vinculación de la ciudadanía siderense a los esfuerzos realizados por la administración municipal por implementar dicha normativa con relación al buen manejo de los residuos sólidos residenciales y la implementación de la cultura ambiental, se procura que ésta conozca y se apropie de la legislación en cultura ambiental; de igual forma, que apoyen los esfuerzos de la administración municipal en materia ambiental, que se involucren en el cuidado y conservación de su medioambiente y que cambien el manejo que le dan a sus residuos sólidos residenciales.

Con relación a la sensibilización de los habitantes del sector de Suramérica en cuanto a la importancia fundamental de reciclar los residuos sólidos residenciales aprovechables en su fuente, se proponen una serie de interrogantes por parte de la administración municipal como: ¿cuáles serían los conceptos en materia ambiental susceptibles de ser utilizados como medios para sensibilizar a los habitantes del municipio de La Estrella, en especial los del sector de Suramérica? ¿Cuáles son los residuos sólidos residenciales reciclables en su fuente? ¿Cuál sería el destino de esos materiales reciclables? ¿Cuáles son las consecuencias para los entornos inmediato y mediato de no reciclar en la fuente? y ¿cuál es la relación de la contaminación ambiental con la presencia de vectores epidemiológicos?

Lo anterior tiene que ver con el propósito de convertir a cada habitante del municipio de La Estrella, específicamente los del sector de Suramérica, en un agente multiplicador de acciones amigables con el medioambiente local en sus entornos familiar y comunitario, la Administración Municipal también ha elaborado otra serie de interrogantes como: ¿Cuáles son las acciones amigables con el medioambiente? ¿Cuáles habitantes del municipio y del sector de Suramérica se podrían considerar como agentes multiplicadores? ¿Cuáles serían las acciones propias de la familia y la comunidad en materia de conservación y protección del medioambiente? ¿Quiénes serían los responsables de la capacitación y dónde se llevaría a cabo? Y ¿Qué materiales y medios didáctico-pedagógicos deberían ser utilizados para las capacitaciones?

Conclusiones

Básicamente, con esta investigación se pudo constatar la hipótesis que en un principio se había planteado y es que una de las principales dificultades de la implementación del comparendo ambiental como política para el manejo de residuos sólidos domésticos en el municipio de La Estrella, sector Suramérica radica en la falta de una cultura ambiental entre la población; ésta es

una situación que va acompañada no sólo por el desconocimiento de la norma, sino también por el carácter coactivo de la misma, la cual se enfoca más en la sanción que en la prevención y la formación de ciudadanos conscientes y consecuentes con la necesidad de desarrollar una cultura medioambiental permanente y ejemplificante.

Como pudo vislumbrarse, los propósitos que tiene la Administración Municipal de La Estrella al implementar las leyes ambientales, y especialmente la 1259 de 2008, conducen a identificar unos lineamientos didáctico-pedagógicos y operacionales destinados a propiciar acciones concretas, con el fin de involucrar a toda la ciudadanía siderense, y en especial la de sectores como Suramérica, en el esfuerzo común por cuidar y conservar el entorno local, afectado significativamente por los bajos niveles de conocimiento de la legislación vigente y de cultura ciudadana, lo cual es equivalente a un deficiente desarrollo de su responsabilidad social ciudadana con la realidad del mundo actual, profundamente afectado por las acciones antrópicas que a lo largo de la historia se han caracterizado por considerar de poca importancia o tratarlo como tema secundario el equilibrio de la naturaleza, sin el cual es imposible la existencia de los seres vivos en el planeta.

Una cosa es cierta y es que aún en la cultura ciudadana, y no sólo del sector de Suramérica del municipio de La Estrella, es difícil de transformar, sobre todo en lo que tiene que ver con el manejo de residuos sólidos, aún a pesar de que existe desde el año 2008 la herramienta del comparendo ambiental; todavía hay quienes sacan las basuras en horarios no autorizados o no tienen en cuenta los horarios de la recolección de basuras, no usan los recipientes dispuestos para depositar los desechos, disponen residuos sólidos y escombros en sitios públicos, arrojan basuras a fuentes de agua y bosques, queman las basuras, disponen de forma inadecuada animales muertos dentro de los residuos domésticos, arrojan basuras desde los vehículos, no recogen los excrementos de sus mascotas, etc.; todo esto hace creer que a la ciudadanía en general no le preocupa el tema del

comparendo ambiental, ya sea porque no se imponen realmente o porque la sanción es fácil de sortear, pues para las personas naturales la sanción es, en muchas ocasiones, solamente asistir a cursos de aseo por unas cuantas horas, exceptuándose la multa económica.

Finalmente, vale la pena señalar que muchos expertos en temas ambientales creen que el comparendo ambiental ha sido un “esfuerzo decepcionante”, que es un instrumento que “se ha quedado corto” (Gutiérrez, 2014): basuras de todo tipo, pedazos de madera, restos de comida, llantas de automóviles que ya no sirven, etc., es el panorama de muchas esquinas y lugares de muchos municipios del país y de muchos sectores y lo peor es que muchas veces no se conoce quiénes son los responsables de esta infracción al medio ambiente.

Referencias

Arcos I., M. R. (2013). *Efectos de la implementación del comparendo ambiental - Ley 1259 de 2008 - en la cultura ciudadana de los habitantes del casco urbano del municipio de Popayán, Cauca en el período 2011-2012*. Popayán: Universidad Tecnológica de Pereira.

Bermúdez T., C. P. (2010). *Reporte de pasantía comparendo ambiental secretaría de salud y ambiente de Bucaramanga subsecretaría del medio ambiente*. Bucaramanga: Fundación Tecnológica FITEC.

Cafferatta, N. A. (2004). *Introducción al derecho ambiental*. Buenos Aires: Instituto Nacional de Ecología.

Cardona R., G. (2010). ¿Qué pasó con el comparendo ambiental? Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/blogs/el-eco-de-la-naturaleza/%C2%BFque-paso-con-el-comparendo-ambiental>

Congreso de la República. (2008). *Informe de ponencia segundo debate Proyecto de Ley 224 de 2007 Senado, 037 de 2007 Cámara*. Por medio de la cual se insta en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros, y se dictan otras disposiciones.

Corte Suprema de Justicia. (2000). *Sentencia del 20 de septiembre. Proc. N° 15659*. Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar.

Gordillo C., E. (2012). Conflicto entre reciclaje, pobreza y medio ambiente en Colombia. *Notas de Derecho*, 5(5), 218-227.

Gutiérrez, K. A. (2014). *Comparendo ambiental, ¿esfuerzo decepcionante?* Recuperado de <http://www.lapatria.com/manizales/comparendo-ambiental-esfuerzo-decepcionante-153336>

Macías G., L. F. (1998). *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis.

Name C., J. (2008). *Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 224 de 2007 Senado, 037 de 2007 Cámara*. Recuperado de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=224&p_consec=18391

Trujillo T., G. (2015). *Diagnóstico de la aplicabilidad de los comparendos ambientales, Ley 1259 de 2008, en el municipio de Salado blanco Huila entre los años 2009 a 2014*. Pitalito: Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD.

Velásquez, F. (1994). *Manual de Derecho penal*. Bogotá: Temis.

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@unisabenta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G.
- El orden de los artículos debe ser el siguiente:
 - a. Título y Subtítulo (si lo hubiere) del artículo. Se señalará con un asterisco en el título, la naturaleza del artículo y el título de la investigación con un pie de página. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación terminada. La entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización. Cuando se trate de investigaciones en curso el año en que esta 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, 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 mayo de 2016

