

Ejercicios estudiantiles
sobre **proyecto**
integrador



Unisabaneta
Innovación y Emprendimiento para la paz



Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador

Es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta
ISSN 2344-8695
Vol. 2 No. 2 Julio – Diciembre de 2014

Presidente de la Honorable Asamblea de Corporados

Hernán Moreno Pérez

Rector

Juan Carlos Trujillo Barrera

Vicerrector Académico

Carlos Mario Ramírez Betancur

Decana de la Facultad de Derecho

Luz Elena Mira Olano

Dirección y contactos

Calle 75 sur 34-120
Sabaneta – Antioquia
Teléfono: 301 18 18 ext. 118
direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co

Solicitud de canje y/o donación

Biblioteca
Teléfono 301 18 18 ext. 152
e-mail: biblioteca@unisabaneta.edu.co

Fecha de publicación: diciembre de 2014

Tiraje: 1000 ejemplares (distribución gratuita)

Tarifa Postal Reducida Servicios Postales Nacionales S.A. No. 2014-659-4-72, vence 31 de dic. 2014.

Comité Editorial

José Saúl Trujillo González – Editor – Corporación Universitaria de Sabaneta. jose.trujillo@unisabaneta.edu.co
magíster en Derecho Público, doctorando en Derecho Público, Sabaneta-Colombia

Catalina Pérez Mesa, magíster en Educación y Desarrollo Humano de la Universidad de Manizales. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Paola Andrea Cataño Gómez, magíster en Desarrollo Social de la Universidad del Norte-Colombia. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia

Luz Elena Mira Olano, magíster en Derechos Humanos y Democracia y Derecho Internacional de la Universitat Oberta de Catalunya-España. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Juan Rodrigo Vega, magíster en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Evaluadores

Jorge Mario Franco Vélez, magíster en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario-Argentina. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Juan Mauricio Álvarez, especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario-Colombia. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Cesar Augusto Giraldo Ceballos, magíster de la Universidad de Antioquia-Colombia. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Ana María Mazo Gutiérrez, especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Antioquia-Colombia. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Lina Marcela Acevedo Correa, magíster de Derecho de la Universidad de Medellín-Colombia. Corporación Universitaria de Sabaneta. Sabaneta-Colombia.

Los artículos son responsabilidad moral de los autores y, por tanto no comprometen ni legal, ni moralmente, a la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

Diseño, diagramación e impresión

Editorial Artes y Letras S.A.S.
Teléfono: 372 77 16
Ciudad: Itagüí



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

Presentación

La publicación *Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador*, es una publicación semestralizada de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta, en la cual se publican los trabajos de investigación formativa que realizan los estudiantes en proyecto integrador.

Proyecto Integrador es una materia común a los primeros siete semestre de la carrera de Derecho, que integra las materias nucleares a su alrededor. Se trata de un escenario dialéctico, dispuesto para fortalecer las capacidades interpretativas, argumentativas y críticas de los estudiantes mediante el planteamiento de problemas extraídos de la realidad local, nacional o internacional, a los cuales se les intenta dar solución articulando las distintas alternativas conceptuales que adquieren en los microcurrículos. De esta manera, se propicia una reflexión teórico – metodológica que pone a prueba los fundamentos lógicos y epistemológicos de la actividad investigativa y afianza los conocimientos jurídicos adquiridos durante el semestre.

En este nuevo número de *Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador*, se publican artículos de los estudiantes en coautoría de los profesores directores de los núcleos de formación respectivo. Se busca con ello, generar tanto en los estudiantes como en los profesores, los estímulos que sirvan para cimentar una política de relevo generacional, afianzar las bases investigativas de los estudiantes y crear cultura de jóvenes investigadores al interior de la institución.

Presentamos a la comunidad académica los mejores trabajos de Proyecto Integrador y esperamos que este documento motive a todos nuestros estudiantes a mejorar día a día en la presentación de sus trabajos, para que su esfuerzo se vea reflejado en estas publicaciones.

Nota:

Las ideas y propuestas plasmadas en los ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador, son ideas y opiniones propias de los estudiantes que en ellas participaron y en ningún momento reflejan la opinión de la Corporación Universitaria. Unisabana no se hace responsable por las ideas y/o comentarios y éstos obedecen al libre ejercicio de la personalidad de los autores y la libertad de cátedra de los docentes. Los documentos fueron modificados en forma y no en fondo, para su mejor comprensión.

Contenido

9	El biopoder y el control sobre la vida Sergio Andrés Giraldo Galeano, David Bedoya, Diego Ciro, Alejandra Cano, Andrés Palomino, Huber Yepes, Felipe Uribe
33	Cirugía bariátrica: protección a la salud o patrocinio de lo estético Juan Carlos Marín Castillo, César Augusto Restrepo Cardona, Claudia Rosa García Escobar, Jersen Eduardo Rodríguez Jiménez, Iván Darío Gómez Zapata, Natalia Cano
49	Gobierno Corporativo en la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) Unipersonal en Colombia Yessica Barrios Ramírez, Juan Mauricio Álvarez Amariles, Ligia Amparo Torres Acevedo, María Enelia Cartagena Durango, Diana Patricia Lastre Álvarez, Giovanni Alberto Osorio Castañeda, Luis Albeiro Serna Ruíz
79	Pensión de sobrevivencia y sustitución pensional en parejas del mismo sexo Los criterios que ha adoptado la Corte Constitucional para reconocer derechos pensionales, a parejas del mismo sexo Denis Mireilli Contrera, John Rueda, Estefania Botero
101	Proteccionismo o garantismo de la Corte Constitucional frente a la maternidad y paternidad Denis Contreras Posada, John Fredy Salazar Gómez, Wilmar de Jesús Parra Usuga, Wilfredo de Jesús Bustamante Velásquez
127	¿La Ley es la solución del Narcotráfico? Javier Humberto Vega, Diego León Cano Restrepo, Ledy Marcela Hernández, Martha Cecilia Correa, Norberto William Ramírez Calle, Ery Vanessa Ríos
145	Guía para los autores



Foto: Todos Nuestros Muertos

Descripción: La movilización estudiantil de 2011 corresponde a una serie de manifestaciones realizadas a nivel nacional por estudiantes universitarios y de secundaria de Chile durante el año 2011. Han sido consideradas como las movilizaciones más importantes de los últimos años y una de las mayores desde el retorno a la democracia.

Fuente: https://farm7.staticflickr.com/6009/5939118814_abe83b3c70_z.jpg

Licencia: Creative Commons 2.0

El biopoder y el control sobre la vida*

Sergio Andrés Giraldo Galeano**

David Bedoya***

Diego Ciro***

Alejandra Cano***

Andrés Palomino***

Huber Yepes***

Felipe Uribe***

* Proyecto integrador de I semestre del núcleo básico de fundamentación jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Abogado, Universidad de Antioquía - Integrante del grupo POLEMOS COL0111291, correo electrónico: sergio.giraldo@unisabaneta.edu.co

*** Estudiantes de I semestre de la facultad de Derecho, núcleo básico de fundamentación jurídica, Corporación Universitaria de Sabaneta.

Contenido

11	Resumen
11	I. Introducción
12	II. El biopoder y el control sobre la vida
12	1. ¿Qué se entiende por libertad, discurso moral y sociedad normalizadora?
15	2. Prácticas jurídicas que le han permitido al Estado, ostentar el poder de disponer de la vida de sus ciudadanos
17	3. La gobernabilidad de la vida como manifestación del biopoder desde Michel Foucault y Giorgio Agamben
18	III. La lucha legal por la eutanasia, como forma de resistir los poderes que inciden sobre la decisión libre y autónoma de disponer de la propia vida
18	1. La oposición del estado y criminalización de las conductas emancipadoras respecto al ejercicio de la soberanía por medio de la violencia
19	2. Incidencia del pensamiento conservador de la iglesia, sobre el derecho, la política y la sociedad normalizadora
21	3. Reconocimiento alcanzado por la lucha para el derecho a una muerte digna en Colombia, según la sentencia C- 239-97
22	4. Reconocimiento de la autonomía y la libre determinación como contrapoder del estado
22	IV. ¿El Estado colombiano vulnera los Derechos humanos al impedir la reglamentación de la eutanasia activa, desconociendo de esta manera la libertad de las personas que tienen un grave padecimiento como consecuencia de una enfermedad terminal?
22	1. La manipulación de los individuos por medio del biopoder como materia prima para la conservación del Estado
26	2. Predominio del poder estatal sobre la estructura jurídica, como medio para deslegitimar la aplicación de la eutanasia activa
28	V. Conclusión
29	Bibliografía

Resumen

En este artículo se analizan los planteamientos de MICHEL FOUCAULT Y GIORGIO AGAMBEN sobre la relación existente entre biopolítica, biopoder y derecho, como estrategias de la sociedad normalizadora, y cómo tales estrategias son expresiones de violencia que han impedido la reglamentación de la eutanasia activa en Colombia. Se explora la incidencia de los prejuicios morales enquistados en la sociedad ante la falta de compromiso estatal para reglamentar un fenómeno que fue reconocido por la Corte Constitucional colombiana mediante la sentencia C-239 de 1997. Nos apoyamos en categorías como *poder de vida y muerte* (Foucault, 2005) y *nuda vida* (Agamben, 1995) para propiciar el análisis filosófico del problema que implica la cosificación del ser humano, la intromisión del poder estatal en las decisiones que sólo atañen al individuo y el dilema bioético que suscita la reglamentación de la eutanasia activa.

Palabras clave: Biopolítica, Biopoder, Bioderecho, Eutanasia, Nuda Vida, Control, Soberanía, Individuo, Violencia Legal.

I. Introducción

El Derecho es un instrumento que subordina la vida de los individuos al poder absoluto del soberano a través de diferentes instrumentos, entre los que se destaca la violencia institucionalizada. Los mecanismos jurídicos irrumpen en el orden social bajo la promesa de igualdad e inclusión, pero, como en el caso de la eutanasia, lo jurídico aparece como extrapolación de un régimen de la verdad que se ampara tras la existencia de una supuesta moral social que, en el caso colombiano, se asimila a la moral cristiana (Sentencia C-224, 1994). Precisamente, en este escrito intentaremos analizar la incidencia que el discurso moral ha tenido en la falta de compromiso del Legislativo para reglamentar la eutanasia activa por enfermedad terminal en Colombia y, apoyados en la visión filosófica de FOUCAULT Y AGAMBEN, estudiaremos de qué manera el Derecho actúa como perpetuador de la cadena de desigualdad que sirve al capitalismo en su propósito de mantenernos vivos y privar al individuo de decidir sobre su propio destino, aun cuando ello implique ejercer su derecho a *bien morir*.

Para ello se exploran la manera en que el poder del soberano se ha ido apropiando de la vida biológica de la población, teniendo en cuenta, según FOUCAULT, que *“el control de la sociedad sobre los individuos no se realiza sólo por la conciencia o la ideología, sino también en el cuerpo y con el cuerpo”* (Foucault, 2002). Para este filósofo, la sociedad capitalista establece medidas biopolíticas que actúan sobre el cuerpo, intentando controlar los gustos, los deseos y las preferencias de los individuos. La biopolítica adquiere tal estatus en el marco del capitalismo que tiene el poder de *“hacer vivir o dejar morir”* (Foucault, 1996), lo que es, definitivamente, la mayor demostración de control sobre los seres humanos y que otrora sólo estuvo reconocida a la divinidad (Foucault, 2008). Lógicamente, habrá de entenderse la institución estatal como

la forma en que se organiza administrativamente el capitalismo para conservar su hegemonía como modelo económico.

Por otra parte, el discurso moral de la sociedad normalizadora contribuye con el control de la vida y se expresa como una forma del ejercicio del poder. En este sentido, entendemos el reconocimiento jurisprudencial que ha ganado la eutanasia como una forma de resistir los poderes que actúan sobre la decisión libre y autónoma de disponer de la propia vida. Para AGAMBEN Y FOUCAULT, el derecho provee las herramientas necesarias para que se administre y controle la vida por medio de la violencia y ha caído en un estado de deterioro tal que desplaza, controla las poblaciones, extingue la humanidad que hay en cada hombre y promueve la obligatoriedad de la vida.

A partir de los puntos de vista de estos dos pensadores, se posibilita la reflexión sobre la manera en que el Estado colombiano vulnera la dignidad de los individuos y suspende su autonomía para tomar decisiones sobre la propia vida, al impedir la reglamentación de la eutanasia activa, desconociendo así la autodeterminación de las personas que tienen un grave padecimiento.

El escrito se estructura en tres capítulos. En el primero de ellos se hace un análisis de los puntos de vista filosóficos de los autores; en el segundo se toman apartes de la sentencia C- 239/97 para ahondar sobre el marco jurídico existente en Colombia y, en la tercera parte, se indican aspectos relacionados con el poder soberano del Estado y la forma en que se ha tratado la eutanasia activa desde un punto filosófico.

II. El biopoder y el control sobre la vida

Colombia es un país en donde las costumbres e ideologías moralistas han influido, sobre la normalización a la que se debe

acoger el pueblo y de esta forma ser controlado por nuestros gobernantes, quienes se tomaron las vidas individuales como propias y, por ende, la voluntad y el poder de hacerlas *“vivir más allá de la propia muerte”* (Foucault, 1996).

1. ¿Qué se entiende por libertad, discurso moral y sociedad normalizadora?

En nuestras libertades actuales se encuentran plasmadas situaciones de poder que las limitan; la palabra en sí nos muestra un contexto ideal del que tanto se apoyan los grandes discursos políticos hambrientos de gobierno absoluto, en donde se busca alimentar el deseo del pueblo como elemento esencial para el abasto y disfrute insaciable de quienes se autoproclaman sus protectores. Pero en el fondo la palabra *libertad* se encuentra sesgada, oscurecida y en total contravía del interés común que languidece en una sociedad consumista, donde es indispensable que para la manutención del poder se deba someter al vulnerable, para que sus posibilidades sean mínimas y las oportunidades pocas, so pena de poner en riesgo el formidable deseo de extensión del biopoder y la inadmisibles extinción de toda soberanía humana. *“No se puede llamar libre a una sociedad, cualquiera que sea la forma de su gobierno, si estas libertades no son respetadas por él a todo evento; y ninguna será completamente libre, si estas libertades no existen en ella de una manera absoluta y sin reserva”* (John Stuart Mill, 1971).

Lo anterior está ligado al discurso moral emitido, tanto por quienes hoy detentan el poder como por aquellos que a toda costa quieren conquistarlo. Muy a menudo se utilizan allí posiciones moralistas ligadas a las costumbres del pueblo a gobernar, pero también a las promulgadas por la Iglesia como institución que incide fuertemente en las ideologías del pueblo. Lo anterior como estrategia elemental a la hora de la

consecución de apoyo de grandes masas que consoliden el poder. Los discursos moralistas buscan asegurar por medio del biopoder, no solo un exceso del derecho soberano, sino también el exceso soberano sobre el biopoder.

“Este aparece cuando técnica y políticamente se le suministra al hombre la posibilidad no sólo de organizar la vida, sino sobre todo de hacer proliferar la vida, de fabricar materia viviente y seres monstruosos, de producir, en los extremos, virus incontrolables y universalmente destructores. Y en esta formidable extensión del Biopoder está la posibilidad de sobrepasar toda soberanía humana”. (Foucault, 1996).

No se entiende la doble moral impartida por quienes crean normas, cuando en ocasiones defienden la vida apoyados en supuestos intereses por conservarla y protegerla como bien jurídico de la sociedad normalizada. A veces también, dicho bien jurídico es reclamado por el Estado, como en los llamados *falsos positivos*, derivados de la exigencia a los militares colombianos de resultados en la lucha anti-guerrillera. De estos resultados dependieron entonces los incentivos para quienes atendiendo las órdenes asesinas de quienes promulgan la protección de la vida, maten y así se les concede el goce de permisos y calificaciones que premian la muerte. En nuestro país aún resuenan los lamentos de las madres, esposas y familiares de miles de jóvenes que fueron instrumentalizados –cosificados– por manos asesinas.

“¿Cómo se ejercen el derecho de matar y la función homicida, si es verdad que el poder soberano retrocede cada vez más y el Biopoder disciplinario o regulador, avanza siempre más? Si es verdad que es el de potenciar la vida (prolongar su duración, multiplicar su probabilidad, evitar los accidentes, compensar los déficit), ¿cómo es posible que un poder político mate, reivindique la muerte, exija la muerte, haga matar, dé orden de matar, exponga

a la muerte no sólo a sus enemigos sino a sus ciudadanos? Un poder que consiste en hacer vivir, ¿cómo puede dejar morir? En un sistema político centrado sobre el Biopoder, ¿cómo es posible ejercer el poder de la muerte, cómo ejercer la función de la muerte?” (Foucault, 1996).

Se observa que se tienen suficientes argumentos para asegurar que nos encontramos bajo un biopoder que se tomó a su cargo la vida de sus gobernados, *“estatalizó la vida”* (Foucault, 1996), se considera protector de vida incluso de aquellos que asumen la muerte como una decisión propia por padecer la tortura ofrecida por ella misma, obligándoles así a vivir y morir en su existencia. En síntesis, *“el poder se hizo cargo de la vida”* (Foucault, 2003).

Precisamente FOUCAULT (2003) afirma que *“la norma es lo que puede aplicarse tanto al cuerpo que se quiere disciplinar como a la población que se quiere regularizar”*. En efecto, la sociedad que es sometida a la normalización, es influenciada por la norma que pretende y consigue disciplinar el cuerpo más allá del interés de algunas personas, que a consecuencia de situaciones particulares que le atañen, acaban con sus proyectos de vida por la imposibilidad de disfrute y desvanecimiento de su función social. Es por esta situación, que las personas toman como parte autónoma de su existencia, acabar con el sufrimiento que solo ellas experimentan y que son ellas las que padecen la deshumanización; incluso yendo más allá, nos encontramos que en la mayoría de casos no es solo el sufrimiento de quienes viven el desvanecimiento de su función social, sino también el sufrimiento colateral de quienes hacen parte de su padecimiento. Es así como el Estado y sus instituciones, imponen el poder sobre la obligatoriedad de vivir más allá de la propia muerte, castigando así al vulnerable y alimentando el ego de su autoridad, extendiendo la disciplina a sus gobernados y tomando a su cargo el cuerpo, la vida y las voluntades generales.

1.1 La biopolítica o el despojo de los derechos

El siguiente análisis de AGAMBEN sobre el concepto de totalitarismo construido Hannah Arendt, a partir de lo acaecido en los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, resulta esclarecedor:

“Hannah Arendt establece con claridad el nexo entre dominio totalitario y esa particular condición de la vida que es el campo de concentración (“el totalitarismo – escribe en un Proyecto de investigación sobre los campos de concentración que, por desgracia, no tuvo continuidad – tiene como objetivo único la dominación total del hombre. Los campos de concentración son laboratorios para la experimentación del dominio total, porque, siendo la naturaleza humana lo que es, este objetivo sólo puede alcanzarse en las condiciones extremas de un infierno construido por el hombre” . (Agamben, 1998).

Según lo anterior, cada vez el hombre es gobernado por medio de la Biopolítica que llega a invadir su vida mediante argumentos mezquinos y políticas oscuras que solo favorecen su voraz tiranía sobre el vulnerable, hurtándole incluso su propio individualismo y sometiéndolo a su poder y voluntad. Lo anterior por encima del despiadado sufrimiento que reduce la vida a una situación propia a la que se obliga a estar preso en un cuerpo que no se desea tener. El medio por el cual el Estado hace uso de su mandato e impone su postura frente a la eutanasia, es la creación o negación de leyes que van en contra de su aprobación, lo que paradójicamente conlleva a la creación de *un derecho que despoja de todo derecho.*

1.2 El Biopoder, el ciudadano, la doble moral y la gobernabilidad de la vida

“El único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus

semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente”. (John Struat Mil, 1971).

En las situaciones en que un hombre considere que sus actuaciones se convierten en un bien para él y lo haga más dichoso o menos indigno, la sociedad no debe tomarse el trabajo de discutir con él, no para convencerlo ni mucho menos para obligarle a desistir si dichas actuaciones no perturban o causen daño alguno a otra persona o sociedad. Para que una conducta de una persona y su coacción fuese justificable, sería propio que dicha conducta en su objeto perjudique a otro; pero si por el contrario solo le incumbe a él, el solo hecho de ser libres sería una causa absoluta de nuestra voluntad de decidir sobre nuestro cuerpo y espíritu, más aún si tenemos en cuenta que la sociedad y los poderes en sus discursos nos han promulgado independencia sobre ella. *“La especie humana ganará más en dejar a cada uno que viva como le guste más, que en obligarle a vivir como guste al resto de sus semejantes”.* (John Struat Mil, 1971).

La doble moral ha marcado la historia y desarrollo de nuestras comunidades. Los líderes religiosos, políticos y capitalistas y sus ambiciones de jerarquización han impregnado de tinte moralista las diferentes normatividades que hasta hoy nos regulan y controlan, llegando al punto de intervenir en los asuntos individuales como mecanismo de represión y consecución continua del Biopoder. En las comunidades modernas ha existido un interés desenfrenado por acrecentar el poder de la misma sociedad sobre el individuo; incluso en Colombia, como ha sido afirmado por algunas personas que sufren o han sufrido enfermedades terminales, a las cuales se les ha exigido vivir más allá de su propia voluntad y de su propia muerte, al negárseles la posibilidad de culminar con sus

vidas por el padecimiento de enfermedades con consecuencias negativas y médicamente irreparables, las que han acabado con miles de proyectos de vida y que cada vez convierten a estos seres humanos en esclavos del padecimiento y mártires del dolor.

No es este mecanismo de ejercer poder, extraño en nuestro territorio, y es así como se puede afirmar que en Colombia existe la gobernabilidad de la vida, y que aunque en muchos escenarios se defiende y se asegura que ésta corresponde a cada ciudadano, se puede observar que en el momento de las decisiones, es nuestra sociedad liderada por sus gobernantes, la que en realidad tiene la última palabra sobre la disposición de esas vidas, más allá de que éstas disposiciones normativas terminen por pisotear la dignidad e individualismo de las personas a las que supuestamente se les debe garantizar su libertad. Lo anterior, como medida para conservar el poder que nunca declina, sino que al contrario busca crecer en su lucha por evitar todo aquello que signifique una amenaza a su absolutismo, terminando por imponer sus gustos y opiniones como regla a incluir en la conducta humana.

2. Prácticas jurídicas que le han permitido al Estado, ostentar el poder de disponer de la vida de sus ciudadanos

Más que prácticas jurídicas, vemos como el Estado colombiano se ha valido de mecanismos alternos para evadir y controlar todo aquello que se manifieste en pro de la libertad de cada individuo, por disponer de la propia vida y busque por medio de la creación de leyes, poner fin a la disposición autónoma del Estado de incidir en nuestras voluntades de vida. Es por ello que se cita a continuación, noticias que se han tomado de reconocidos medios de comunicación que indican la forma en que se ha tratado de abordar el

tema, defender la soberanía de sus propios cuerpos y las libertades individuales que no perturben las de los demás, pero que tengan como objeto la propia dignidad y la culminación del dolor propio, e incluso de aquel asumido por quienes deben soportar el padecimiento de una muerte en vida sufrida por aquellos que los sienten como suyos.

“En el Senado de la República se hundió en segundo debate el proyecto que buscaba reglamentar la eutanasia en Colombia. El hundimiento se dio por falta de trámite de la iniciativa pues los tiempos no alcanzan para su aprobación por tratarse de una ley estatutaria (leyes que hablan de derechos, que deben aprobarse en una sola legislatura y que deben ser revisadas por la Corte Constitucional). El autor de la iniciativa, el senador Armando Benedetti Villaneda, culpó al presidente del Senado, Roy Barreras Montealegre, de haber llevado al hundimiento a la eutanasia porque “para segundo debate en la plenaria el señor Barreras nunca lo puso dentro del orden del día como debe ser. El reglamento dice que cuando se trata de leyes estatutarias deben ir en el primer punto del orden del día pero lo puso en el puesto 16”, señaló, según él, “ya murió el proyecto. Aunque la eutanasia fue autorizada por la Corte Constitucional desde 1997, aún no hay una ley estatutaria que fije los parámetros para adelantar dicho proceso por los médicos del país”. (Periódico El Espectador, 2013).

Podemos observar la manera en que el Congreso de la República evadió la discusión del proyecto que buscaba reglamentar la eutanasia en Colombia. Se advierte la falta de voluntad del legislativo para abordar un asunto perentorio pues, en el núcleo de la discusión, se encuentran aspectos que tienen que ver son derechos fundamentales. Tal vez, la los sesgos morales e ideológicos fueron tapados con errores procedimentales; pero lo cierto es que la falta de reglamentación de la eutanasia genera la pervivencia de dispositivos de poder que actúan directamente sobre las personas

que padecen alguna enfermedad terminal y que necesitan acabar con su sufrimiento dejando de existir a través de una muerte digna.

Por otro lado, las diversas iglesias cristianas que existen en Colombia también han manifestado su oposición a la eutanasia. No aceptan a la eutanasia como fin del padecimiento de aquellos que sufren de una enfermedad terminal y voluntariamente deciden acudir a ella. La iglesia católica, por ejemplo, tiene la siguiente postura al respecto:

“Posición de la Iglesia Católica frente a la decisión de la Corte Colombiana: La Iglesia Católica rechaza enfáticamente la eutanasia y pretendiendo orientar a la comunidad frente a un tema tan polémico ha decidido, en cabeza de monseñor Alberto Giraldo, presidente de la conferencia Episcopal y arzobispo de Medellín, presentar un decálogo, donde expone su posición frente a la eutanasia:

1. *Nunca es moralmente lícita la acción que por su naturaleza provoca directa o intencionalmente la muerte del paciente.*
2. *Por consiguiente, jamás es lícito matar a un paciente, ni siquiera para no verlo sufrir o no hacerlo sufrir, aunque él lo pidiera expresamente. Ni el paciente, ni los médicos ni el personal sanitario, ni los familiares tienen la facultad de decidir o provocar la muerte de una persona.*
3. *No es lícito negar a un paciente la prestación de cuidados vitales son los cuales seguramente moriría, aunque sufra de un mal incurable.*
4. *No es lícito renunciar a cuidados o tratamientos proporcionados y disponibles, cuando se saben que resultan eficaces, aunque sea sólo parcialmente. En concreto, no se ha de omitir el tratamiento a enfermos en coma si existe alguna posibilidad de recuperación.*
5. *No hay obligación de someter al paciente terminal a nuevas intervenciones quirúrgicas, cuando no se tiene*

la fundada esperanza de hacerle más llevadera su vida.

6. *Es lícito suministrar narcóticos y analgésicos que alivien el dolor, aunque atenúen la consciencia y provoquen de modo secundario un acortamiento de la vida del paciente, con tal que el fin de la acción sea calmar el dolor y no acelerar disimuladamente (intencionalmente) su muerte.*
7. *Es lícito dejar de aplicar procedimientos extraordinarios a un paciente en coma cuando haya perdido toda actividad cerebral. Pero no lo es cuando el cerebro del paciente conserva ciertas funciones vitales, si esa omisión le provoca muerte inmediata.*
8. *Las personas minusválidas o con malformaciones tienen los mismos derechos que las demás personas, en lo que se refiere a la recepción de tratamientos terapéuticos. En la fase prenatal y en la postnatal se han de proporcionar las mismas curas que a los fetos y niños sanos.*
9. *El Estado no puede atribuirse el derecho de legalizar la eutanasia, pues la vida del inocente es un bien que prevalece sobre el poder mismo.*
10. *La eutanasia es un crimen contra la vida humana y la ley divina, del que se hacen responsables todos los que intervienen en la decisión y ejecución del acto homicida. (Periódico el tiempo, 1997).*

Esta es una manifestación evidente de cómo las conductas y normativización de nuestra sociedad, se ven fuertemente influenciadas por las posiciones defendidas por la Iglesia, la que se impone a toda costa e incluso subraya responsabilidades de aquellos que están a favor de la eutanasia, y además entregan la responsabilidad moral y espiritual a aquellos que no estén de acuerdo con ellos y traten de desacralizar la vida, no importando que ella misma sentencia a su portador al sufrimiento, al dolor y a su padecimiento. Valga resaltar que la inmensa mayoría de nuestros legis-

ladores, además de ser cristianos, acuden permanentemente a los grandes centros de congregación religiosa del país a buscar votantes¹.

Aunque la eutanasia en Colombia no se encuentra reglamentada, si se han elaborado algunos soportes jurídicos que apoyan o permiten algunas de sus manifestaciones. Es así que vemos cómo la sentencia C-239/97 indica que cuando hay consentimiento para la ejecución de una muerte asistida y ésta la *asiste* un médico, no hay responsabilidad penal, y cuando éste no la asiste, la pena será de acuerdo con la culpa siempre que la muerte sea solicitada por un enfermo terminal. Además, le hacen un llamado al Congreso de la República para que legislen y regulen en cuanto al tema de una muerte digna.

1 Precisamente, el senador Roy Barreras estuvo inmerso en un escándalo por firmar un “pacto cristiano” con el pastor John Milton Rodríguez, presidente de la Asociación de Ministros Cristianos del Valle. Según el periódico El Espectador “Lo grave fueron los compromisos a los que accedió Barreras. En total, cuatro. El primero rezaba que debía apoyar “la consecución de recursos para el desarrollo y la construcción del proyecto CIDS”, así como la activación de cada una de las entidades que allí funcionarían, como la universidad y otros proyectos de desarrollo social. El cuarto punto también le pedía apoyo al entonces representante a la Cámara que aspiraba al Senado para que respaldara los procesos de elección popular de candidatos de Misión Paz a las Naciones en los concejos de Cali y Yumbo, así como en la Asamblea. Lo más sustancioso del acuerdo fueron los puntos dos y tres. Barreras se comprometió “en la promoción del desarrollo y respeto por la familia como Dios lo ha establecido, es decir, a no promover ni apoyar el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni la adopción de niños por parte de estas parejas, ni el apoyo a la dosis personal de drogas o la ley del aborto”. Más allá de las predecibles peticiones de esta congregación cristiana sobre su posición conservadora de la sociedad, en otro punto del acta los candidatos aceptaron que “con el fin de impulsar el desarrollo de los proyectos comprometidos”, como mínimo, dos integrantes de la comunidad religiosa debían ingresar a las Unidades de Trabajo Legislativo de ellos”.

3. La gobernabilidad de la vida como manifestación del biopoder desde MICHEL FOUCAULT Y GIORGIO AGAMBEN

MICHEL FOUCAULT, cuyas teorías y planteamientos han influenciado al hombre contemporáneo, defiende la posición que indica que toda manifestación del Biopoder limita la acción del individuo y coacciona su libertad, por lo tanto mientras los gobernantes no se despojen de su arrogancia, sed de dominio sobre el cuerpo y del miedo por perder el poder, no se puede hablar de libertad individualidad de los hombres. Es así como Foucault expresa que:

“No se trata entonces ni de una relación militar o guerrera, ni de una relación política, sino de una relación biológica. Este mecanismo podrá funcionar justamente porque los enemigos que se quiere suprimir no son los adversarios, en el sentido político del término, sino que son los peligros, extremos o internos, en relación con la población y para la población. En otras palabras: el imperativo de muerte, en el sistema del Biopoder es admisible sólo si se tiende a la victoria no sobre adversarios políticos, sino a la eliminación del peligro biológico y al reforzamiento, directamente ligado con esta eliminación de la especie misma o de la raza. La raza, el racismo, son en una sociedad de normalización la condición de la aceptación del homicidio. Donde haya una sociedad de normalización, donde haya un poder que en primera instancia y en primera línea, al menos en toda su superficie, sea un Biopoder, el racismo resulta indispensable para poder condenar a alguien a muerte, para hacer morir a alguien” (Foucault, 1996).

De otro lado, GIORGIO AGAMBEN postula que:

“En el sistema del Estado-nación los pretendidos derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de cualquier tutela y de cualquier realidad del momento mismo en que deja de ser posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado” (Agamben, 1998).

En nuestra sociedad se observa cómo el hombre desde el nacimiento mismo deja de ser libre y autónomo y se convierte en un súbdito y ciudadano a merced del poder al que se le otorga de inmediato la soberanía, incluso de los mismos cuerpos. Es por ello que el hombre no se considera entonces un sujeto libre y consiente como nos hacen creer con el discurso biopolítico, sino que su libertad queda coaccionada al ejercicio y voluntad del poder que lo ejerce, siendo así los supuestos derechos atribuidos al hombre, simple desvanecimiento de un ideal de libertad que se acerca cada vez más al limbo.

III. La lucha legal por la eutanasia, como forma de resistir los poderes que inciden sobre la decisión libre y autónoma de disponer de la propia vida

La eutanasia se convierte en una lucha que busca resistirse al control estatal y a las regulaciones en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues para el Estado, éste no es un derecho absoluto, *“En la sentencia se invoca como una causal justificativa de la eutanasia que se autoriza, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. A mi juicio, una vez más, como sucedió en la sentencia que despenalizó el consumo de droga en dosis personal, de la cual igualmente me aparté, se ha incurrido en el grave error de considerar ese derecho como un derecho absoluto, entrando, así en contradicción con lo sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de que no hay ni puede haber derechos o libertades absolutos. El del libre desarrollo de la personalidad está muy lejos de ser una excepción. No es posible invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad para disponer de la propia vida, y hacerlo significa ir en contra de la propia naturaleza humana”*. (Sentencia C-239, 1997).

Así se trate de un Estado Social de Derecho, éste nos limita en nuestra autonomía,

pues nuestra libertad está siempre sujeta a las determinaciones estatales, que aunque por medio de la Carta constitucional, se nos otorgan derechos categorizados como fundamentales, el ejercicio de éstos no nos es permitido en una forma total y absoluta.

1. La oposición del estado y criminalización de las conductas emancipadoras respecto al ejercicio de la soberanía por medio de la violencia

En Colombia se ha criminalizado una acción tal como el Homicidio Pietístico o la asistencia al suicidio, cuando con estas conductas se busca poner fin al padecimiento de intenso dolor y sufrimiento a causa de un accidente o una enfermedad en un estado terminal, sin tener consideración alguna de la manifestación de la voluntad, aprobación y el deseo de quien sufre de estos padecimientos, y quien para los efectos se tomaría como la víctima. Un claro reflejo de esto es nuestro código penal, *“El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”* (ley 100 de 1980, artículo 326. Homicidio por piedad. Decreto derogado por la ley 599 de 2000).

Lo que además con posterioridad fue ratificado e incluso con un aumento en la pena por medio de la ley 599 del 2000 y 890 del 2004, cuando expresa: *“El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses”*. (Ley 599 del 2000 Artículo 106. Homicidio por piedad)

“Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope

máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley". (Ley 890 de 2004, artículo 14).

2. Incidencia del pensamiento conservador de la iglesia, sobre el derecho, la política y la sociedad normalizadora

Todavía y después de haber pasado varios siglos desde que la Iglesia fuese quien tenía el máximo poder sobre los Estados, sigue vigente y sin mucha disminución su influencia en éstos. Las declaraciones emitidas por sus representantes, siguen teniendo gran impacto sobre la sociedad y los Estados, y el tema de la eutanasia no queda excluido de estas manifestaciones, tal como se refleja en la Carta Encíclica del Papa Juan Pablo II, al decir: *"De acuerdo con el Magisterio de mis Predecesores 81 y en comunión con los Obispos de la Iglesia Católica, confirmo que la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y en la Palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal"* (Juan Pablo II, 1995)

En nuestro país, la intervención de la Iglesia Católica ha sido mucho más directa, llegando el punto de solicitar al Congreso de la República, el no regular la eutanasia activa sino a reglamentar la ortotanasia, incluso incitando a los congresistas a hacer uso de la objeción de conciencia para sustentar una posible negativa ante el tema de la eutanasia.

"El respeto absoluto de toda vida humana inocente exige también ejercer la objeción de conciencia ante la eutanasia. La objeción de conciencia pueden ejercerla los honorables legisladores dando su voto

negativo a todo intento de legalizar la llamada eutanasia activa y reglamentando sólo los principios relativos a la ortotanasia. El Episcopado solicita al Congreso de la República la debida protección a los pacientes mediante leyes que fomenten una medicina paliativa. Más que regular la muerte digna con el perverso sentido que adquirió este término, los animamos a emprender con la debida asesoría científica, en el marco constitucional de una ley estatutaria, a la luz de los principios morales y de valiosos aportes del derecho comparado, la elaboración de una ley que busque la humanización del proceso de la muerte con todo un conjunto de medios y atenciones." (Secretario General de la Conferencia Episcopal, 2007).

Aunque con anterioridad a estas declaraciones de los representantes de la Iglesia, ya la Corte Constitucional se había pronunciado con respecto a la libertad del individuo, a su autonomía y hasta dónde debería llegar el Estado, todo con base en nuestra Constitución; *"La Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está abocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral ."* (Sentencia C-239, 1997)

Constitucionalmente se tiene el derecho de escoger libremente el tener o no una creencia religiosa. Así el artículo 19 establece que: *"se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley."*

No se debe imponer a un individuo las sanciones éticas y morales de otras creencias, pues cada uno debe desarrollar su vida sin tener que someterse a un sufrimiento cruel sólo por las convicciones de los demás, debería ser de acuerdo a su fe, si la tiene o no.

“Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir. Quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente el valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad” (Sentencia C-239,1997).

2.1 Libertad y orden como imposición de un Estado que obliga a la vida

La frase “Libertad y Orden”, figura en el escudo nacional como emblema de nuestra nación. Pero si lo tomamos con algo más de profundidad, nos damos cuenta que tenemos una libertad a medias, la cual solo llega hasta donde empieza el orden impuesto por el Estado, cuando debería ser todo lo contrario: el Estado debería permitir a cada ciudadano la posibilidad de escoger cómo desarrolla su vida hasta el fin de ésta.

“El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insostenibles, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico”. (Sentencia C-239, 1997)

2.2 El Biopoder y la muerte de un proyecto de vida por el padecimiento de una enfermedad terminal

Todos tenemos trazado a groso modo un proyecto de vida, unos objetivos que deseamos alcanzar, y así llenar de sentido nuestras vidas, cada uno se plantea una meta y una ruta diferente para llegar a ella.

“La vida es el conjunto de vivencias, proyectos, búsquedas y sentidos que cada uno le da a sus días; y en ese ámbito, cada individuo es dueño de su destino, de signarse un proyecto de vida, tal como él se sueña y se piensa, por eso la vida aparece ligada en esencia al principio de ‘dignidad humana’, esto es a la facultad que tiene el individuo de existir y proyectar su vida en forma autónoma, conforme a su propio modelo, bajo el entendido de que cada persona es única, irrepetible y que es un ser que se asigna o decide su propio destino”. (Gómez López, 2005).

Pero cuando se nos diagnostica el padecimiento de una enfermedad considerada como terminal, se ve truncado este proyecto de vida, pues por la gravedad de la condición misma de salud, se hace im-

posible dar cumplimiento a los objetivos propuestos.

“Definición de Enfermedad Terminal: En la actualidad es mejor hablar de situaciones clínicas al final de la vida, donde la enfermedad terminal se encuentra entre enfermedad incurable avanzada y la situación de agonía. Enfermedad incurable avanzada. Enfermedad de curso progresivo, gradual, con diverso grado de afectación de la autonomía y de la calidad de vida, con respuesta variable al tratamiento específico, que evolucionará hacia la muerte a medio plazo. Enfermedad terminal. Enfermedad avanzada en fase evolutiva e irreversible con síntomas múltiples, impacto emocional, pérdida de autonomía, con muy escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses, en un contexto de fragilidad progresiva. Situación de agonía. La que precede a la muerte cuando ésta se produce de forma gradual, y en la que existe deterioro físico intenso, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la conciencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida en horas o días.” (Moreira, 2007)

En estos casos, de personas con graves padecimientos, habría que establecer hasta qué punto puede llegar el control del Estado sobre el individuo y sobre las decisiones tomadas en forma autónoma; *“La Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad” (Sentencia C-239, 1997)*

3. Reconocimiento alcanzado por la lucha para el derecho a una muerte digna en Colombia, según la sentencia C- 239-97

La sentencia C- 239 de 1997, ha sido un gran paso para el reconocimiento al derecho al bien morir, pues no solo, se pronuncia con respecto del Artículo 326 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) declarándolo

Exequible, librando de responsabilidad a los médicos que *asistan* un suicidio, siempre y cuando sea por solicitud y voluntad de su paciente, cuando este último sufre de una enfermedad terminal, y de esta forma, no sea su accionar juzgado bajo la figura de homicidio, sino que además hace un llamado al legislativo, para crear una norma con relación a esta situación, *“Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna” (Sentencia C-239, 1997)*. Además, se le da una gran importancia a la Dignidad como un derecho fundamental, que permea todo el conjunto de los derechos consagrados como fundamentales por la Constitución del 91, y sobre el cual se base el desarrollo de la vida de cada individuo, *“La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad” (Sentencia C-239, 1997)*.

También, incorpora la concepción en la que el Estado debe proteger la vida, pero siempre teniendo en cuenta los conceptos de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, que cada individuo asocie a ésta:

“El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en

un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto” (Sentencia C-239, 1997).

4. Reconocimiento de la autonomía y la libre determinación como contrapoder del estado

Como ya se ha dicho antes, el ejercicio de nuestra libertad y de nuestros derechos, así estén catalogados como fundamentales, nunca será accesible en una forma absoluta, pues de ser así, esto iría en contra de las estipulaciones del Estado y rompería con un orden ya establecido, pues se le ha otorgado a éste la facultad y el deber de controlar y regular todas las conductas de sus ciudadanos. *“Se toma pie en concepciones absolutas de la libertad del hombre y en apreciaciones sobre la naturaleza de la vida humana, que por ser manifiestamente contrarias a los postulados éticos generales, no podían ser tomados en cuenta sin desmedro del principio democrático y desconociendo la propia Constitución. En efecto, la concepción personalista cristiana de la vida y de la libertad proclaman que el hombre no es absolutamente libre, toda vez que la libertad humana debe ser entendida como la facultad de autodeterminación conforme con las finalidades naturales del hombre, dentro de las cuales no se contempla su propia destrucción, y el dominio humanos sobre la propia vida no es*

mirado como un dominio absoluto, sino como un dominio útil” (Sentencia C-239, 1997).

La autonomía y autodeterminación concedidas por el Estado, están sujetas a un concepto capitalista en el que cada individuo busque ser una persona útil y productiva dentro de la sociedad, mas no a que disponga plenamente de su vida y del cuándo y cómo terminar con ésta.

IV ¿El Estado colombiano vulnera los Derechos humanos al impedir la reglamentación de la eutanasia activa, desconociendo de esta manera la libertad de las personas que tienen un grave padecimiento como consecuencia de una enfermedad terminal?

La democracia ha sido una paradoja que se ha venido alabando desde hace mucho tiempo, se ha vuelto la excusa para que una nación invada a otra, para hacer guerras *humanitarias*, ha justificado atrocidades, opresión y bloqueos como en el caso de Cuba por no mencionar otros. Es el modelo de gobierno del ideal moderno y para algunos es la perfección política materializada, la expresión de nuestra civilización. Nuestro Estado colombiano, no es la excepción de lo que ocurre en tantos gobiernos donde se combina Derecho, moral, religión, y violencia para glorificar la democracia como fuente de igualdad e inclusión social.

1. La manipulación de los individuos por medio del biopoder como materia prima para la conservación del Estado

La vida humana se encuentra inevitablemente controlada por la fuerza vinculante del Derecho. AGAMBEN, demuestra que la

vida humana es reducida a neta vida biológica a través del Bioderecho y el Biopoder, los cuales ejercen su acción soberana sobre los seres vivos y producen “sobrevivientes” (Agamben, 1998). Esto hace repensar en el Derecho como herramienta para controlar la vida y la muerte y no como un medio para combatir la injusticia, aunque para AGAMBEN no sólo hay control de la vida sino también selección, por medio del uso de la violencia jurídica ejercida por el Estado. A este respecto escribe *“El campo de concentración, como puro, absoluto e insuperado espacio Biopolítico, aparece como el paradigma oculto del espacio político de la modernidad, del que tendremos que aprender a reconocer las metamorfosis y los disfraces”* (Agamben, 1998).

1.1 La vida sin valor o indigna de ser vivida

Para AGAMBEN (1998), los prejuicios morales se justifican desde la Ley y critica la forma en que el Estado ha empañado la vida política al banalizar todo lo que tiene importancia para la sociedad y darle todo el protagonismo a aquello que resulta superficial, con tal de generar un espectáculo que impida que la sociedad se emancipe de sus dispositivos disciplinadores. A propósito escribe lo siguiente: *“sistema de religión espectacular, el medio puro y suspendido, exhibido en la esfera mediática; expone el propio vacío, dice solamente su propia nada, como si ningún nuevo uso fuera posible, como si ninguna otra experiencia de la palabra fuera ya posible”,* refiriéndose a lo que él llama *“dispositivos de culto capitalista”* como los medios masivos de comunicación y éstos como herramienta del Estado para difundir el control social por medio del lenguaje, todo buscando una subordinación endulzada y voluntaria. Es en este punto donde el autor introduce el *“homo sacer”*, entendido como aquel hombre excluido, cuya muerte no tiene significado y se puede matar impunemente. El *“Sacer”* es para AGAMBEN diferente del *“homo sacer”* en cuanto que el primero,

es un ser sagrado cuya vida se reintegra a los dioses cuando muere, mientras que el segundo no goza de esta condición.

En Grecia, se diferenciaba entre *zoé y bios*, entre vida natural y vida política. Hoy ya no hay distinción entre uno y otro, gracias a la Biopolítica. AGAMBEN muestra como hoy estamos expuestos a ser exterminados porque somos *“nuda vida”* (Agamben, 1998) ya que el Estado y su religión (capitalismo) se ocupan del control absoluto de los cuerpos. El capitalismo se ha convertido en una religión que reduce la vida y exige un culto permanente a la producción y el consumo. Es una religión de desesperanza, competencia, destrucción del ser y exaltación de los bienes materiales.

Curiosamente, los Nazis se empeñaron en tener un programa de eutanasia para enfermos mentales y el Estado era el que autorizaba la muerte, lo que muestra cómo este dilema ha sido abordado por muchos gobiernos, donde el hombre no es soberano de su propio cuerpo. Cabría decir que en la esfera limitada del enfermo terminal, el soberano no necesariamente sería el Estado sino el médico de turno, quién también tiene la *“potestad”* (Esposito, 2005) si lo decide, de desconectar silenciosamente a un paciente y luego justificar que murió mientras dormía. En cualquier caso, médico, juez o Estado, todos tienen poder sobre la vida excepto el enfermo. La Biopolítica para AGAMBEN se convierte en *“Tanatopolítica”* (Agamben, 1998).

1.2 ¿Se compadece el Estado colombiano con el sufrimiento manifestado por quienes ya no conciben un proyecto de vida o en cambio los margina y los oculta?

Es un enemigo de la sociedad y el Estado todo aquel que busca en la eutanasia una salida al sufrimiento generado por una enfermedad terminal. La sociedad normalizadora y el Estado, condenan con

rigor a los que buscan liberarse de una vida miserable. El Estado colombiano ha logrado constituir un poder que victimiza a las personas bajo las banderas de la democracia, la igualdad, el Derecho, la moral y la soberanía. Todo para ocultar sus verdaderos intereses, obligar a la vida, dar muerte y exclusión legalmente, mediante un ciclo aparentemente democrático y perverso. Podríamos decir que el poder del Estado colombiano se soporta en la *"nuda vida"* (Agamben, 1998) de sus gobernados y a través de la moral cristiana, la cual le ha dado un carácter religioso al oponerse a legalizar la eutanasia activa por enfermedad terminal.

Para AGAMBEN (1998), la Biopolítica *"tiene un rostro macabro"* que le da la facultad al Estado de dirigir y someter la vida desde lo institucional, anulando el poder de expresión y de pensamiento de la sociedad, logrando reducir la vida a una nada aislada y abandonada de todo lo humano. Actualmente presenciamos una rareza o una incongruencia por parte del Estado colombiano, la democracia y el totalitarismo que aparentemente son antagónicos, comparten fuertes lazos que los unen, los desdibujan y los confunden.

De tal manera que no se ve mucha diferencia entre régimen totalitarista y democrático, pues en ambos casos los Estados ejercen el control sobre la vida por medio del sistema jurídico y de las leyes que legalizan la violencia. Hay dos tipos de vida en este contexto, la biológica que nos otorga la naturaleza y la vida política, que nos la otorga el Estado; curiosamente tiene más peso la vida política (la de papel, la que inicia con el acta de nacimiento y finaliza con el acta de defunción) que la vida natural o mejor aún, el Estado se ha enquistado en la vida natural para ejercer la vida política y con ello crear la Biopolítica, que le ha dado poder soberano y derecho a *"hacer vivir y dejar morir"* (Foucault, 1996). Así que ya no sólo se trata del Derecho como herramienta que subyuga la vida, sino que

el Derecho abandona la vida a merced del poder soberano del Estado, para que éste la administre.

Al igual que en las terapias de shock, como en la del 9/11 donde el Gobierno de Bush aprovechó para iniciar su guerra abstracta contra el terrorismo, el Estado colombiano excluye todo aquello que representa una amenaza para su poder y ha tachado de enemigos a todos los contrapoderes, entre estos, los que optan por una muerte digna; porque ellos amenazan su orden. El Estado teniendo como cómplice al Derecho y a los medios masivos de información, hace terapias de shock como los de Friedman con los que saqueaban sistemáticamente el bien público mientras las personas estaban demasiado ocupadas protegiendo sus intereses, con lo que se adjudica la potestad absoluta de acabar con el mal absoluto y es que todo aquel que lucha por su derecho a morir, cae en la categoría del *"mal"* que busca erradicar el Estado. El Estado -Social y Constitucional de Derecho- puede perseguir, torturar y matar a sus enemigos, pues el fin de toda ley es el control de la vida humana.

Para AGAMBEN, las dos formas de someter la vida son el Derecho y la Política y ambos se valen del terror y el miedo, pues ambos usan la violencia para imponerse. El ser humano ha sido convertido en mercancía, a merced de las pretensiones económicas de los políticos, todo tiende entonces a favorecer el mercado y no las individualidades de las personas con necesidades apremiantes. Aquel enfermo que ya no es productivo o útil, es marginado y escondido, reducido a una cama donde debe purgar una pena por su falta; debe morir pero en la forma que el Estado y la población optimizada (aquella que todavía puede generar riqueza) lo demandan. El enfermo terminal se convierte en un *"residuo"* (Agamben, 1998), en un desecho de un proceso de producción industrializado y como tal hay que desecharlo. Esto hace pensar que la *"nuda vida"* no es una

consecuencia del proceso sino que es una parte fundamental, calculada y esperada del ejercicio de la soberanía estatal, de un poder que genera destrucción de la vida.

“¿El poder es algo del modelo de la economía, es algo que se posee, se adquiere, se cede por contrato o por la fuerza, que se aliena o se recupera, que circula, que evita ésta o aquella región?” (Foucault, 1996)

Todo el que desafía el *statu quo* expone su vida o lo que queda de ella al escarmiento público y al Biopoder. El único sacrificio digno de ser contado y mostrado es el de un soldado que da la vida por su patria, esa es una muerte con valor y dignidad; dar la vida por el Estado tiene todo el mérito pero morir buscando la dignidad individual es una vergüenza que se debe ocultar y criminalizar, lo que significa que para el Estado, el mayor crimen es al mismo tiempo su mayor gloria, el derramamiento de sangre.

1.3 El individuo frente al poder del Estado y al despotismo de los prejuicios morales de las mayorías

El actual sistema de exclusión que vivimos, producto del Estado soberano moderno, ha creado una sociedad normalizadora con nuevos antivalores como el miedo, el prejuicio, la sospecha y la criminalización de todo aquello que se manifieste como un contrapoder; se nos presenta un Estado promotor del miedo. Toda política estatal tiende a generar en la opinión pública un reflejo coartado de la imagen de enemigo con que se ficha a todos los contrapoderes o dicho de otra manera, a los excluidos se les margina, se les niegan sus derechos y se les restringen a las barreras creadas por la ley y los prejuicios morales, de tal manera que mientras más derechos tenga un ciudadano más ejercerá el control político el Estado para regular la vida. El Estado seleccionará a sus excluidos de momento y afianzará sus decisiones bajo el respaldo de

la sociedad o como también se expresa en las aulas, la opinión publicada en contraste con la opinión pública. AGAMBEN critica esta situación con los conceptos del “*homo sacer*” y la “*nuda vida*” (Agamben, 1998) en la que cuestiona cómo los poderes criminales del Estado, a través de sus dispositivos disciplinadores legitimados, conquistan la vida.

Según JHON STUART MILL, “*la democracia es la tiranía de las mayorías*” (Mill, 1971) y esto es parte de la situación a la que se ve enfrentado quien busca en la eutanasia una salida a su sufrimiento. La sociedad está de acuerdo en que se le administre la eutanasia a un perro para que no sufra y ve esto con ternura y piedad, mientras que al hombre o mujer que opta por ésta, se le ve como un cobarde, un excluido que merece el desprecio de todos e incluso el desprecio eterno del Creador. Bajo el telón de la sociedad normalizadora, civilizada, democrática y moderna; acaecen violaciones a la soberanía individual y a la vida, pues la sociedad se convierte en el títere del Estado y sus intereses.

Siendo Colombia un Estado Social y Democrático de Derecho, parece más un escenario de un Estado Policial o un Estado de Seguridad. Nuestro país no tiene vida social sino que habitamos en un recinto donde estamos obligados a vivir situaciones de control, violencia y desorden. Nos encontramos amparados por un control total de nuestras vidas y ante esto, la eutanasia se constituye en un acto delincuenciales condenado por todos, porque al permitir la en el ser humano se interrumpe la continuidad del poder soberano.

Cabe aquí señalar que AGAMBEN nos recuerda que en nuestro Estado social y constitucional de derecho vivimos realmente otro campo de concentración, donde la vida pierde su vigencia y debe ser administrada por el gobierno. Se podría decir que nuestra sociedad solapada y manipulada, junto con sus valores morales y religiosos condena la eutanasia porque es una fiel de-

fensora de la dignidad, pero esto no corresponde con una realidad donde se margina todo aquello que no le sirve, nombrándolos con calificativos que denotan exclusión; así, a las personas con capacidades diferentes se les llama discapacitados, a los ancianos y enfermos se les oculta y solo se exhibe aquello digno de aparecer ante los ojos de todos. Un Estado que no existe para su función social pero que si lo hace aunque sea parcialmente para sus funciones económicas, necesita ejercer la violencia legítima y la marginalidad para poder sostenerse.

En el gueto en el que nos encontramos todos y mucho más aquellos que buscan el reconocimiento a una muerte digna, nos preguntamos por el papel del Derecho. Como ya se dijo, el Derecho puede ser una herramienta para combatir la injusticia, como en el caso del uso alternativo del Derecho, que lo hace desde el mismo Derecho existente; pero ¿cuál es el Derecho existente? Es la herramienta del Estado para normalizar la violencia contra los marginados, los contrapoderes, los considerados insurgentes, los excluidos y todos los que abogan por el reconocimiento de sus derechos.

El Derecho dicta la forma de comportarnos y las sanciones en caso de contrariarlo, reglamenta la manera de vivir, lo que se debe y lo que no. El Derecho existente, es el perro que usa el Estado para atemorizar, tal como en la *Rebelión en la Granja* de George Orwell, los cerdos se rodearon de perros bravos para acallar a los demás animales. El Derecho existente se ha aliado con los medios de comunicación para montar un espectáculo tras otro para la sociedad, y de esta manera embrutecerlos con el espectáculo semanal. Hoy un ataque con ácido que mañana es encubierto con la victoria de alguna selección de fútbol o aparece un cuerpo violado y torturado de una mujer y mañana el tierno video que ha recorrido *youtube* sobre un bebé cantando. Todo hace parte de la estrategia del Derecho y los medios como placebo para su opinión pública y el circo de masas.

Gracias al derecho existente y a los medios, el Estado colombiano ha logrado ocultar la verdadera lógica de sus políticas, “*el sacrificio*” (Agamben, 1998). Hoy la Biopolítica está más unida que nunca a la vida gracias a la exclusión, hoy la existencia es solamente “*nuda vida*” (Agamben, 1998), hoy han logrado que sea imposible para la sociedad reconocer quien es víctima y quien victimario cuando se trata de apelar por una muerte digna y muchos nos hemos vuelto testigos silenciosos, sin voluntad y sin fuerza para hablar por ninguna causa. El mensaje del Estado, del Derecho y de la Sociedad es claro: el ser humano que a sus ojos ha sido deshumanizado o “*de-subjetivado*” (Julieta Lemaitre, 2002) y su proyecto de vida se ve interrumpido, debe ser excluido, ocultado y reemplazado, condenado a morir indignamente pero paradójicamente, si opta por alternativas de muerte digna, se ve expuesto a tener el repudio moral y jurídico: pues en últimas, resulta imposible reconocer donde empieza el derecho y donde acaba la moral. Aparentemente. La muerte indigna es el castigo que recibe todo aquel que ya no produce ni consume y está robando aire al que si puede. Obligar a la vida es el castigo

2. Predominio del poder estatal sobre la estructura jurídica, como medio para deslegitimizar la aplicación de la eutanasia activa

El Estado colombiano no se compadece con las personas que buscan la eutanasia y más bien los excluye a través del Derecho, pues éste en vez de combatir la injusticia la ha convertido en su aliada por medio de reformas al sistema jurídico. Dado que el Derecho es un generador de desigualdad y violencia, esto toca a todos los que se encuentran bajo su coacción. La democracia teniendo en cuenta el pensamiento de AGAMBEN, se ha convertido en un “*sistema de miedo global*”, mientras que nuestro sistema jurídico colombiano siga “*importando*”

(Julieta Lemaitre, 2002) reformas de otros sistemas jurídicos, el sistema será cada vez más selectivo y discriminatorio con los pacientes terminales y su sufrimiento; pues los Derechos Humanos se han convertido en una metáfora de discriminación y violencia o como diría Boaventura “*el sur global es una metáfora de sufrimiento*” (Boaventura, 2014).

El Estado usa el Derecho y el sistema jurídico para agravar el problema de violencia y desigualdad social, de desconocimiento de derechos como el de morir dignamente. El Derecho existente legitima el *statu quo* y es cómplice de la exclusión, así como representa las diferentes formas de opresión, pues todo lo que viene del Estado es legítimo, incluida la violencia. El pluralismo jurídico, el Derecho alternativo y el Uso Alternativo del Derecho son mecanismos a los que hoy Suramérica puede recurrir, para ponerle límite al poder del Estado, sin olvidar que desde las conductas emancipadoras de los estudiantes universitarios, también se puede iniciar la liberación; ésta sería la verdadera naturaleza del Derecho, la de refrenar el poder criminal del Soberano, pues la respuesta no está en el Derecho Estatal existente, aunque el uso alternativo del Derecho la puede extraer desde allí.

En un sentido positivo, el Derecho es la normalización de la sociedad, pero no en todo nuestro territorio colombiano lo normal es lo que determinan las normas; sino que lo normal es lo que determina la sociedad, de ahí el nombre de *sociedad normalizadora* que a través de su discurso moral crea sus propias normas, donde lo normal es lo moral. Esto implica que el destino es algo aceptable y morir naturalmente debe ser lo normal, no sólo porque es lo cotidiano sino porque es aceptado por toda la sociedad normalizada. Lo que se vuelve inmoral entonces, es la eutanasia. No es de extrañar que tal como lo dice JULIETA LEMAITRE (2010) “*lo excepcional es inmoral*” y lo moral es normal.

Según lo anterior, hay una enorme diferencia entre un proyecto de vida y un proyecto moral. Por un lado entonces, los pacientes terminales se encuentran enfrentados al discurso moral y la obligatoriedad de tomar su dolor y sufrimiento en hombros para llevarlo hasta el final y por otro lado se encuentra ante el poder del Estado, que se sostiene gracias al uso de la violencia y el Derecho. El destino es morir de causas naturales y padecer hasta la muerte. Todo obedece a un modelo de negocio, a una estructura económica excluyente, que se vale de la moral social, la moral cristiana y el Derecho. En definitiva, pregunta FOUCAULT, “*el análisis del poder o de los poderes, ¿puede de un modo y otro, deducirse de la economía?*” (Foucault, 1996).

Mientras la sociedad normalizadora siga demandando más orden, más cámaras, mas leyes y más penas, será fácil para el Estado controlarlas y darles lo que quieren, de manera que le podrá dar la espalda a los desprovistos de derechos, aplicando una violencia cotidiana de exclusión y desigualdad.

Recurriendo a LYOTARD (1994), *hay otro*; pero un otro que para el Estado y la sociedad es peligroso y amenazante y su muerte no es moralmente significativa pero si representa un riesgo que puede socavar las bases del Biopoder. Orgullosamente muchos políticos dicen que en una sociedad donde no se da lo moral, lo cultural y lo legal es una sociedad corrupta, pero según JULIETA LEMAITRE, esto es lo que crea la “*cotidianidad de la violencia*”, pues la moral, la legalidad y la cultura tienen una doble cara que crea significados sociales que pueden ser negativos. Tal es el caso del indigente que fue quemado vivo, cuya muerte no tuvo mayor significación social por tratarse de una vida sin valor para las masas, aunque se hizo mención en los medios porque debe haber continuación en el postulado de la vida como algo sagrado para la sociedad. Pareciera un callejón sin salida para los enfermos terminales que

deben humillarse ante la sociedad consumista, que exige más castigo y cuentan con el apoyo político.

Sería más simple liberarse del mito y la máscara que genera el fin de la vida, abrirse a la filosofía política, a la antropología política y a la sociología, pero el Estado no renunciará al poder adquirido y a su sistema social, que ya tiene equilibrado.

V. Conclusión

La presencia del discurso moral y prejuicioso de la sociedad normalizadora actual, es inevitable y ha permeado todo aquello susceptible de ser controlado por el Estado por medio del Derecho. Aunque se evidencia que la sociedad está sujeta a la manipulación del Estado, el cual no cesa de experimentar con el Biopoder aplicado a nuestra vida, o para decirlo correctamente, nuestra “*nuda vida*” (Agamben, 1998).

Siguiendo la lógica del capitalismo, en la que todo debe tener una utilidad y debe pasar por un proceso de producción, es posible que la negativa para legalizar la eutanasia en Colombia, se deba a que estamos obligados a cumplir una función en el sistema capitalista; pues éste no concibe dejar de ejercer su soberanía sobre nuestros cuerpos sin antes habernos exprimido y haber recibido nuestra retribución por haber transitado la vida política, además hace parte del miedo del Estado a perder su soberanía sobre nuestros cuerpos, evidenciando una vez más la necesidad controladora de mantener su poder más allá de nuestra propia muerte.

Pareciera que somos objetos de estudio por la Biopolítica, el Bioderecho y el Biopoder para poner a prueba nuestros límites y la capacidad de resistencia humana, pues incluso las grandes farmacéuticas prueban sus productos en Suramérica y África. La

premisa es hacer vivir a toda costa con los enfermos a los hospitales, los locos a los manicomios, los ancianos al asilo, los niños a las escuelas, los hombres a las oficinas. Debe haber una razón para respirar y nos hacen vivir con soporte vital independiente aunque física y mentalmente estemos muertos. Los médicos se disputan la soberanía de nuestras vidas con el Estado y con el Derecho.

No es posible hablar de “*Deconstrucción*” (Foucault, 1996), “*Homo Sacer*” y “*Nuda Vida*” (Agamben, 1998), como algo que está por fuera de nuestra esfera; pues todos estamos incluidos en el sistema. Hemos encontrado que la Biopolítica, el Biopoder y el Bioderecho son rostros infames de un capitalismo que busca cínicamente colonizar nuestras vidas, extenderlas, alargarlas, controlarlas y succionarlas, para finalmente desecharnos como el residuo de un proceso industrial para darle paso a las nuevas generaciones que nos reemplazarán.

Hoy de manera infame, la vida está sometida a la violencia legalizada del Estado y al ojo prejuicioso de la sociedad, es un tema que supera la corrupción política pues tiene un fondo amplio. Por ello es necesario buscar otras vías alternativas para construir otra política, recuperar el lenguaje como instrumento liberador y acercar el Derecho a los desfavorecidos, “*un Derecho más humano y menos doloroso*” (De Sousa, 2014). La gran incógnita es cómo hacer para que estas reflexiones tengan impacto social y cambien la manera de pensar.

La respuesta puede estar en los estudiantes universitarios que se emancipan y buscan integrar, hablar, resolver y dar coherencia con base a un Derecho entendido como proyecto humanista, que gire en torno a intereses diferentes a las ideologías y políticas particulares y busque la desacralización de la vida.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Homo Sacer El poder soberano y la nuda vida I. PRE-TEXTOS*, 1998.
- Agamben, Giorgio. *Profanaciones*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2005.
- Foucault, Michel. *Genealogía del Racismo. CARONTE ENSAYOS*, 1996.
- Mills, Stuart Jhon. *Sobre la Libertad*. Aguilar Editores, 1971.
- Gaviria, Carlos. Sentencia C239/97. HOMICIDIO PIETISTICO. Corte Constitucional.
- Jesús Orlando Gómez López, *Homicidio Eutanásico e Inducción al Suicidio*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno Editores, 2005.
- Foucault, Michael. *Hay que defender la Sociedad*. Editorial Akal, 2003.
- <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-421058-se-hundio-senado-leyreglamentaba-eutanasia>
- <http://www.eltiempo.com/archivo/documento-2013/MAM-574983>
- Carta encíclica *evangelium vitae*, capítulo ii he venido para que tengan vida, roma 25 de marzo de 1995.
- <http://www.cec.org.co/documentos/presidencia/649-posicion-de-la-iglesia-frente-a-eutanasia>
- Moreira, Sanmartin. *Guías Clínicas de Cuidados Paliativos*. ARAN Ediciones, 2007.
- Esposito, Roberto. *Protección y negación de la vida*. Amorrortu editores, 2005.
- JULIETA LEMAITRE RIPOLL, RODOLFO ARANGO, "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital". En: Colombia Estudios Ocasionales Del Cijus ISSN: 0124-115X ed: Ediciones Unidades.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Epistemología del sur*. Akal, 2014.
- Lyotard, "The Other's Rights" Conferencia pronunciada en el Auditorio León de Greiff de la Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá, el 7 de marzo de 1994.

Cirugía bariátrica: protección a la salud o patrocinio de lo estético*

Juan Carlos Marín Castillo**

César Augusto Restrepo Cardona***

Claudia Rosa García Escobar***

Jersen Eduardo Rodríguez Jiménez***

Iván Darío Gómez Zapata***

Natalia Cano***

* Proyecto integrador de II semestre del núcleo de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Abogado de la Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Constitucional, Universidad de Antioquia; Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Antioquia - Integrante del grupo POLEMOS COL0111291, correo electrónico: juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

*** Estudiantes de II semestre de la facultad de Derecho, Núcleo de Derecho Constitucional, Corporación Universitaria de Sabaneta.

Contenido

35	Resumen
35	Introducción
35	Contextualización
36	Pregunta problematizadora
36	Tratamiento Integral de la Obesidad
37	Diversos tipos de Cirugía Bariátrica
37	Línea Argumentativa y Jurisprudencial de la Corte Constitucional
41	Construcción de la Línea Jurisprudencial
41	El punto arquimédico de apoyo
41	Ingeniería reversa
41	Telaraña y puntos nodales de jurisprudencia
44	Negación de la cirugía bariátrica
44	Conclusiones
46	Referencias

Resumen

En este artículo se analiza a través de una línea jurisprudencial, la posición asumida por la Corte Constitucional en torno a la protección del derecho a la salud, en aquellos casos en los que la obesidad mórbida amenaza no solo la salud física sino mental del paciente, dando lugar a la posibilidad de ordenar la cirugía bariátrica.

Palabras clave: Derecho a la salud, Constitución Política, línea jurisprudencial, cirugía bariátrica.

Introducción

El presente texto es un acercamiento a la jurisprudencia a través de la metodología propia de la construcción de **Línea Jurisprudencial, la cual permite desglosar las diversas posiciones de las altas Cortes** sobre un determinado tema, a través del análisis de sus sentencias y de su evolución socio-temporal. En este escrito se aborda el derecho a ciertos procedimientos del Sistema de Seguridad Social en Salud, como es el caso de la cirugía bariátrica, por tratarse

de un procedimiento que ha marcado un hito en la utilización de los recursos de amparo en defensa de los derechos de los ciudadanos y sobre todo el derecho a la salud.

Desde la promulgación de una de las Constituciones más humanistas del mundo actual, como lo es la Carta Política de Colombia de 1991, se ha dado de manera tardía el desarrollo de una de las principales fuentes de derecho: La Jurisprudencia; la cual no había tenido relevancia por la hegemonía casi absoluta del derecho positivo. Sin embargo, en la actualidad ha cobrado importancia por el alcance de sus consideraciones y soluciones, lo que ha abierto un espacio vital e importante a un nuevo mundo jurídico.

En este documento se realiza una recopilación jurisprudencial de las sentencias relevantes en el tema de cirugía bariátrica, y la importancia que ésta tendría para el ciudadano del común, en aras de conocer cómo defender sus derechos mediante las instituciones jurídicas que ofrece la Constitución Política colombiana: Acción de Tutela, Acción de Grupo, Acción Popular, Derecho de Petición y Derecho de Información.

Es importante entender la magnitud de la obesidad mórbida actualmente. Sin lugar a dudas, la obesidad es una de las enfermedades que más preocupa a cualquier sistema de salud, por sus devastadoras consecuencias y su alta prevalencia, además de sus elevados costos. Estamos ante una enfermedad que genera más de la mitad de las muertes en el mundo y que cada vez se hace más frecuente, por lo que la perspectiva hacia el futuro es la de una verdadera pandemia, pero que, contrario a muchas otras enfermedades, la solución debe partir del mismo paciente con cambios radicales de hábitos, reorientados a la práctica del ejercicio y a una dieta sana.

Contextualización

La obesidad mórbida es una enfermedad caracterizada por el exceso de tejido

adiposo en el cuerpo humano, es perenne, progresiva, costosa, y a esto se le añaden otras patologías graves como la hipertensión, diabetes, colesterol alto, enfermedad cardiaca y coronaria, así como patologías de la vesícula biliar. También apnea del sueño, artritis, várices, síndrome posflebítico con úlceras, además de una grave afectación psicológica debido a la discriminación a la que es sometida la persona que padece esta patología.

El doctor Jonathan Aranow (2001), Director del Centro de Cirugía para la Obesidad del Hospital de Middlesex, asegura que la cirugía bariátrica a largo plazo puede ayudar a curar estos problemas de salud relacionados con la obesidad.

Tal y como confirman las estadísticas, la obesidad en el mundo no para de crecer. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el año 2005 más de 20 millones de niños menores de 5 años y alrededor de 1600 millones de adultos en el mundo tenían sobrepeso, de los cuales **más de 400 millones eran obesos**. Se calcula que para el año 2015 habrá 2300 millones de adultos con sobrepeso, de los cuales más de 700 millones serán obesos.

Sobre este tema, Estados Unidos y México presentan los más altos índices de obesidad en el mundo; es más, el segundo de ellos fue catalogado recientemente por la Organización de las Naciones Unidas, como el país **más gordo del mundo**. Por su parte, España ocupaba el tercer lugar entre los países de Europa con mayor porcentaje de obesidad infantil. Ahora es el país europeo con el porcentaje de obesidad infantil más alto.

El contexto local también está siendo afectado por este fenómeno, pues en Colombia una de cada dos personas tiene problemas de sobrepeso. Las cifras de exceso de peso aumentaron en los últimos cinco años en 5,3 puntos porcentuales. San Andrés y Providencia lideran las cifras de exceso de peso y obesidad. Es por esto que en Colombia se requieren urgentemente,

políticas para buscar alternativas a los problemas de obesidad, que contribuyan a hacerle frente a esta enfermedad que afecta a los ciudadanos de todas las condiciones y clases sociales.

En Colombia la cirugía bariátrica no está incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS), por lo que a los afectados les corresponde exigir este procedimiento a través de acciones de tutela. Sin embargo, las EPS argumentan que la mayoría de procedimientos que se realizan por esta vía, se dan por condiciones estéticas y no por razones médicas.

Indudablemente la obesidad se ha convertido en un problema social de Salud Pública de gran magnitud, que requiere no sólo de la intervención del Estado mediante políticas específicas, sino de una posición clara de las altas Cortes en una coadyuvancia de fondo sobre este tema. De ahí, que es importante conocer cuál es la posición jurídica que han asumido frente a esta problemática de Salud Pública y cuál es la tendencia que marca la Línea Jurisprudencial.

Pregunta problematizadora

De acuerdo con Diego López Medina (2006, p. 147) “...*el problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámicas de varios pronunciamientos judiciales...*”

En el caso aquí analizado la pregunta es:

¿Cuál ha sido la posición de la Corte Constitucional de Colombia frente a la obligatoriedad de las Entidad Promotoras de Salud (EPS), para realizar la cirugía bariátrica a los pacientes con obesidad mórbida, con el fin de procurar la recuperación de la salud y la vida digna?

Tratamiento Integral de la Obesidad

Ante el fracaso de las medidas dietéticas convencionales, y dada la elevada morbili-

dad y mortalidad por la obesidad, se han ideado a lo largo de la historia numerosas intervenciones quirúrgicas que pretenden corregir el sobrepeso en estos pacientes.

En los últimos años, la cirugía bariátrica ha ganado popularidad como una alternativa a las dietas de pérdida de peso; más y más personas acuden a este procedimiento para tratar de reducirlo. Aunque suele presentarse como una técnica moderna, la historia de la cirugía bariátrica es muy antigua, las primeras observaciones datan de los años 1930 a 1940, época en que se describió la pérdida de peso que sufrían los pacientes sometidos a resecciones gastrointestinales masivas, debido a una oclusión vascular o a un cáncer.

Diversos tipos de Cirugía Bariátrica

En general se piensa que sólo hay una intervención para la obesidad, y que tendrá el mismo efecto en cada individuo. Lo cierto es que hoy se realizan al menos cinco operaciones diferentes, con diversos propósitos. **Banda gástrica ajustable:** consiste en poner un anillo en la entrada del estómago para evitar la ingesta masiva de alimentos. Se reduce el volumen estomacal, produciendo una sensación de saciedad con una ingesta menor. **Balón gástrico:** se introduce en el estómago por la boca (vía endoscópica) y luego se infla con suero fisiológico; permite reducir cierta cantidad de sobrepeso. **“By-pass” gástrico:** se puede hacer “proximal”¹ o “distal” dependiendo del segmento intestinal excluido, y significa que en un obeso demasiado mórbido se añade un componente de mala absorción importante para conseguir mayores pérdidas de peso. **Derivación bilio-pancreática:** tiene un componente de malabsorción para que las grasas no se absorban en el intestino. Esta es una operación híbrida o mixta en la que hay restricción en la cantidad

de comida ingerida y además una malabsorción importante. **“By-pass” gástrico por laparoscopia:** consiste en hacer la operación de “by-pass” gástrico por vía laparoscópica, es decir sin abrir el abdomen.

Línea Argumentativa y Jurisprudencial de la Corte Constitucional

El derecho a la seguridad social se encuentra establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, el cual adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, dignidad humana, integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas con obesidad mórbida.

En este mismo sentido, es claro que el Derecho Constitucional a la Seguridad Social se rige por los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia, pues la pretensión del Plan Obligatorio de Salud es cubrir a la totalidad de la población colombiana, excluyendo ciertos medicamentos, tratamientos e intervenciones médicas considerados de alto costo; no obstante, la Corte Constitucional ha planteado que es necesario valorar la situación concreta que está padeciendo cada persona afiliada al sistema, porque en ciertas ocasiones, la aplicación estricta de los reglamentos del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y más concretamente del Plan Obligatorio de Salud, además de no cumplir con la finalidad del sistema, vulneran algunos de los derechos fundamentales.

Es de observar, que la sentencia T-114 de 1997 del Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell es el antecedente quizás más distante y trascendental de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a señalar requisitos para la procedencia de la inaplicación de normas del Plan Obligatorio de Salud que restringen el suministro

1 Proximal de próximo, distal refiérase a lejos.

a los usuarios de ciertos procedimientos y medicamentos, fallo que vale la pena citar:

...Ahora, si bien existe otro medio de protección de los intereses de la peticionaria, en virtud de que la ley consagra acciones ordinarias destinadas a resolver las controversias de orden contractual que surgen entre la demandante y la empresa promotora de salud, la Sala encuentra que ese medio alternativo de defensa no resulta idóneo para la efectiva protección de su derecho a la vida, amenazado por una enfermedad extremadamente grave y que requiere, por lo mismo, un tratamiento inmediato, porque la opción admitida por los juzgadores de instancia y sugerida por la conducta de la entidad demandada, supone esperar demasiado tiempo hasta que se pronuncie la respectiva decisión judicial, la cual, de resultar favorable a sus pretensiones, sería inútil por extemporánea, pues mientras tanto podría sobrevenir el deceso de la demandante.

Con lo anterior, la Corte reafirmó la posibilidad de la acción de tutela de dirimir conflictos de carácter contractual. En esta ocasión se abrió por primera vez la posibilidad de intervenir jurisprudencialmente contratos que, a pesar de celebrarse entre particulares, se rigen por normas de orden público como es el caso de los aquellos celebrados en virtud del Sistema de Seguridad Social en Salud, específicamente en lo que atañe al manual de Procedimiento e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud. La sentencia, por vez primera, señala cómo en casos de carencia de recursos no se le puede negar a la persona el suministro de procedimientos y medicamentos vitales para los pacientes.

Como es natural, la Corte Constitucional continuó manejando la misma línea jurisprudencial en el sentido de seguir estableciendo criterios para proceder a suministrar medicamentos y tratamientos médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, tal y como se pone de presente en la sentencia T-640 de 1997 con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell.

En dicha sentencia, la Corte vuelve a señalar que criterios de carácter meramente económico no pueden prevalecer sobre preceptos fundamentales. Sin embargo, en este caso se hace referencia no sólo a la vida en el aspecto biológico, sino que también abarca otros aspectos tales como la dignidad humana.

Posteriormente, la Corte en sentencia T-236 de 1998 con ponencia de Fabio Morón Díaz marcó un hito en la designación de criterios para proceder a inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud:

Es necesario señalar en qué casos procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia, pues no siempre ellas significan vulneración de derechos constitucionales fundamentales y, como en el caso anterior, tampoco procede una inaplicación automática. En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado. En segundo lugar, debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente. En tercer lugar, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. Debe aclararse que el mínimo vital, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que

puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone tanto el respeto por la no violencia física y moral, como el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

La anterior cita es importante retomarla en extenso, ya que con esta sentencia la Corte Constitucional sintetiza cuándo una prestación no incluida en los planes obligatorios debe otorgarse, porque en el fondo está en juego la integridad de los derechos del usuario que ha acudido al sistema a solicitar un servicio, que en principio estaría excluido. Este fallo evidencia además que la forma de aplicación de las normas constitucionales y legales debe hacerse de manera amplia y extensiva, teniendo presente, que prevalecen los derechos de las personas, y que estos van más allá incluso de las normas legales o reglamentarias. (Artículo 5 constitucional).

Esto guarda relación con lo que la Corte ha sostenido hasta el momento sobre el tema y su relación con el Plan Obligatorio de Salud, citado expresamente en la sentencia C-645 de 1996 con ponencia del Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero en el anterior aparte. En efecto, el Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general.

Reafirmando la postura de la Corte Constitucional, el Congreso de la República, tras la aprobación de la ley 508 de 1999 por medio de la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 1999-2002, incluyó en su artículo 37 una serie de condicionamientos y requisitos legales necesarios para inaplicar normas del Plan Obligatorio de Salud y que variaron en ciertos aspectos generales y en otros ratificaron lo que

la Corte Constitucional había sostenido en cuanto al tema.

Igualmente, la Corte establece que le corresponde al Estado reclamar las sumas que por pagos compartidos deba hacer el peticionario de los servicios. Las entidades de salud están facultadas para recobrar al Estado con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) el valor de los tratamientos excluidos y aquel deberá reembolsar totalmente los costos.

En palabras de la Corte, el Estado deberá disponer de los recursos para los tratamientos excluidos en el mismo momento de la práctica de éstos. Le compete al Estado, la obligación de asumir los procedimientos, intervenciones, medicamentos y demás gastos que demanda el tratamiento que el afiliado requiere para la recuperación de su salud por cuanto se entiende que es directamente responsable de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud.

Adicionalmente, la responsabilidad y coordinación en cuanto al otorgamiento de prestaciones por fuera del POS, se debe efectuar a través de la red pública de prestadores y sus correspondientes fuentes de financiación (Decreto 806 de 1998).

Así mismo, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades se ha pronunciado al respecto señalando que quien presta un servicio de salud no debe efectuar ningún acto que viole el principio de continuidad del servicio ni su eficiencia, ya que es obligación de las entidades estatales y de las particulares que prestan el servicio público de salud, garantizar su continuidad.

En consecuencia, los beneficiarios del sistema de salud no tienen porqué asumir la inacción de las EPS, ni padecer los inconvenientes presupuestales de ésta. Los pacientes no pueden ver obstaculizado ni impedido su tratamiento médico debido a los trámites internos que adelanten las entidades de salud, ya que los procedimientos burocráticos no deben influir en la prestación del servicio ni afectar la protección que otorga el Estado en esta materia.

Un ejemplo que sirve para ofrecer un mejor panorama acerca de la forma como la Corte Constitucional reconoce prestaciones por fuera de lo establecido en los diferentes reglamentos que rigen para el sistema de salud en Colombia es el siguiente:

Si la EPS no cumple con el requerimiento de practicar la operación por cuestión de recursos y comunica que la usuaria pague y que luego se le devuelva la inversión, esta determinación viola los derechos a la salud en conexión con la vida y el derecho a la asistencia social, en perjuicio del usuario que interpone la tutela, en cuanto afecta la continuidad y atenta además contra el principio de solidaridad, ya que el sistema debe preocuparse por los afiliados de escasos recursos. La disculpa de no practicar una intervención quirúrgica por culpa de la propia EPS ubica tal conducta dentro del principio jurídico de NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS. No tiene el usuario que asumir la culpa de la EPS, menos aun cuando el usuario es pobre y no puede pagar la intervención quirúrgica (Sentencia T-033/98).

Es importante resaltar otro pronunciamiento en particular de la Corte Constitucional, que asume una posición diferente a las demás, en el sentido de que aquellas afirman que existe una obligatoriedad de las EPS frente al derecho que tiene el paciente a que estas entidades acepten la cirugía bariátrica como parte del POS. Sin embargo, la Tutela T-103 de 2009, con la ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, concluye que:

...en cada caso concreto, será el médico tratante y el grupo interdisciplinario los que determinen el tratamiento, medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad, con su respectivo consentimiento informado y respeto del derecho al diagnóstico como ya se señaló.

...‘DERIVACIONES EN ESTOMAGO’ bajo el código 07630 Anastomosis del estómago; incluyendo gastroyeyunostomía y el código 07631 Anastomosis del estó-

mago en Y de Roux, conforme a los dictámenes solicitados pueden ser entendidas técnicamente como el procedimiento genéricamente descrito como Bypass gástrico para cirugía bariátrica, el cual es un procedimiento incluido en el POS, por lo que no existen razones constitucionales ni legales para que las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), se nieguen a autorizar un procedimiento que sí se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS).

...en todos los casos en que se comprometan los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas y la cirugía bariátrica no tenga fines de embellecimiento, debe entenderse que los procedimientos estudiados están incluidos en el POS.

Esta Sentencia fue más allá y justificó su decisión en los argumentos técnicos de las entidades especializadas, además de que el procedimiento en comento, hace parte de la legislación desde 1994 (Resolución No. 5261 de 1994, artículos 62 con códigos de 7630 y 7631). Y enfatizó:

Ahora, por el mero hecho de que el procedimiento pertenezca al POS no puede entenderse que la cirugía deba autorizarse directamente, ante el peligro, complejidad y riesgo inherente de la cirugía estudiada; por esta razón la Corte conserva las siguientes condiciones que se extraen de la línea jurisprudencial expuesta, y que se deben verificar en primer grado por las EPS y en segundo por los jueces de tutela para autorizar este tipo de cirugía, tales criterios son:

- (i) La efectiva valoración técnica que debe hacerse, por un grupo interdisciplinario de médicos adscritos a la entidad, la cual debe preceder a la orden de práctica del procedimiento;*
- (ii) La cirugía no debe tener fines estéticos y se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento tales como (ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc.);*
- (iii) El consentimiento informado del paciente, que consiste en el deber que asiste a los profesionales de la ciencias médicas de informar, en forma clara y*

concreta, los efectos de la cirugía que el paciente se va a practicar, para que manifieste de manera libre y espontánea su voluntad de someterse al mismo, y

(iv) *El respeto del derecho al diagnóstico en un plazo oportuno.*

La Corte finaliza enunciando que los anteriores criterios no se excluyen los unos a otros y en el caso en que el juez de tutela advierta que todos o alguno de los anteriores criterios no se cumplen, en el respectivo fallo deberá ordenar el cumplimiento de los mismos, con el fin de hacer efectiva la protección del derecho fundamental a la salud de la persona.

Construcción de la Línea Jurisprudencial

Es de anotar, que el proceso metodológico se centró en la construcción de la línea argumentativa de la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto del escenario constitucional de la cirugía bariátrica, a partir del estudio individualizado y pormenorizado de cada sentencia objeto de revisión, siguiendo la metodología propuesta por el profesor López (2007), quien presenta la construcción de la línea jurisprudencial que se traduce en tres fases:

El punto arquimédico de apoyo

En este paso se busca la sentencia por medio de la cual el investigador jurídico pueda dar solución a las relaciones estructurales de varias sentencias, ésta debe cumplir con dos requisitos básicos: que sea lo más reciente posible y tenga el mismo patrón fáctico con relación al problema jurídico a analizar, es decir, esta sentencia debe encontrarse en el mismo escenario jurídico del caso a examinar.

Ingeniería reversa

Luego de haber delimitado la sentencia que servirá de *base* para la respuesta al

problema jurídico formulado en la línea jurisprudencial, se sigue al estudio de la estructura de citas de dicha sentencia, se organiza un “nicho citacional”.

Telaraña y puntos nodales de jurisprudencia

Aquí se estudia el nicho citacional formado por el análisis del punto arquimédico y de las sentencias acompañantes a éste, con lo que se alcanza a visualizar los puntos nodales que, por regla general, coinciden con las sentencias hito de la línea, de manera que se va destilando aún más la telaraña citacional con el fin de lograr una graficación sintética de la línea jurisprudencial. Paso seguido, se determinan los extremos polares que han dado respuesta al interrogante inicial y con ello se logra situar las sentencia hito o puntos nodales en un espacio medio, dependiendo de su acercamiento o alejamiento a los extremos que se define por la interpretación hecha en las sentencia hito de la *ratio decidendi* contenida en el punto arquimédico o sentencia específica del problema. Ya con la localización de las sentencias dentro del margen de las respuestas contradictorias entre sí, se especifica si la línea jurisprudencial posee balance o sombra constitucional, la trayectoria de la misma y su comportamiento cambiante o estable en una sola posición y la existencia de un precedente judicial.

De esta forma, el punto de partida fue la Sentencia C-476 de 2012, proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual autoriza la cirugía bariátrica en varios casos excepcionales, la cual es el punto arquimédico de apoyo, según la denominación del profesor López para referirse a la sentencia de vital importancia en toda línea jurisprudencial, puesto que es el fundamento a partir del cual se discute el escenario constitucional de la cirugía bariátrica en Colombia.

Por su parte, el nicho citacional, objeto de investigación, se integró por las siguientes

sentencias: C-476 de 2012, C-499 de 2011, C-760 de 2008, C-414 de 2008, C-828 de 2005, C-1344 de 2001. A continuación, a partir del análisis de la sentencia arquimédica y del nicho citacional, se determinaron los puntos nodales de la investigación, de manera que se fue decantando aún más la telaraña citacional con el fin de lograr una graficación sintética de la línea jurisprudencial.

Paso seguido se determinaron los extremos polares que han dado respuesta a un interrogante inicial propuesto y con ello se logró situar las sentencia hito o puntos nodales en un espacio medio dependiendo de su acercamiento o alejamiento a los extremos según el estudio analítico de la jurisprudencia objeto de estudio.

Avanzando en la investigación, con base en los lineamientos trazados en la metodología propuesta al inicio de la misma, se construye la secuencia argumentativa sobre la situación jurídica y se colige el grado de protección que aquél merece, a partir de la lectura inferencial realizada a la jurisprudencia constitucional en materia de la cirugía bariátrica, la cual se superpone dentro del siguiente contexto.

Es de advertir, que de conformidad con el artículo 1° superior, el fundamento del Estado colombiano, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, es netamente humanista al constituir la dignidad humana uno de los pilares fundamentales de la actuación estatal, por cuanto la actividad del Estado gira en torno a la prestación de servicios públicos que permitan la satisfacción de las necesidades de la persona y la optimización de sus condiciones de vida.

En este sentido, los derechos y deberes tradicionalmente consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, son reinterpretados dentro del ámbito de la persona humana, por lo que el margen de acción de la persona se extiende a límites antes no concebidos con la consiguiente aceptación de mayores libertades, lo cual se logra, en

un principio, por vía jurisprudencial mediante la interpretación de las normas jurídicas teniendo como objetivo la realización de los principios y valores constitucionales, actuación desarrollada por los funcionarios judiciales, en especial por la Corte Constitucional, con fundamento en la doctrina del “Derecho Viviente”, la cual es fundamentada por la Corte Constitucional en la siguiente forma:

El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución (que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades), un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma” (Sentencia C-476/2012).

El reconocimiento de mayores libertades ha conllevado a la reinterpretación de los derechos de la persona, en cuanto a su esencia y a su alcance. Es así como el derecho a la vida ha sido comprendido desde la perspectiva de valor superior y derecho fundamental. Un valor superior que, según el preámbulo, debe ser asegurado por la organización política, siendo uno de los fines esenciales del Estado en el artículo 2° Superior. Así mismo, es un derecho fundamental (art. 11 C. N.), “...el de mayor connotación por constituirse en el presumpues-

to ontológico para el goce y el ejercicio de los demás derechos” (Corte Constitucional, Sentencia T-271/1995). Por ende, las actuaciones del Estado no son solamente de carácter omisivo, sino que abarcan las actuaciones positivas.

En esta misma línea, la nueva interpretación del derecho fundamental a la vida ha versado en relación con otros derechos fundamentales, con singular significación en lo que respecta a la interrelación entre el derecho a la vida y el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad.

Respecto a la Cirugía bariátrica, la Corte Constitucional ha proferido diversas sentencias, en las cuales ha analizado el alcance de derechos fundamentales de la mujer o del hombre como el derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, con el objeto de determinar la admisibilidad constitucional de la práctica de la cirugía bariátrica en determinados supuestos fácticos. Para resolver tal conflicto de intereses constitucionales, por vía de tutela, así como en sentencias de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha fijado los lineamientos básicos del ejercicio de los Derechos Fundamentales de todo ser humano en las circunstancias en las cuales es admisible la cirugía bariátrica.

Teniendo en cuenta las consideraciones de la Corte Constitucional en cada una de las sentencias, podemos invocar las más destacadas:

1. Sentencia C-828 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Defiende y Comprende, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad.
2. Sentencia C-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la corte en esta sentencia hace referencia al derecho de la salud, defendiendo el derecho fundamental de la vida e integridad física de cada paciente.
3. Sentencia C-499 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). La corte defiende

el derecho de la salud del accionante en base a que, el médico tratante del problema de obesidad mórbida no es adscrito de la EPS, pero este tiene los fundamentos cien y pruebas científicas para que la cirugía bariátrica sea aplicable.

4. Sentencia C-414 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Defiende la aplicación de la cirugía bariátrica en términos del reglamento del plan obligatorio de salud “POS” haciendo un especial énfasis en que la intervención quirúrgica no puede tener fines estéticos.
5. Sentencia C-1344 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis). Defiende y ampara en su totalidad el derecho a la vida como derecho constitucional fundamental no entendido como una mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana.
6. Sentencia T 476 de 2012 /M.P. María victoria calle correa). Protege el derecho fundamental de la salud, de la vida y sus condiciones dignas de existencia, ordenando el tratamiento médico requerido para que sea eficaz y rápido.

De tal forma, la Sentencia C-476 de 2012 con ponencia de María Victoria Calle Correa, se encuentra más próxima a la respuesta que justifica la ejecución de la cirugía bariátrica puesto que el deber de protección de la vida y la dignidad de las personas prevalece en relación con otros derechos.

La Corte ha autorizado la cirugía bariátrica en defensa del derecho a la salud y la vida en condiciones dignas. En este sentido, está bien claro que el Estado debe promover el derecho a la salud, y su obligación es protegerla y garantizarla. En reiteración frente al tema de cirugía bariátrica, la Corte Constitucional en Colombia ha aprobado o defendido la posición de este procedimiento quirúrgico, concediéndoselas en defensa

del derecho a la salud y la vida en condiciones dignas.

Negación de la cirugía bariátrica

Son muy pocos casos en que la Corte niega la cirugía bariátrica y falla a favor de las EPS, Alguno ejemplo de pronunciamiento de la Corte Constitucional en este tema que nos pueden ofrecer un mejor panorama, está en la sentencia T-828 del año 2005 en ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, quien concluye:

[...] No obstante, en el presente caso no aparece demostrado que el procedimiento solicitado, esto es, el "By Pass" gástrico por laparoscopia haya sido ordenado por médicos adscritos a la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado [...]

Por las anteriores razones no encuentra esta Sala que en el caso concreto se hayan vulnerados los derechos fundamentales a la salud y a la vida del demandante, pues por una parte no están presentes las condiciones señaladas por esta Corporación para ordenar tratamientos o medicamentos excluidos del POS y, en segundo lugar, la entidad demandada ha adelantado las actuaciones necesarias para proteger los derechos del Sr. Pezzotti pues ha diseñado "un plan de manejo interdisciplinario", el cual comprende múltiples controles con diversos especialistas, para evaluar su condición médica y ha condicionado la práctica de la cirugía a una segunda evaluación de la Junta Médica, la cual deberá efectuarse una vez el accionante cumpla el esquema de tratamiento antes mencionado".

Conclusiones

La construcción de la Línea jurisprudencial nos permite tener una visión panorámica de las posiciones expresadas por las Cortes en las diferentes sentencias, y así poder determinar con claridad, cuál es la tendencia jurisprudencial.

La Corte Constitucional ha amparado el derecho a la salud y la vida digna de los

pacientes que por necesidad demostrada requieren de un procedimiento quirúrgico fuera del POS, como es la cirugía bariátrica.

Las Sentencias que protegen casos fuera del POS se constituyen en precedente judicial, el cual se configura como criterio obligatorio a tenerse en cuenta por parte de los operadores jurídicos y que se evidencia en normas que le dan un carácter vinculante, como son el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, el Código Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Es claro, y así lo ha demostrado la jurisprudencia analizada, que con el procedimiento quirúrgico de la cirugía bariátrica está en juego el derecho a la dignidad humana, igualmente los derechos fundamentales a la vida, salud, igualdad y libre desarrollo de la personalidad de los pacientes, en consecuencia, las EPS no pueden abstenerse de prestar este servicio, con el pretexto de que no hace parte del POS.

La línea jurisprudencial señala que en cada caso concreto, no es recomendable tomar una decisión judicial a priori, hasta tanto el médico tratante y el grupo interdisciplinario determinen el tratamiento, medicamentos y procedimientos indicados en cada paciente para el manejo de su obesidad, con su respectivo consentimiento informado y respetando el debido derecho al diagnóstico.

El sistema jurídico y el desarrollo del sustento legal del derecho a la cirugía bariátrica por parte de los pacientes que realmente lo necesitan, ha sido demarcado claramente por la jurisprudencia constitucional que en muchos de los casos ha trazado los parámetros y criterios que han servido para la construcción de una nueva normatividad, basada en los derechos fundamentales, que han redundado en el fortalecimiento del sistema y en hacer del mismo un mecanismo social más eficiente, solidario y universal, reafirmando progresivamente sus propios principios fundadores.

La Corte Constitucional, ha asociado la cirugía bariátrica, con las importantes y diversas funciones que cumple la vida en el ordenamiento constitucional. Por una parte, es un valor constitucional que conlleva la obligación genérica, por parte del Estado, de respetar y promover toda forma de vida. Y, por otro lado, es un derecho subjetivo fundamental, de aplicación específica a la persona humana, puesto que es presupuesto para su titularidad y ejercicio la existencia de personalidad jurídica.

La Corte ha determinado que para acceder al derecho a la cirugía bariátrica, es necesario demostrar: 1. Que no es con fines estéticos; y 2. Que se han debido agotar los métodos alternativos al procedimiento, tales como: ejercicios, dietas, fármacos, terapias, etc.

Los ciudadanos deben entender las poderosas herramientas que les brinda la Constitución de 1991 en materia de recursos del amparo de sus derechos fundamentales y civiles, para aprovecharlos mejor en su beneficio.

Referencias

Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación jurídica: teoría del discurso como racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

López Medina, D. (2007). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente Constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Ediciones Uniandes – Legis: Bogotá 2001

Bernal, C. (2007). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Moral, J., Redondo F. (2005) *La obesidad. Tipos y clasificación, Obesidad. Sobrepeso. Tipos de obesidad. Clasificación de la obesidad*. Recuperado de: <http://www.efdeportes.com/efd122/la-obesidad-tipos-y-clasificacion.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-828 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Recuperado de:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-499 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-414 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1344 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-476 de 2012 (M.P. María victoria calle correa).

Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-103 de 2009 19 de febrero de 2009. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993 "Por cual se crea el sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones". Recuperado de: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Gobierno Corporativo en la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) Unipersonal en Colombia*

Yessica Barrios Ramírez**

Juan Mauricio Álvarez Amariles***

Ligia Amparo Torres Acevedo***

María Enelia Cartagena Durango***

Diana Patricia Lastre Álvarez***

Giovanni Alberto Osorio Castañeda***

Luis Albeiro Serna Ruíz***

* Proyecto integrador de IV semestre del núcleo básico de Derecho Privado II. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Abogada, Corporación Universitaria Luis Amigó; especialista en docencia investigativa Universitaria, Fundación Universitaria Luis Amigó - Integrante del grupo POLEMOS COL0111291, correo electrónico:derecho.investigación@unisabaneta.edu.co

*** Estudiantes de IV semestre de la facultad de Derecho, Núcleo de Derecho Privado, Corporación Universitaria de Sabaneta.

Contenido

51	Resumen
52	Introducción
55	1. Gobierno Corporativo en las Sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) Unipersonales
56	1.1 Aproximación al concepto de administración del riesgo
58	1.2 Evolución normativa de los modelos societarios
61	1.3 Similitudes, diferencias, beneficios y proyecciones con respecto a la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada
62	1.4 Comparación de formas de organización empresarial
64	2. Analisis del riesgos en sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) unipersonal
66	2.1 Riesgos a partir de la consideración normativa
68	2.2 Causa común no normativa-gobierno corporativo
71	3. Estrategias de intervención del riesgo en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.).
73	Conclusiones
75	Lista de referencias

Resumen

Las sociedades por acciones simplificadas, en el contexto empresarial y comercial en Colombia representan la revolución y dinamización en materia de requisitos legales y formalismos, los cuales, para algunas sociedades representaban una disminución de la capacidad contractual, puesto que debían disponer recursos adicionales y manejar reservas, limitando el capital de trabajo entre otros factores que hacían desde el punto de vista legal menos apetecibles las figuras de derecho societario clásico; este escenario es consecuencia de las normas que plantea el Código de Comercio de 1971 para las sociedades tradicionales, las cuales no tienen en cuenta a las personas naturales que no desean asociarse, sino trabajar de manera individual, es con ello que deviene la figura de la empresa unipersonal del 95.

La ley 222 de 1995 subsana de manera parcial la restricción de los modelos societarios con respecto a las personas naturales al permitir la creación de empresas unipersonales (E.U.), pero mantiene res-

tricciones económicas limitantes dentro de un proceso de apertura económica y que por demás resultan sumamente dispendiosos los procedimientos para efectos de control.

Por lo anterior, la Ley 1258 de 2008 permite la creación de las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) donde se da una mayor apertura y libertad al empresario, en función de la necesidad social de creación de empresa y fomento del empleo, en un marco económico, social y jurídico de intercambio comercial, globalización en su estado máximo de apogeo conocido hasta el momento y tratados de comercio internacionales, donde se busca no solo la participación en los mercados, sino la participación de capitales extranjeros en la economía colombiana, dejando en esta libertad, un vacío jurídico que puede propiciar actos ilegales de carácter civil, comercial e incluso penal, y es en función de la sociedad por acciones simplificada, donde la naturaleza flexible de ésta, la que genera la necesidad a nivel corporativo y de participación en los mercados la búsqueda y aplicación de formas de moderación procedimental y autorregulación tales como el gobierno corporativo para que sean dispuestas a manera de mecanismo de control interno y externo, teniendo esta particular esta forma llamada gobierno corporativo como elemento esencial la moderación de elementos axiológicos y de manejo administrativo que permitan en las relaciones contractuales la aplicabilidad real del principio de seguridad jurídica, procurando la permanencia en el mercado, generando confianza y seguridad contractual.

Palabras clave: Gobierno corporativo-sociedad por acciones simplificada- gestión-riesgo.

Abstract

The simplified joint stock companies in the business and commercial environment

in Colombia, representing revolution and revitalization on legal requirements and formalities, which, for some societies represented a decrease of contractual capacity, since they had to provide additional resources and manage reserves, limiting the working capital; this scenario is a consequence of the rules posed by commercial code for traditional societies, which do not account for natural persons who do not wish to associate, but work individually.

Law 222 of 1995 partially overcomes the restriction of corporate models with respect to individuals to enable the creation of sole proprietorships (EU), but maintains economic constraints limiting within a process of economic liberalization and others that are extremely wasteful procedures for monitoring purposes.

Therefore, the Law 1258 of 2008 allows for the creation of simplified joint stock companies (SAS) where greater openness and freedom is given to the employer, depending on the social necessity of creating business and employment promotion in a frame economic, social and legal trade, globalization in its maximum state of peak known far and international trade agreements, which seeks not only participation in the markets, but the participation of foreign capital in the Colombian economy, leaving this freedom, a legal vacuum that can facilitate illegal acts of civil, commercial and even criminal.

It is based on the simplified stock company, where the flexible nature of this creates the need at the corporate level and participation in markets, since forms of procedural restraint and self-regulation such as corporate governance are arranged in the manner of mechanism internal and external control, than having as essential elements axiological moderation and administrative management in contractual relations allow the actual applicability of the principle of legal certainty, also seeking to stay in the market, trust and contractual security.

Key word: Corporate governance-simplified joint stock company- management- risk.

Introducción

El Gobierno Corporativo, es un mecanismo que pretende buscar un mejor funcionamiento, al interior de la administración de una sociedad desde los aspectos político, económico, administrativo y los elementos sociales. Este puede emplearse en cualquier tipo de sociedad, donde además de intervenir factores internos en la misma en asuntos tales como conflictos, obligaciones, intereses colectivos y particulares, mediante políticas claras y estructuradas que mitigan riesgos a corto o largo plazo. Así Garicano resume algunos de los aspectos que han llevado al fracaso a múltiples corporaciones, y en esto coinciden varios autores que han abordado el tema.

“La pérdida de vigencia de principios en los que se basaba el funcionamiento de los mercados, tales como transparencia, confianza, claridad, integridad, prudencia; la existencia en muchas empresas de una cultura orientada a maximizar la rentabilidad a corto plazo, obsesionada por los resultados trimestrales y que favorece una política relajada con respecto a los principios financieros y contables más elementales; la excesiva psicosis por los beneficios después de impuestos y la casi nula atención al flujo de caja libre” (Garicano; 2002).

Teniendo en cuenta lo anterior, nos proponemos determinar las acciones que pueden implementarse en las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) de carácter unipersonal para la instauración en su organización de un gobierno corporativo que le permita realizar una gestión y mitigación de riesgos. A partir de las medidas procedimentales adoptadas por la Superintendencia de sociedades en la Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia.

En aras de alcanzar este objetivo, hemos propuesto, primero, realizar una aproximación al concepto de gobierno corporativo aplicado a la figura de la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal; segundo, identificar factores de riesgo que genera el modelo societario por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal a la luz de reglas procedimentales de gobierno corporativo adoptado por la Superintendencia de Sociedades; y, tercero, sugerir medidas de Gobierno Corporativo a incorporar para minimizar los riesgos identificados en las sociedad por acciones simplificadas (S.A.S.) unipersonal.

En el desarrollo de la presente investigación se busca un razonamiento sobre las alternativas jurídicas y los riesgos a mitigar en la S.A.S. unipersonales; pues si bien es cierto, toda forma societaria presenta factores de riesgo, éstos tienen mayor presencia dentro del modelo societario conformado por una sola persona, pues está en cabeza de una sola persona el manejo de la información, control y toma de decisiones, por lo tanto puede ser objeto de mayores riesgos, riesgos que pueden presentarse desde acciones que entren en detrimento de la sociedad como persona jurídica con efectos adversos, tanto internos como externos; como efectos internos podemos evidenciar la pérdida de vigencia en el tiempo y la imposibilidad de ejecución del objeto social; efectos externos que van desde la comisión de actividades ilícitas bajo la figura societaria tales como lavado de activos, financiación del terrorismo y evasión de impuestos. Tales actividades y fenómenos son de conocimiento y observación por parte de la Superintendencia de Sociedades, las cuales afectan de forma negativa la economía nacional.

El gobierno corporativo como conjunto de principios y normas de auto regulación al interior de la sociedad, facilita la identificación y gestión de riesgos, en la medida que sus planteamientos y modelos de gestión responden a escenarios y necesidades

de carácter objetivo¹, debido a la concentración unipersonal del poder, por lo cual se busca responder a planteamientos de carácter jurídico donde la vigilancia y el control deben tener un acompañamiento legal que sea eficaz, efectivo y de carácter preventivo.

En el decurso de la presente investigación se abordarán aspectos de orden conceptual según lo planteado en el diseño metodológico, para realizar una orientación sobre una identificación de factores de riesgo en las sociedades por acciones simplificadas unipersonales desde la perspectiva de un sistema de gobierno corporativo, con miras a objetivar los riesgos posibles en este tipo de sociedad para lograr por último formular una serie de sugerencias en torno a la mitigación de riesgos y eventuales conductas antijurídicas en que pueda verse la sociedad.

Para lograr lo referido anteriormente se abordará en un primer momento las figuras empresariales unipersonales encontrando en ellas la empresa unipersonal, creación de la ley 222 de 1995 y posteriormente se desarrollarán algunos elementos de reflexión en torno a la Sociedad por Acciones Simplificada, para posteriormente incluir los posibles riesgos que los investigadores consideran deben ser objeto de mayor atención, para finalizar en las ya referidas sugerencias o recomendaciones de medidas de intervención para mitigación del riesgo.

Lo expuesto lleva preguntarnos, ¿Qué aspectos del gobierno Corporativo defini-

¹ En atención a esto, los autores han considerado que más allá de estudiar una formulación de postulados derivados de un deber de diligencia, es necesario objetivizar la discusión del gobierno corporativo, que el mismo se convierta en algo cercano a los empresarios y no se convierta en una simple elucubración del deber ser al interior de la sociedad, dado su carácter auto regulatorio, no supone per sé una vaga interpretación en sus usos en la problemática empresarial.

dos por la Superintendencia de Sociedades pueden implementarse en las S.A.S. unipersonal, que permitan minimizar los riesgos empresariales y generar confianza en el mercado?

La pretensión desde el estudio del derecho, se basa en la comprensión de éste como un elemento interdisciplinar donde más allá de la existencia y aplicación taxativa de la norma, haya elementos de razonamiento y ponderación donde esta ciencia, la cual se clasifica en el grupo de las ciencias sociales, no solo responda por la existencia de la norma en sí misma, sino que la misma procura el interés general y la aplicabilidad en el contexto y el marco de las relaciones, para el caso, comerciales. Esta aplicación en el marco del modelo constructivista de la Corporación Universitaria de Sabaneta Unisabaneta, responde al interés de una educación integral donde la sociedad se reconoce como creadora del derecho.

Respecto al diseño metodológico podemos decir que el presente artículo es producto de un proceso de investigación realizado en el marco de la materia Proyecto Integrador IV, cuyo eje problémico se desarrolla a través de los llamados "Nuevos paradigmas de la empresa y sus relaciones jurídico negociales", el trabajo de investigación realizado obedece a un tipo de investigación cualitativa, de análisis documental, cuyo alcance los investigadores denotan como exploratorio (Hernández S, Fernández C, & Baptista L, 1991) , dado que el Estado del Arte o de la cuestión se encuentra en un estado incipiente y las investigaciones que hasta el momento se han realizado sobre el gobierno corporativo sin que sea desarrollado particularmente investigaciones sobre el gobierno corporativo en la S.A.S., son claro está fuentes secundarias, provenientes de un autores institucionales como Confecámaras y la Cámara de Comercio de Medellín, también se hallan otras fuentes secundarias como obras que

a pesar de no determinarse claramente la aplicación de un método científico y no se nombran como productos de investigación en sí mismos, dan claridad, y son un gran soporte para esta investigación; el análisis documental también abordó fuentes normativas, todo ello para lograr dilucidar las particularidades de la Sociedad por Acciones Simplificada frente al fenómeno del Gobierno Corporativo; Es menester aclarar que parte de las aplicaciones prácticas encontradas en el rastreo bibliográfico especializado son solo de carácter descriptivo y exploratorio, cuyo objetivo esencial es ilustrar de forma general el gobierno corporativo y su relación con las sociedades cerradas y de familia.

El abordaje del problema jurídico, el cual se desarrolla en torno a la aplicación del gobierno corporativo adoptado por la Superintendencia de Sociedades para una mitigación de riesgos en la S.A.S. unipersonal, y así de ésta manera aportar al estado del arte, aproximaciones que sirvan para que el gobierno corporativo implantado al interior de las organizaciones sirva como medio para evitar que la sociedad S.A.S. unipersonal llegue a una imposibilidad de cumplimiento del objeto social- o incluso transgresiones a la norma- siempre y cuando obedezca a causas que gocen de una posibilidad de estrategia y plan de mejoramiento a nivel orgánico.

Las aproximaciones a utilizar son de carácter jurídico, sin embargo es relevante indicar que las ciencias administrativas gozan de una serie de herramientas idóneas para el estudio estratégico corporativo y financiero que arroja muchas más causas eficientes y modalidades de variables en torno a un sentido de productividad, eficiencia y eficacia de la unidad productiva, pero este estudio solo compromete los criterios jurídicos que podrían alertar a la comunidad y a los mismos empresarios acerca de los riesgos que podrían mitigarse desde una visión unidimensional abierta a

posteriores aportes. El método aplicado a esta investigación es un método analítico que consta de una descomposición de la figura societaria por acciones simplificada para lograr apreciar a partir de sus características, el compromiso de un todo de la figura societaria y su relación frente a los riesgos en sus actividades comunes o del giro ordinario, en el contexto de un sistema de gobierno corporativo adoptado por la Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Se aborda el presente estudio en un marco contextual cualitativo donde se procura lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente un asunto o actividad en particular, donde el producto final se presenta como un artículo de reflexión.

Dentro del proceso de identificación de riesgos existentes en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal, se retoma un modelo de medidas procedimentales adoptadas por la Superintendencia de sociedades en la Guía colombiana de gobierno corporativo para sociedades cerradas y de familia, gracias a este ejercicio se ha logrado determinar elementos susceptibles de valoración, para lo cual se diseña una matriz con el objetivo de priorizar y establecer criterios que permitan evaluar el riesgo presente en este modelo societario, en función de sus relaciones internas y externas.

Es necesario indicar que a pesar de que existen variables y conceptos de las ciencias administrativas que están directamente relacionadas con el gobierno corporativo y que aportan a la empresa como la productividad, competitividad, crecimiento y perdurabilidad, se ha planteado sin embargo para este ejercicio, analizar variables que serán llamadas “ riesgos” que no corresponden a las ciencias administrativas sino que corresponden a aspectos jurídicos, particularmente elementos característicos de la ley 1258 de 2008. Para tal análisis se realizará un análisis

cualitativo para asignar la justificación de lo que los investigadores entienden como riesgo. A partir del análisis de investigaciones anteriores y criterios construidos por la Superintendencia de Sociedades en sus investigaciones corporativas a partir de la aplicación de reglas o principios para indicar soluciones a los problemas de las sociedades de familia y cerradas. Esta investigación no participa en la ejecución de técnicas de recolección de información que establezcan un patrón de cumplimiento de tales riesgos, esto queda para una investigación posterior.

1. Gobierno Corporativo en las Sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) Unipersonales

El gobierno corporativo es un mecanismo o sistema que busca generar beneficios de impacto positivo en las empresas, es importante la adopción de estos según las necesidades de cada empresa, prácticas que para la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal representan gran beneficio, en virtud de la autorregulación necesaria y pertinente para poder ejecutar un mejor esquema de autocontrol que se origina en las disposiciones legales otorgadas por la Ley 1258 de 2008, esquema de autocontrol que procede del cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de la persona jurídica, sus representantes y accionistas, en un marco de responsabilidad orgánica (Calcaterra, 2007)². Mecanismos los cuales tienen como finalidad la protección a las decisiones de la junta de socios, en este caso, se debe referir que la junta misma es unipersonal, y tales mecanismos deben estar orientados al manejo y control den-

² Al respecto también podemos encontrar un desarrollo de la teoría organicista en autores como Francisco Reyes Villamizar.

tro de un marco de diligencia teniendo como punto de partida elementos de carácter ético y de cultura empresarial, que permita que la empresa³ sea sostenible en el tiempo y para ello es necesario generar conciencia de los riesgos organizacionales, y de la necesidad de un cumplimiento estratégico de actividades dentro de un plan de mejoramiento y evaluación constante para una gestión transparente y que proporcione seguridad en el mercado.

Según los autores, Berck y Demarzo (2008) el gobierno corporativo *“aparece como un sistema de mecanismos, controles, regulaciones e incentivos diseñado para prevenir el fraude e incentivar el desempeño de los administradores en beneficio de los accionistas, ... si bien es cierto la voluntad es crucial para la implementación de medidas de autorregulación, esta trae beneficios económicos, que comienzan hacer un aspecto de valoración por inversionistas”*

También Confecámaras (2012), organismo nacional de apoyo y coordinación a la actividad de las cámaras de comercio, aporta el concepto de gobierno corporativo definiéndolo como *“El sistema por el cual una empresa es dirigida y controlada en el desarrollo de sus actividades económicas. Este se enfoca en las responsabilidades y derechos de cada miembro de las organizaciones, y en las reglas a seguir para la toma de decisiones. En particular, el Gobierno Corporativo se refiere a las prácticas formales e informales que establecen las relaciones entre la Junta Directiva, quienes definen las metas de la empresa; la Gerencia, los que la administran y operan día a día; y los Accionistas, aquellos que invierten en ella, (Grupos de Interés).”*

3 Atienden los investigadores al concepto de empresa en los términos del artículo 25 del Código de Comercio colombiano, resaltando que la ley 1116 de 2006 posee dentro de sus principios rectores el salvamento de la empresa y no de la sociedad misma, pues la empresa como actividad organizada, se caracteriza por su valor agregado y función social.

Unas buenas prácticas como las anteriormente mencionadas, contribuyen a la competitividad responsable, a nivel de las empresas, el contar con buenas prácticas de gobierno corporativo mejora la disponibilidad y las condiciones de obtención de recursos financieros (ofrece menores costos de monitoreo y menores riesgos relacionados con su gestión), y permite el establecimiento de acuerdos en mejores condiciones y a mayores plazos con otros grupos de interés (proveedores, clientes o empleados) al contar con una contraparte que ofrece una mayor transparencia y una mejor concentración en la generación de valor. La adopción de buenas prácticas de gobierno corporativo ayuda al desarrollo institucional de sistema financiero y del mercado de valores.”

Una vez definido el gobierno corporativo, debe hacerse una posterior identificación y caracterización de los riesgos que pueden generar desequilibrios a nivel de competitividad empresarial con respecto a compañías cuyo modelo societario esté fundamentado en las sociedades tradicionales, principalmente la sociedad anónima y la sociedad limitada, en la medida que ciertas libertades y flexibilidades a nivel orgánico surgen con el modelo de sociedad por acciones simplificadas.

1.1 Aproximación al concepto de administración del riesgo

Debe abordarse la administración del riesgo desde el contexto social de la dinamización y globalización de los mercados, donde la negociabilidad de los productos, bienes y servicios, así como los procesos empresariales son objeto de constante innovación, sistematización y requerimientos en materia de respaldo, pues la dinámica misma puede generar acciones y reacciones de carácter positivo o negativo, frente a lo cual debe haber estrategias de contingencia y respaldo con el fin que la participación e interacción en los mercados no se vea afectada, sino que pueda ser superada con base a una correcta administración del riesgo.

Es importante tener en cuenta que la administración de los riesgos posee dos fines esenciales, el primero es la autorregulación y el segundo es evitar la desaparición de las empresas, con independencia de su naturaleza.

Se busca la autorregulación en la medida que las empresas no se bastan por sí solas para existir, sino que requieren estar en constante interacción con otras personas, que así como ella, son titulares de derechos en virtud de las relaciones que establezcan, y es allí donde la estabilidad de las empresas se ve comprometida, y con esto, su perdurabilidad en el tiempo; elemento que las actuales condiciones de mercado busca replantear en estrategias corporativas como el buen gobierno en busca de soluciones de carácter preventivo y global basado en estrategias reconocidas internacionalmente como Enterprise Risk Management (ERM)⁴, evitando esquemas anteriores que tienen como presupuesto actuaciones de carácter reparativo y puntual

La gestión del riesgo corporativo toma auge en la década de 1990, donde la comunicación toma dimensiones inesperadas, impactando este elemento social el entorno empresarial y organizacional de una manera sin precedente alguno en términos de universalidad, estandarización y regulación por parte de terceros y se apropiaron en materia de manejo de riesgo corporativo se evidencian en las certificaciones existentes en la materia, tales como, ISO 14000, ISO 22000, OHSAS e incluso estándares de mayor aplicación global como la norma AS/NZS 4630 y la norma ISO 31000.

La norma ISO 31000 de 2009 plantea para que la gestión del riesgo tenga más eficacia debe tener los siguientes principios (Surlatina Consultores, 2009):

- a) “Crea valor. Contribuye a la consecución de objetivos así como la mejora de aspectos tales como la seguridad y salud laboral, cumplimiento legal y normativo, protección ambiental, etc.
- b) Está integrada en los procesos de una organización. No debe ser entendida como una actividad aislada sino como parte de las actividades y procesos principales de una organización.
- c) Forma parte de la toma de decisiones. La gestión del riesgo ayuda a la toma de decisiones evaluando la información sobre las distintas alternativas.
- d) Trata explícitamente la incertidumbre. La gestión del riesgo trata aquellos aspectos de la toma de decisiones que son inciertos, la naturaleza de esa incertidumbre y como puede tratarse.
- e) Es sistemática, estructurada y adecuada. Contribuye a la eficiencia y, consecuentemente, a la obtención de resultados fiables.
- f) Está basada en la mejor información disponible. Los inputs del proceso de gestión del riesgo están basados en fuentes de información como la experiencia, la observación, las previsiones y la opinión de expertos.
- g) Está hecha a medida. La gestión del riesgo está alineada con el contexto externo e interno de la organización y con su perfil de riesgo.
- h) Tiene en cuenta factores humanos y culturales. Reconoce la capacidad, percepción e intenciones de la gente, tanto externa como interna, que puede facilitar o dificultar la consecución de los objetivos de la organización.
- i) Es transparente e inclusiva. La apropiada y oportuna participación de los grupos de interés (stakeholders) y, en particular, de los responsables a todos los niveles, asegura que la gestión del riesgo permanece relevante y actualizada.

4 Traducción al español: Gerencia de riesgos corporativos

- j) Es dinámica, interactiva y sensible al cambio. La organización debe velar para que la gestión del riesgo detecte y responda a los cambios de la empresa.
- k) Facilita la mejora continua de la organización. Las organizaciones deberían desarrollar e implementar estrategias para mejorar continuamente, tanto en la gestión del riesgo como en cualquier otro aspecto de la organización.”

De la misma manera, la IOS (International Organization for Standardization)⁵, plantea que el riesgo es diverso, de acuerdo a una serie de factores individuales encontrados en cada actividad, sector económico y segmento social, por lo cual, propone unas pautas genéricas para una gestión eficiente transparente y sistemática del riesgo, indicando que el modelo que se diseñe y se aplique con tal fin debe tener como finalidad:

- a) Procurar gestiones de carácter proactivo, en lugar de gestiones reactivas.
- b) Generar la necesidad de identificar y abordar correctamente el riesgo en todos los niveles organizacionales.
- c) Hacer énfasis en la identificación de oportunidades y amenazas.
- d) Ejecutar las normas de carácter nacional e internacional aplicables a la gestión del riesgo en todos los aspectos posibles.
- e) Mejorar el acceso y la claridad con respecto a la información financiera y los procesos de gestión empresarial.
- f) Buscar aumento en la confianza de los grupos de interés (stakeholders⁶).

5 Traducción al español: Organización de estandarización internacional

6 Término que hace referencia a “quienes pueden afectar o son afectados por las actividades de una empresa” Implementado desde 1984 por R.E. Freeman en su publicación “Strategic Management: A Stakeholder Approach”

- g) Establecer bases sólidas para efectos de planificación y toma de decisiones.
- h) Mejorar controles operacionales, financieros, administrativos y del entorno.
- i) Implementación adecuada de recursos para estrategias y aplicación de la gestión del riesgo.
- j) Mejorar eficacia y eficiencia operacional.
- k) Aumentar la seguridad y salud.
- l) Mejorar la prevención así como la gestión de incidentes.
- m) Minimizar las pérdidas.
- n) Mejorar el aprendizaje organizativo.
- o) Mejorar la resistencia organizativa.

Para la evaluación de gestión del riesgo resulta relevante establecer precisiones conceptuales sobre la empresa unipersonal, sociedad unipersonal y sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal, estableciendo similitudes y diferencias desde los beneficios que representan en la constitución de empresa, también con respecto a los intereses particulares, por lo que se ejecutará una profundización que permita la identificación de los aspectos y factores de riesgo con respecto al objeto de investigación, y su incidencia en los principios de transparencia, solidez y perdurabilidad en el tiempo y el mercado.

1.2 Evolución normativa de los modelos societarios

Adriana López (2012) retoma la teoría de Narváez García en su libro Derecho mercantil colombiano, donde se afirma que “ *Uno de los aspectos principales que motivó al legislador para introducir la empresa unipersonal dentro del ordenamiento mercantil colombiano fue la necesidad de permitir que un comerciante, sin necesidad de asociarse con otras personas naturales o jurídicas, pudiera destinar parte de sus bienes al desarrollo de una actividad económica limitando su responsabili-*

dad para efectos de no comprometer sus propios bienes ni los de su familia.”

La empresa unipersonal surge como voluntad legislativa, donde figuras como patrimonios autónomos y empresas unipersonales toman personería jurídica, y se hacen titulares de derechos y deberes en relación con el Estado, permitiendo la apertura en materia de creación de empresa respondiendo así a una necesidad social, que finalmente se materializa en la promulgación de la Ley 222 de 1995, la cual introduce la empresa unipersonal (E.U.) a los modelos societarios legalmente aceptados, por lo que se puede concluir que *“la intención del legislador al consagrar la empresa unipersonal dentro del ordenamiento mercantil colombiano consistió en buscar el facilitamiento de las actividades de tipo mercantil imprimiendo mayor agilidad y eficiencia a las mismas mediante la instauración de una figura legal dotada de personalidad jurídica independiente, que permitiera a una persona natural o jurídica con capacidad de ejercer el comercio, destinar parte de sus bienes al desarrollo de una actividad de tipo comercial, limitando su responsabilidad al monto de sus aportes”*. (López, 2012).

Con posterioridad, la Ley 1014 de 2006, la cual promueve y fomenta el emprendimiento, genera en su artículo 22 disposiciones con respecto a la creación de empresa.

“Artículo 22. *Constitución nuevas empresas.* Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004, tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Las reformas estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán

a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.

Parágrafo. En todo caso, cuando se trate de Sociedades en Comandita se observará el requisito de pluralidad previsto en el artículo 323 del Código de Comercio.”

Sobre esta norma, Adriana López asevera que “la empresa unipersonal se constituyó como una nueva forma de organización empresarial, y aunque es claro que no se trataba de una sociedad, sino de una empresa, también es cierto que esta empresa compartía muchas de las características de las sociedades, y en especial de las sociedades de responsabilidad limitada.”

En un contexto jurisprudencial, la sentencia C-624 de 1998, la corte constitucional se pronuncia de la siguiente manera:

“[...] Por ende, la naturaleza de una empresa unipersonal en la legislación actual se acerca más al tema de la sociedad, tal y como se expresó anteriormente. En ese orden de ideas, los artículos 72 y 76 de la Ley 222 de 1995, sostienen que el capital de la empresa debe ser dividido en cuotas sociales, que son susceptibles de cesión (art. 76); el artículo 73 del mismo cuerpo normativo remite al régimen general las sociedades respecto a la responsabilidad de los administradores; el artículo 79 hace alusión, para el caso de la liquidación, a lo que señala la ley en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada; los artículos 77 y 81 permiten la conversión de la empresa unipersonal en sociedad comercial y viceversa, sin mayores traumatismos, y en términos generales, el artículo 80 de la Ley 222 señala que en “lo no previsto en la presente ley, se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada. Así mismo las empresas unipersonales estarán sujetas al control de

la Superintendencia de Sociedades, en los casos que determine el Presidente de la República”. Además se extienden a la empresa unipersonal las referencias que a las sociedades se hagan en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la Constitución o la ley [...] La empresa unipersonal es una figura creada y regulada por la Ley 222 de 1995 que goza entonces, de una gran cercanía a la sociedad comercial. El espíritu de la consagración de esta figura en la ley fue precisamente el de facilitar las actividades del comerciante, de manera tal que pudiera limitar su responsabilidad al monto de unos bienes destinados para la realización de actos de comercio, y así restringir también los riesgos que implícitamente se derivan de la actividad comercial, sin lesionar los intereses de acreedores y terceros...”

Para efectos de comprensión de este enunciado, debe hacerse claridad con respecto al desarrollo investigativo actual, con respecto a las empresas unipersonales, que pese a tener efectos similares en muchos aspectos, estas no constituyen formalmente un modelo societario, por la naturaleza individual de la misma, que emana de una voluntad unilateral, careciendo de origen meramente contractual, postura que respalda Narváez en el libro de López (2012), al afirmar que “La regulación de la Ley 222 sobre empresa unipersonal no entraña una excepción al origen contractual de la sociedad ni lo desvirtúa, pues se crea mediante una decisión unilateral y autónoma de la persona natural o jurídica con aptitud legal para ejercer el comercio, que destina parte de sus activos para realizar una o varias actividades mercantiles. No surge de un contrato porque éste es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (C. de Co., art. 864); y tampoco es sociedad porque no se reúnen las

condiciones de existencia previstas en el artículo 98 *Ibídem*. Y aunque el mismo código admite excepcionalmente y con carácter transitorio la subsistencia de sociedades colectivas y de responsabilidad limitada con un único socio cuando la totalidad de las partes de interés o de las cuotas en que se fracciona el capital social es adquirida por una sola persona, este fenómeno nunca tiene la particularidad de ser definitivo, pues es una simple medida temporal que conjura la disolución de estas sociedades en las que prevalece el *intuitu personae* [...] Y cuando dos o más personas adquieren las cuotas en que se fracciona el capital de la empresa unipersonal, ésta puede ser convertida en sociedad. Precisamente el artículo 77 de la Ley 222 de 1995 prevé esa posibilidad, caso en el cual los socios aprueban los estatutos y todos los elevan a escritura pública, que ha de inscribirse en el registro mercantil. De manera que en ningún instante se configura una sociedad unipersonal, pues para la conversión se exige pluralidad de asociados. En síntesis, conforme a la ley colombiana la empresa puede ser unipersonal; pero ésta no es sociedad”

La empresa unipersonal presenta elementos críticos con respecto a su composición jurídica, efectos y alcances en el tiempo, permisiones, obligaciones y restricciones, pues deja una norma de carácter ambiguo con respecto a la finalidad de este modelo societario, donde la calidad de comerciante no se debe acreditar. López (2012) “una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio”, lo anterior lleva a concluir que “si el querer del legislador hubiera sido restringir la empresa unipersonal a los comerciantes o impedir que personas jurídicas sin ánimo de lucro pudieran constituir empresas unipersonales, lo habría consagrado de manera expresa. Como quiera que ello no sucedió, no resulta posible por vía interpreta-

tiva efectuar restricciones que el legislador jamás contempló...”

En este desarrollo normativo, de forma posterior el ordenamiento jurídico mediante la Ley 1258 de 2008, introduce a la vida jurídica las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), las cuales se definen en el artículo tercero del texto normativo cómo “sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas”.

Lo anterior remonta a una idea expresada previamente, con respecto al alcance de la empresa unipersonal, y es en el punto de las disposiciones aplicables donde se genera una de las fisuras con respecto a la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.), diferenciación que se ve ampliamente materializada en el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008, donde se faculta que “La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

Un precedente que marca dudas con respecto a la intención, aplicación y sentido de la ley se suscita con la sentencia del 20 de enero de 2011 del magistrado ponente Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta (Consejo de Estado 11001032500020080013600 de 2011), sentencia expedida de manera posterior a la promulgación de la Ley 1258 de 2008, la cual aborda la no modificación que debió surtir la Ley 1014 de 2006 con respecto al artículo 98 del código de comercio, argumentando una omisión, pero esta sentencia no hace referencia alguna con

respecto a la sociedad por acciones simplificada.

Esto abre la puerta a una serie de cuestionamientos con respecto a la permisividad de las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.), las cuales en búsqueda de una dinamización económica y de actualización jurídica con respecto a los modelos societarios tradicionales instaurados en el código de comercio desde 1971, en elementos tales como constitución, gerencia, organización y límites en aportes entre otros aspectos que generan un fuerte debate con respecto a las posibilidades de control sobre las nacientes sociedades.

1.3 Similitudes, diferencias, beneficios y proyecciones con respecto a la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada

En el proceso de evolución de los modelos societarios en Colombia resulta interesante la evolución de las sociedades tradicionales, consideradas por el código de comercio de 1971, en comparación con los beneficios, dinamización de procesos y oportunidades que generan modelos como la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada, lo anterior, denotando la necesidad constante de modernización y la respuesta del Estado a tal fin.

En primer lugar se dio reconocimiento a la autonomía individual de la persona con respecto a la creación de empresa, cumpliendo requisitos legales con el beneficio de no verse sometida a determinada forma de asociación la cual no le resultaba atractiva o conveniente, pero a la vez generando a este nuevo empresario obligaciones y deberes de carácter imperativo con respecto a terceros y al Estado

Pero una de las diferencias que se ven entre estos modelos se da con respecto a la capacidad contractual.

Según enuncia La ley 222 (1995) “Art. 75. Prohibiciones: [...] El titular de la empresa

unipersonal no puede contratar con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre sí empresas unipersonales constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho.”

Se podría ilustrar entonces que al momento de regular las empresas unipersonales en Colombia, se procuró evitar el abuso del derecho mediante esta figura, pues evita el perjuicio a terceros, asunto sobre el que se expresa la corte constitucional en Sentencia C-624 de 1998 de la siguiente manera

“La norma acusada (L. 222/95, art. 75, inc. 2) busca objetivos constitucionalmente válidos, como son asegurar la transparencia de los mercados y evitar la defraudación de terceros. Por ende, si no existiera esa prohibición, aumentarían las probabilidades de que la figura llegara a convertirse en un instrumento utilizado para la defraudación de terceros, en detrimento además de la transparencia del mercado...”

Lo anterior resulta contradictorio en el ejercicio de la construcción jurídica, pues esta posibilidad podría vislumbrarse en

ejercicio de las sociedades por acciones simplificadas unipersonales, donde el control es bajo y la capacidad de contratar admite lo restringido en la Ley 222 de 1995.

1.4 Comparación de formas de organización empresarial

Con base a los comparativos presentados por Reyes Villamizar(2013) se plantearán a continuación los aspectos más relevantes en razón de similitudes y diferencias entre la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada como modelos de organización empresarial, en aspectos de orden constitutivo como accionistas y su régimen, constitución y administración, entre otros.

Una vez ejecutado este comparativo, puede hacerse una observación que apunta a la posible desestimación de la escogencia de constitución de empresas unipersonales y la inclinación cada vez mayor hacia la constitución de sociedades por acciones simplificadas, debido a los beneficios que esta representa para los asociados.

Tabla 1. Comparativo de la E.U y la S.A.S. respecto del régimen de constitución y funcionamiento.

ASPECTOS	EU	S.A.S. (UNIPERSONAL)
Régimen de constitución y funcionamiento	La naturaleza de ambos regímenes es comercial, su proceso de constitución es igual al consagrar la posibilidad de constituirse con documento privado inscrito en el registro mercantil.	
	Su capacidad de actuar es determinada por las actividades mencionadas en su objeto social, y pueden pactar un término de duración indeterminado.	
	La responsabilidad es limitada al monto de los aportes salvo en casos de fraude o abuso en perjuicio de terceros.	
	La EU admite solo un titular pues por definición esta figura es exclusivamente unipersonal.	La S.A.S. admite desde un accionista como mínimo, dada su naturaleza societaria.
	Régimen de aportes, donde la EU exige que el pago íntegro de estos deba hacerse al momento de su constitución o al momento en que se aumente el capital	Régimen de aportes, este pago puede diferirse hasta en dos años.

Tabla 2. Comparativo E.U y S.A.S. respecto del régimen de administración.

ASPECTOS	EU	S.A.S. (UNIPERSONAL)	
Régimen de administración	La E.U no admite establecer montos máximos y mínimos de capital.	La S.A.S. admite crear reglas de tipo estatutario para establecer estos límites.	
	La S.A.S. es más flexible que el régimen de la EU puesto que en la EU la administración la ejerce directamente el empresario salvo delegación de la misma en terceros, mientras que en la S.A.S. hay total libertad para la creación estatutaria del diseño de la estructura, órganos y forma de administración de la sociedad.		
	Deberes y responsabilidades de los administradores, el régimen de la EU es similar al régimen previsto para las sociedades en general, esto es, exigencia de obrar bajo los principios de buena fe, lealtad y diligencia, en adición a los deberes específicos previstos en el Código de Comercio y respondiendo solidaria e ilimitadamente por dolo o culpa que perjudique a la sociedad, socios o terceros.	Deberes y responsabilidades de los administradores para la S.A.S., el régimen es el mismo con la única diferencia de que este se extiende a personas que sin ostentar la calidad de administradores actúen como si fueran tales desarrollando funciones de administración.	
	Tanto en la EU como en la S.A.S., es el representante legal debidamente inscrito en el registro mercantil el único que puede representar a la compañía ante terceros, siendo posible restringir las facultades de este vía estatutaria.		
	En ambos regímenes existe libertad estatutaria para establecer el régimen de remoción de los administradores.		
	El nombramiento de revisor fiscal no es obligatorio para la EU.*	El nombramiento de revisor fiscal es obligatorio para la S.A.S. en el evento de que los activos brutos a 31 de diciembre del año anterior excedan los 5.000 smmlv o cuando los ingresos brutos de la sociedad a 31 de diciembre del año anterior excedan los 3.000 smmlv	
Régimen de accionistas	No es comparable dada la naturaleza de la EU donde el constituyente es únicamente el empresario. En este sentido, la generalidad del régimen de accionistas aplicable a la S.A.S. no es aplicable en su totalidad al régimen de la EU y por ende, tampoco es comparable.		
	En la EU, la transferencia de títulos de participación se puede llevar a cabo mediante la inscripción de un documento escrito en el registro mercantil, abriendo la posibilidad de una conversión de la EU en una sociedad dependiendo del número de adquirentes de los títulos.	En la S.A.S. existe la posibilidad de restringir la transferencia de acciones hasta por 10 años o sujetarla a la autorización de la asamblea	

* Ver al respecto el oficio número 220-35647, de agosto 27 del año 2001 proferido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Tabla 3. Comparativo E. U y S.A.S. respecto del régimen de accionistas.

ASPECTOS	E.U	S.A.S. (UNIPERSONAL)
Régimen de accionistas y empresarios.	La designación de la participación en el capital es llamada cuota. Todas las cuotas pertenecen a una sola persona.	La libertad de crear diferentes clases de acciones tales como acciones ordinarias, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, con voto múltiple, privilegiadas, con dividendo fijo y acciones de pago
	Se hace remisión a las reglas generales de las sociedades.	Es posible renunciar a la convocatoria a la asamblea antes, durante o después de la reunión y existe la libertad de crear reglas para el funcionamiento de las reuniones no presenciales pudiendo suprimirse el quórum universal
	No se considera.	De presentarse conflictos entre los accionistas, estos pueden dirimirse ya sea por medio de arbitramento, ante la Supersociedades, o a través de la jurisdicción ordinaria.
	Existe prohibición para que el titular de la EU contrate con ésta y para que empresas constituidas por el mismo titular contraten entre sí, so pena de ser estos actos considerados ineficaces de pleno derecho.	La gran diferencia la marca el alto nivel de flexibilidad en la regulación de la S.A.S. en comparación con la regulación de la EU, sobre todo en su régimen de administración que brinda total libertad al socio o socios para determinar la estructura y funcionamiento del mismo.

2. Analisis del riesgos en sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) unipersonal

El riesgo en las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) de carácter unipersonal, se puede identificar desde factores endógenos y exógenos, y para efectos del ejercicio de su establecimiento en este ejercicio de investigación, solo se evaluarán elementos normativos, es decir elementos característicos de la sociedad por acciones simplificada encontrados en la ley de su creación, sin perjuicio de considerar que son absolutamente relevantes otros elementos jurídico- administrativos que tienen una interrelación con tales riesgos jurídicos.

Para hacer una corta referencia a los elementos administrativos propios del estudio de la empresa como unidad productiva se infiere que algunos de estos factores podrían llegar a tener plena relación con otros riesgos incluso jurídicos como los aquí abordados.

Productividad: Puede entenderse como el factor que mide los procesos económicos, desde la optimización de recursos en todos los aspectos, y de los procesos, con el fin de obtener mayores beneficios sin comprometer la calidad, en función de ofrecer ventajas, optimizar costos orientados a beneficiar el consumidor, propiciando la dinámica económica.

Competitividad: Se entiende como la capacidad de generar beneficio y satisfacción a los usuarios, con el fin de buscar una

mayor presencia en los mercados, y por ende, fortalecer las relaciones comerciales; en este factor se evalúan las relaciones costo-beneficio, desde los elementos de valor agregado aprovechando las ventajas que poseen los agentes participantes en su segmento de mercado.

Crecimiento: Este factor tiene como elemento la expansión en la participación de las empresas en el mercado, donde la especialización en determinado aspecto o producto y la diversificación son los elementos que marcan la pauta, teniendo como consecuencia un aumento directamente proporcional con la competitividad.

Perdurabilidad: Hace referencia a la continuidad en el tiempo y la actividad económica y productiva de las empresas en el contexto social, lo anterior, procurando el establecimiento de elementos de valoración de la empresa y la obtención de beneficios en materia de capital.

Los riesgos propiamente jurídicos con incidencia en los anteriores factores de carácter administrativo tiene en esencia un grado de afectación a la sociedad, el siguiente cuadro obedece al análisis de riesgos de carácter jurídico que se pueden evidenciar a partir de la norma y contrastados con la problematización realizada a partir de una lectura del contexto dentro del curso de Derecho Comercial y Sociedades y Proyecto Integrador IV, también la identificación del riesgo procede de las informaciones realizadas por la Superintendencia de Sociedades y ejercicios de análisis de casos realizado para este fin. Se indica que no se da un análisis porcentual de la afectación del riesgo, se determina su valoración a partir de un análisis cualitativo.

Fuente: Obedece al origen de la identificación del riesgo, la fuente donde se halló el riesgo puede estas fuentes son principalmente normativas, sin embargo, se han encontrado causas a las que los investigadores han llamado comunes a partir del

análisis de casos dentro del ejercicio de problematización, en este caso se identifican problemas que pertenecen al contexto nacional y de alguna manera se relacionan ampliamente con las buenas prácticas empresariales como aplicación de un sistema de gobierno corporativo.

Riesgo identificado: El riesgo identificado así mismo su nombre lo dice determina la situación susceptible de abordar sea a partir de la norma o de las llamadas causas comunes que generan un impacto negativo tanto para la persona jurídica, su actividad y también genera un impacto negativo o posible daño a los co-contratantes de la sociedad, dentro de diversos tipos de relaciones jurídicas, entre las más comunes encontramos: relaciones de tipo laboral y relaciones de tipo comercial.

Posibles Efectos: Los posibles efectos se constituyen en una proyección del impacto generado por la verificación o materialización del riesgo identificado.

Morigeración: Se presenta como un ejercicio de argumentación partiendo de una intencionalidad de falsación de los posibles efectos, para lograr una visión más amplia del fenómeno y con este ejercicio se permite analizar realmente si existe una valoración del riesgo como alto, medio o bajo.

Indicación del riesgo y justificación: Este ítem permite dar a conocer la valoración del riesgo asignada por los investigadores y se constituye en un ejercicio de argumentación para explicar la indicación de riesgo asignada, a partir de la comparación de los posibles efectos, su morigeración y la final determinación del riesgo.

La evaluación de criterios de riesgo en las sociedades por acciones simplificadas unipersonales pretende generar cómo resultado jurídico el eventual establecimiento del buen gobierno en esta figura societaria como forma de intervención y minimización del riesgo. Para poder ejecutar adecuadamente esta identificación de

riesgos se establecieron los mencionados criterios de evaluación de los cuales se ha venido dando cuenta en el transcurso de la investigación como elementos evaluables, comprendidos en el ámbito jurídico con incidencia en el ámbito administrativo. Las consideraciones legales, los aspectos de competitividad, productividad, crecimiento y perduración empresarial deben entrar en equilibrio. Pero para efectos de la presente investigación solo se realiza una revisión de los riesgos analizados a partir de la norma y dos riesgos que se han determinado como de causa común, puesto que obedecen a cualquier gestión dentro de las organizaciones y no es la causa del riesgo la norma.

2.1 Riesgos a partir de la consideración normativa

Creación de la sociedad por un único accionista:

- a) Posibles efectos: El hecho de la muerte del único accionista genera suficientes traumatismos, como para considerar que podría llevarse a una disolución o liquidación de la sociedad, sin que ello indique que en la S.A.S., la muerte del accionista de lugar a disolución y liquidación de la sociedad, a menos que así se considere en los estatutos, sin embargo las acciones como propiedad del causante, posee vocación para pertenecer a una masa sucesoral, sin que ello necesariamente evite la extinción de la sociedad a menos que existan herederos que deseen seguir con la persona jurídica o quieran ceder las acciones a un tercero que tenga interés y capacidades para llevar la sociedad a un ejercicio de sus actividades de una manera favorable, sin embargo el fenómeno de transición en un último momento puede generar riesgo de productividad, competitividad, crecimiento y perdurabilidad, todos los efectos en cascada.
- b) Morigeración: Las acciones son documentos con un derecho corporativo incorporado, documentos que al momento de la muerte del único accionista posibilita a sus herederos, para que sean ellos o un tercero el que continúe la sociedad, pues la muerte del único accionista no es causal legal de la disolución del contrato social, y podría predicarse que el mismo riesgo comparte la empresa unipersonal y la sociedad colectiva, pues de contemplarse en los estatutos podría darse la disolución y liquidación de la sociedad.
- c) Justificación: El riesgo de que no sea considerado a cargo de quien debe quedar la administración de la sociedad puede afectar gravemente la existencia misma de la sociedad, por eso se considera un riesgo alto, puesto que podría afectarse su productividad, con ello el crecimiento y se daría fin a la perdurabilidad.

Aprobación de los Estados financieros por un único accionista:

- a) Posibles efectos: Al no existir un órgano plural que establezca un filtro o determine de manera fidedigna el cumplimiento de los estados financieros, podría darse una malversación del contenido real de la contabilidad, los cuales pueden ser faltos a la verdad. En el caso de que no exista un órgano societario diferente al administrador, el cual es el único accionista, que realice un filtro de información contable y que los estados presentados al público (entre ellos a entidades públicas y acreedores) sean veraces.
- b) Morigeración: Existe una remisión expresa de la utilización de normas contables en términos generales para las sociedades, y está determinado como deber de los comerciantes sean personas naturales o jurídicas, por tanto la S.A.S. no está exenta de tal cumplimiento. También existe una presunción de un actuar honesto conforme al principio de buena fe, por tanto tal figura no puede

presentarse como una visión peligrosista del actuar del empresario y aún existe la intervención del contador público quien tendrá que dar fe de lo refrendado en los libros contables.

- c) Justificación: Debe de presumirse la buena fe, además existe un tercero que cumple funciones de verificación, este tercero es un contador público y tanto el cómo la sociedad y el administrador están obligados a la presentación de los estados financieros y los estados de fin de propósito en los términos de la normatividad colombiana, pero sigue presentándose un riesgo relevante acerca de las Instituciones Estatales y los acreedores de diferente naturaleza.

No obligatoriedad de la reserva legal:

- a) Posibles efectos: La falta de constitución de una reserva legal o su creación al arbitrio del accionista por vía estatutaria, deja de lado la existencia de una garantía real y efectiva sobre la prenda general de los acreedores la cual es el capital, al ser una sociedad de capital y tener una reducción de responsabilidad hasta el monto de los aportes, la no existencia de una reserva legal que proteja el capital asigna un riesgo relevante ante la posibilidad de pérdida de liquidez y falta de respaldo de la reserva legal, se afecta la protección del crédito y existiría un bloqueo para la satisfacción de las acreencias.
- b) Morigeración: La reserva legal constituye una disminución en la distribución de utilidades de los accionistas y la no obligatoriedad de tal figura en la S.A.S., es una muestra evidente de la flexibilidad del tipo societario.
- c) Justificación: El riesgo sigue siendo alto, pues la constitución de capital goza de un término de 2 años para el pago total del capital, sin que medie una obligación de constitución de garantía sobre el mismo, salvo las reglas generales de las sociedades. El capital al ser prenda

general de los acreedores a su vez se encuentra desprotegido, sin su una reserva legal que proteja el mismo, determinándose así como un riesgo alto para los acreedores frente a momentos de insolvencia de la sociedad, o pérdidas importantes en el ejercicio social.

Pago del capital social hasta 2 años después de la constitución de la sociedad:

- a) Posibles efectos: El único accionista es el único responsable del pago de la totalidad de los aportes a capital considerados en los estatutos, y el plazo final es hasta dos años contados a partir de la creación de la sociedad⁷, presentando esto una disminución de la prenda general de los acreedores, puesto que al momento del inicio de las operaciones sociales ya se crean obligaciones, y la prenda general no está constituida totalmente.
- b) Morigeración: El legislador previó una flexibilización sobre la entrega de los aportes a capital para lograr un incremento en la formalización de las empresas a través del uso del tipo societario S.A.S., sin embargo por el hecho de no pagarse la totalidad de los aportes de manera inmediata no exime de responsabilidad a la sociedad respecto de sus obligaciones sociales. Tampoco podríamos presumir que el capital no se consolidará en su totalidad, y mientras no se haya pagado la totalidad del capital los socios se hacen responsables por su constitución en el tiempo determinado en los estatutos.
- c) Justificación: La real causa del riesgo no es el tiempo

⁷ El artículo 9 de la ley 1258 de 2008 indica “La suscripción y pago de las acciones podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años.

Arbitrio de contar con un revisor fiscal salvo las excepciones de la ley 43 de 1990:

- a) Posibles efectos: Al no existir este órgano de control societario, y con esto, no existir un filtro adecuado para la verificación de la información contable y financiera, pueden generarse estados financieros alterados o fraudulentos que propicien lavado de activos entre otros delitos.
- b) Morigeración: El revisor fiscal trae una asignación mayor de costos para la empresa naciente, y existe una determinación legal para casos específicos en donde el revisor fiscal es obligatorio incluso para la S.A.S., este caso es para el indicado por el parágrafo del artículo 13 de la ley 43 de 1990.
- c) Justificación: El asignar obligatoriamente un revisor fiscal en la S.A.S. no se compadece del ideario de flexibilidad en términos de costos para los empresarios, un revisor fiscal presenta una carga en costos para la naciente sociedad, y ya está estipulado por la ley la determinación de unos mínimos para la exigencia de tal órgano social de manera obligatoria, sin embargo y dentro de un marco de gobierno corporativo al existencia de una figura como el revisor fiscal presenta un nivel de ejecución de procesos administrativos de transparencia y cogestión que brinda seguridad y confianza en el mercado y a los grupos de interés, por tal razón caracterizamos que este riesgo por la importancia que representa para el mercado.

El titular puede contratar con empresas constituidas por el mismo titular:

- a) Posibles efectos: El único accionista-representante legal puede realizar negociaciones que pueden presentar conflicto de intereses entra ambas sociedades, o bien podría el único accionista realizar negociaciones con el fin de ocultar o defraudar a terceros o al Estado.

- b) Morigeración: Se debe partir de la buena fe del administrador - accionista, la cual entendida desde un punto de vista objetivo⁸ frente al conflicto de interés será él quien determina cual prevalecerá. Sin embargo aquí podría también existir una tensión desde el interés social, dado que cada persona jurídica debe de lograr su objeto social y el interés de los accionistas prevalecerá siempre y cuando sean coherentes con la sostenibilidad de la sociedad en el tiempo.⁹
- c) Justificación: Sigue existiendo un riesgo alto para los co-contratantes pues podría presentarse una defraudación a partir de negociaciones simuladas, o bien podrían afectarse las sociedades en un conflicto de intereses, sin embargo para aquel accionista, el contratar con otra sociedad de su propiedad podría aportar competitividad en el mercado, y aún es exigible el cumplimiento de normas contables y revisoría fiscal en los casos determinados en la ley 43 de 1990 artículo 13.

2.2 Causa común no normativa-gobierno corporativo

Omitir la implementación de un sistema de identificación y administración de riesgos.

- a) Posibles efectos: La sociedad al no tener un sistema de detección de riesgos y actividades planeadas por procesos, afecta la transparencia mostrada en el sector

8 Se hace referencia a la buena fe objetiva, al respecto puede leerse "La buena fe objetiva y subjetiva de Martha Lucía Nemme Villareal". También en un sin número de sentencias de nuestra Corte Suprema de Justicia indicando el sentido de la buena fe subjetiva, también podemos entender las implicaciones de los deberes de los administradores.

9 Al respecto puede leerse a Nicolás Gaitán Avellaneda en la Revista E-mercatoria. Volumen 12, número 2. "La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: deber de lealtad, interés social y vínculo jurídico administrador-sociedad".

y con ello puede no generar confianza en el mercado y ser menos competitiva. La adecuación por procesos permite una planeación y mitigación de riesgos a nivel productivo, legal, y de competitividad, por lo tanto también podría afectar la perdurabilidad de la sociedad en el tiempo.

- b) Morigeración: Existen sociedades que a pesar de no implementar sistemas de cogestión, pueden ser competitivas, dado ciertos manejos administrativos.
- c) Justificación: Sin embargo se ha demostrado en estadísticas de la Superintendencia de Sociedades que uno de lo mayores factores de fin de existencia de sociedades mercantiles, son los problemas de gobernabilidad, falta de adecuación de instrumentos para planeación, evaluación y mitigación de riesgos.

Los negocios y obligaciones de la sociedad pueden superar en monto el capital constituido, sin protección de la reserva legal (no existe proporcionalidad entre las obligaciones adquiridas por la persona jurídica y la prenda general de los acreedores)

- a) Posibles efectos: No existe una garantía o protección de la prenda general de los acreedores que es el capital, puede constituirse una sociedad con un capital mínimo y contratar un número indeterminado de trabajadores, los cuales ante una crisis empresarial no tendrían satisfacción de sus acreencias, de igual manera puede presentarse riesgo con los demás co-contratantes dado que podrían tener los mismos efectos ante una crisis de la empresa, y la responsabilidad en este tipo societario va hasta el monto de los aportes, piénsese que es viable contratar un número determinado de empleados por tal sociedad, con un capital mínimo, y sin la obligatoriedad de una reserva legal, e incluso en el más oscuro de los panoramas, que el capital no

haya sido pagado en su totalidad al momento de la constitución de la sociedad; no existe restricción legal para contratar u obligarse por valores superiores al capital que debería respaldar tal transacción, la excepción está dada para las sociedades que realicen en su objeto social actividades financieras, pero el resto de los sectores no necesitan una autorización de capital mínimo para contratar y obligarse. Por último cabe decir que la responsabilidad del único accionista va hasta el monto de sus aportes, salvo que una acción de levantamiento de velo corporativo disponga lo contrario.

- b) Morigeración: Puede ocurrir que dentro de los ejercicios sociales se logre flujo de liquidez que permita el pago de las acreencias, sin que se llegue a una crisis empresarial. De igual manera las obligaciones de la sociedad mercantil ocurren en un plano de la igualdad que presupone la autonomía de la voluntad privada y serán los co-contratantes quienes determinen la idoneidad y capacidad respecto al pago de las obligaciones de la sociedad.
- c) Justificación: Se puede considerar un riesgo muy alto, la falta de constitución de garantía sigue siendo latente y se presenta como un riesgo alto dentro del mercado, no existe una caución o requerimiento de capital mínimo por número de trabajadores, como tampoco existe requerimientos para realizar negociaciones por valores que superen el capital a menos que inter - partes se determinen cauciones o garantías de algún tipo.

Según Comfecámaras (2013), los riesgos más frecuentes que conducen a la causa de liquidación de las sociedades tienen como origen problemas de gobernabilidad, los cuales conservan relación directamente proporcional con la sostenibilidad de la empresa. Estudios recientes demuestran que las causas de liquidación obligatoria de

las distintas sociedades son por la carencia o la ausencia de adecuados manejos administrativos, y la falta de transparencia en la gestión de la compañía.

La falta de planeación estratégica, es decir la falta de planeación de ejecución por procesos, representa un vacío en cuanto no es posible medir y proyectarse en el tiempo acerca de los riesgos que podrán tener un impacto patrimonial en la sociedad, incluso con un único accionista podría presentarse una saturación de los procesos mismos, obstaculizando la gestión y mitigación de los riesgos y sus consecuentes daños. La falta de seguimiento y control, ya que el representante legal es quien controla únicamente el funcionamiento por ser él en quien sobre sus hombros recaen todos los procesos, todas las decisiones y todo aquello que forma parte del mundo empresarial se constituye en un factor o riesgo común, es decir no es evidenciado en la norma para la S.A.S. propiamente, sino para cualquier tipo societario, pero aquí particularmente vemos que existe un sólo órgano societario, o bien todos los órganos societarios obligatorios para este tipo de sociedad están en cabeza de una sola persona, posibilitando así hechos que puedan evidenciar desmejoras o daños al interior de la sociedad o daños a terceros.

Si bien es cierto, el artículo 333 de la constitución política de Colombia (1991) establece que *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la ley”*; abordando la libertad de empresa pero para subsistir en el mercado requiere de un sinnúmero de retos, encontrarse en la dinámica corporativa para la subsistencia de la sociedad en el mercado, de ahí la adopción de mecanismos de gestión como lo es el gobierno corporativo el cual forma la norma que es abstracta para generar confianza en el mercado y a terceros.

El riesgo señalado como arbitrio de contar con un revisor fiscal, salvo las excepciones señaladas en el artículo 13 de la ley 43 de 1990 que dispone necesario elegir un revisor fiscal cuando se cumplan los montos de activos o ingresos allí mencionados. Es relevante mencionar que las funciones del revisor fiscal son diversas y se determina como un órgano de control de la sociedad sonde su papel no solamente está relegado a la verificación de la contabilidad interna, sin embargo como se indicó anteriormente, a pesar de que la S.A.S., solo tendrá revisor fiscal si cumple los requisitos de la ley 43 de 1990 o se cree mediante estatutos el órgano social, la sociedad siempre deberá de cumplir con la información contable exigida por el Estado.

Existe un riesgo notorio al existir un único accionista del que dependa todo sistema de gestión y vigilancia, puede conllevar no solo a un desconocimiento mismo de la gestión transparente y eficaz, en términos del gobierno corporativo, sino que también insta a que sin vigilancia y co-gestión, tal sociedad no genere confianza en el mercado, e incluso podría prestarse el caso de que accionistas únicos en Sociedades por Acciones Simplificadas aprueben alteraciones de estados financieros y permitan valores operacionales no veraces, por tanto emerge la manipulación y porbende da lugar al fraude; esto pudiendo determinarse como un acto defraudatorio.

Otro riesgo abordado es la auto contratación, es decir, el titular puede contratar con empresas constituidas por el mismo titular. Aquí se da la existencia de negociación consigo mismo, ya que es perentorio mencionar el conflicto de intereses desencadenado perjuicios para una de las dos entidades societarias, superponiendo el interés de una sociedad sobre la otra; o incluso rompiendo el principio de autonomía de la persona jurídica, determinando una confusión sobre los bienes del único accionista de ambas sociedades con el capital propio de cada uno de los entes societarios.

La falta de una reserva legal, por otro lado tiene la función de balancear las disminuciones en el capital ante cualquier situación económica adversa de cualquier índole. La reserva legal es una retención de los dividendos de los accionistas, amparado en la ley con el objetivo de que si la sociedad sufre pérdidas pueda proteger su capital social. Particularmente la reserva legal, el legislador históricamente la ha considerado para aquellas sociedades que tienen una responsabilidad limitada, para así proteger la prenda general de los acreedores, pero se hace claro que la decisión legislativa de no obligar a la reserva legal a los accionistas de las S.A.S., ha sido considerada una fórmula atractiva para los empresarios, quienes tienen la opción de constituir la reserva legal vía estatutaria, si a bien tienen, sin embargo para la sociedad anónima la reserva legal es obligatoria según lo contempla el Código de Comercio en el artículo 452. El objetivo de la reserva legal es proteger a la sociedad frente a las pérdidas que puedan presentarse por un mal ejercicio social, por tanto la reserva logra asumir y enjugar la porción de capital que sea reducida por las pérdidas, y ese es el fin asignado por el legislador, donde incluso, él mismo determina que no puede destinarse tal reserva para nada diferente en la vida de la sociedad.

Unas buenas prácticas de gobierno corporativo conllevan a la competitividad responsable, mejora la disponibilidad y las condiciones de obtención de recursos financieros, es decir predisponen al arduo crecimiento, ofrece una mayor transparencia en el mercado, la productividad sería exitosa ya que la sociedad misma tendría confianza en lo que se produce o más bien en la actividad que se desarrolla y por ende la perdurabilidad en el tiempo y espacio sería duradera generacionalmente.

Debido a todo lo anterior se pretende adoptar esos criterios de evaluación ya que el gobierno corporativo induce a las buenas prácticas para subsistir en el mercado y en el tiempo.

3. Estrategias de intervención del riesgo en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.).

Las medidas de gobierno corporativo no son solo suficientes, sino necesarias para el control del riesgo en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonales, e indudablemente lleva a generar confianza en el medio y por ende se prevé aumento de productividad y crecimiento de las mismas, no es factible desconocer la historia y no observar las crisis de diversas empresas como Enron, Parmalat, el “Salvataje bancario” del Ecuador en 1.998, en entre otras, las cuales precisamente por dificultades en el control e implementación de medidas de gobierno corporativo, no posibilitaron que les permitiera generar relaciones de responsabilidad, equidad y transparencia, elementos que condujeron a su desaparición. Además es indudable que el GC implica un mayor orden, planificación definición de objetivos y estrategias que la harán más competitiva.

Incorporar la estructura de gobierno corporativo deseable en los estatutos a la S.A.S., es una estrategia que le permite minimizar los riesgos y generar procesos de autoevaluación, seguimiento y control permanente; si bien es cierto esta implementación puede resultar poco efectiva en las S.A.S. en las unipersonales, sin duda alguna sería un logro en avances de gestión que contribuiría a su sostenibilidad en el tiempo.

Las medidas de identificación y gestión de riesgos deben basar su actuar en voluntades lícitas de manejo que pueden ser definidas a través de las funciones que desempeñan sus accionistas, en las cuales deben generar planteamientos donde se hagan primar los intereses colectivos a los individuales, comprometerse con denunciar acciones que considere ponen en riesgo las actuaciones, entre otras; el riesgo latente siempre estará presente pero puntos

de control minimizarían éstos y aportarían al cumplimiento de los objetivos y a facilitar la vigilancia y control.

Quizá uno de los elementos ideales en las sociedades por acciones simplificadas, es la incorporación de las políticas de gobierno corporativo, como elemento organizacional destacable para efecto de minimización de los riesgos, principalmente en asuntos relativos a la administración de la sociedad mediante mecanismos de control y gestión que aparentemente no resultan eficaces, pero pueden permitir a terceros y a accionistas únicos tener un panorama claro de las situaciones de actualidad y proyecciones con respecto al direccionamiento en el tiempo.

En la incorporación de esta política de buen gobierno sería ideal el manejo desde los mismos estatutos, puesto que uno de sus propósitos es la protección de terceros.

Por tanto, la sociedad por acciones simplificada y más aún la unipersonal dada su connotación, aunque no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario y el representante legal es en forma habitual el mismo creador, se hace necesario sugerir, que la representación sea a través de una persona natural o jurídica diferente a este, cuya cualificación, y conocimientos sean coherentes a las necesidades específicas, y cumpla con perfil preestablecido, pretendiendo a su vez conformar un grupo itinerante que mínimo en forma semestral se convoque a través de pago por sesión para discusión de informes de gestión y valoración de estrategias que propicien discusiones autónomas y eficientes en pro de los intereses de la sociedad.

Elementos como la ausencia de junta directiva, revisor fiscal y supervisión restringida por parte de la superintendencia de sociedades, la cual solo puede vigilar a partir de ciertas cuantías existentes en el capital; además de la presencia del creador de la sociedad como gerente, generan la necesidad de evaluar la aplicabilidad

de la norma, desde la gestión comercial e incluso desde elementos civiles como los procesos de sucesión, todo esto con el fin de generar el respaldo y confianza corporativa, elemento axiológico valorable en las relaciones comerciales.

Con lo relativo a la sucesión, se busca no solo el respaldo en materia corporativa, sino en materia de permanencia en el tiempo, la continuidad de la actividad económica, esta, siendo orientada a buscar perfiles y generar disposiciones que vayan en beneficio de la empresa, sus negocios, su actividad y los recursos humanos que la comprenden; sin entrar en contravía de las disposiciones y asignaciones testamentarias que la norma civil dicta.

Un plan de sucesión del propietario es recomendable en la sociedad, pues prevé su trascendencia en el tiempo, por lo tanto cuando se cuenta con un único dueño se tiene el riesgo de desaparecer, en caso de que la persona fallezca, tenga algún tipo de discapacidad o el objeto de la compañía sea *intuitus personae* entre otras, si lo que se busca es posicionamiento y perdurabilidad, incorporar medidas para continuar desarrollando el objeto social y expansión de la sociedad se hace relevante definir un sucesor y personas capacitadas que permitan continuar el negocio.

Lo anterior, debe estar soportado en la licitud, planteamientos de intereses colectivos y un elemento de alta subjetividad, en cabeza del empleador, el cual necesita compromiso con la declaración de la realidad, por lo menos, mientras la norma no establezca organismos y mecanismos de control formal.

La presente investigación, permite plantear algunas otras medidas con respecto al manejo y gestión del riesgo

- Determinar la formulación de la plataforma estratégica y un plan de gestión que le permitan definir sus metas y clarificar sus acciones, lo cual permite a su vez autoevaluarse.

- Periodicidad de reporte de antecedentes judiciales del representante de la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal e igual exigencia para las personas que integran las entidades a las que prestará sus servicios.
- Publicidad de estados financieros en sitio creado en página web con acceso limitado.
- Reporte para cruce de estados financieros para conciliación con entidades bancarias.
- Incorporación explícita en los estatutos de las sanciones administrativas, civiles y penales por hechos ilícitos definidas para el representante legal.
- Definir e incorporar un sistema de autocontrol y gestión del riesgo financiero que debe ser elaborado en conjunto con el representante legal por una empresa externa especialista en la materia, para efectos de seguimiento y control del mismo. Incorporando a su vez los principios de contabilidad e información financiera expedidos en la ley 1314 de 2009 y decreto 2784 de 2012.
- Definir la contratación de un contador público externo a la organización que inspeccione y vigile los estados financieros de la entidad.
- Diseño de normograma, amparado en regulaciones de orden público y particular con el fin de generar obligaciones y compromisos que tengan como objetivo orientar las actividades empresariales, en desarrollo del objetivo contenido en la misión.
- Mantener estricto control entre la capacidad para responder a sus obligaciones y el grado de compromisos, ya que si bien es cierto no es obligatoria la reserva legal, no se pueden generar sobre endeudamiento que aumenten el riesgo de la sociedad, y el capital autorizado debe guardar coherencia con la cuantía del giro ordinario de los negocios de la sociedad.
- Definir un reglamento interno de funcionamiento que contenga además mecanismos de comunicación adecuados con las partes interesadas para minimizar conflictos.

Conclusiones

Las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) son una alternativa jurídica de dinamización, resultando en un modelo societario de mejor adopción, aplicación y ejecución con respecto a las sociedades tradicionales, pero presentan serios vacíos con respecto al control que se pueda tener al interior de estas, cuando se constituyen y encabezan por accionista único, pues es uno de los beneficios que la ley contempla en esta forma societaria, beneficio que eventualmente puede incurrir en conductas contrarias al interés general, abusivas del propio derecho e incluso actos fraudulentos e incluso ilegales.

Para efectos de mejor comprensión, se pudo identificar la sociedad por acciones simplificada como una sociedad de capitales, donde el interés del legislador en la libertad de creación de empresas busca responder a la necesidad social de mayor libertad, e independencia de patrimonios, que para el caso de las sociedades por acciones simplificadas unipersonal, en materia tributaria y jurídica, pese a estar en cabeza de una sola persona, el límite entre el patrimonio personal del socio y el patrimonio de la sociedad, lo cual, acompañado de la capacidad de ejecutar transacciones comerciales la sociedad con la persona natural (operaciones de negocios consigo mismo) representa uno de los riesgos potenciales de esta figura, riesgos que se hacen aún más evidentes en el ejercicio de dicha libertad de empresa, al no existir órganos de control ni revisión alguna, entre otros elementos que a la larga, en lugar de resultar en beneficios para efectos contractuales, pueden llegar a ser elementos, que sean incluso impulsores de litigios, debido a la debilidad de la norma, que en

últimas acaba propiciando actos en contra de terceros.

Es evidente en las revisiones realizadas que en las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) unipersonales, aumenta el riesgo de carecer de procesos de planificación y control, ya que su mínima estructura administrativa pareciera determinar poca relevancia a este tipo de metodología, por el tiempo que se debe invertir en la misma y la falta de formalidad en algunas de estas, lo que puede llevar a procesos poco efectivos que a su vez afectan la producción y por ende la expansión y competitividad de la S.A.S. Unipersonal, dejando de lado la oportunidad que se presenta actualmente en el medio de ser altamente rentables.

Una de las estrategias de intervención del riesgo identificadas como más eficaces, es la implementación de políticas puntuales y formales de gobierno corporativo, pues mediante estas se permite no solo la identificación, sino las pautas procedimentales relativas al riesgo, que pese a ser valorable como poco efectiva desde la apariencia para la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) unipersonal, en el enfoque y proyección de perdurabilidad en el mediano y largo plazo y obteniendo como elemento en la relación costo beneficio de su implementación la perdurabilidad en el tiempo, la solidez estructural, elementos que pueden ser visualizados como beneficios intangibles, cuyo valor se da en la imagen y la proyección empresarial.

En este orden de ideas, el gobierno corporativo cumple un papel fundamental, ya que puede emplearse en cualquier tipo de sociedades, además que busca mejorar factores internos y externos en materia de conflictos, deberes, obligaciones, intereses colectivos y particulares, mediante políticas claras de mitigación del riesgo.

El Gobierno Corporativo debe ser entendido como un conjunto de principios, políticas y medidas establecidas por una parte, por la regulación aplicable a una sociedad en un determinado país, y de otro lado, establecidas de manera voluntaria por cada compañía que decide autorregularse para fortalecer sus esquemas de dirección, administración y supervisión, buscando ser más transparente y confiable para sus accionistas y en general para todos sus grupos de interés. Habitualmente es de carácter mixto, dado que contempla de un lado medidas que deben ser cumplidas por la imposición legal del sistema jurídico aplicable en un país a esta sociedad, y como complemento surge un grupo de principios, políticas y medidas que nacen de la convicción y del ejercicio de autorregulación propio de la compañía que decide crear un modelo de buen gobierno.

El elemento generador de la presente investigación arroja como respuesta que prácticas o elementos pueden generar actos en contra de terceros y la forma en la cual el gobierno corporativo puede intervenir en una disminución o eliminación de estas conductas mediante el fomento de adopción de procesos.

Lista de referencias

Berk, J; Demarzo, P;(2008) Finanzas Corporativas; Ciudad de México; Pearson Addison Wesley

Código de comercio. Decreto 410 de 1971,Arts. 207, 452; Mazo 27 de 1971 (Colombia)

Confecámaras, Año 2012, ¿Qué es Gobierno corporativo?, recuperado de <http://www.confecamaras.org.co/gobierno-corporativo/165-que-es-gobierno-corporativo>

Constitución política de Colombia (Const.) Artículo 333, Julio 7 de 1991, Bogotá (Colombia)

Corte Constitucional de Colombia; Sala Plena; Sentencia C 624 de 1998, Expediente D-2054 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); Noviembre 4 de 1998

Garicano, T, Publicado Febrero 20 de 2002; Enron, o el caso de un mal gobierno corporativo; Madrid, Instituto de empresa.

López, A.; Marzo 27 de 2012; La S.A.S. unipersonal y la empresa unipersonal de responsabilidad limitada- similitudes, diferencias, ventajas y proyección de ambas figuras dentro del ordenamiento mercantil colombiano; Bogotá; revista E-mercatoria, revista de derecho comercial, Universidad externado de Colombia.

Norma ISO 31000:2009 Risk Managment-Principles and guidelines; ISO (international organization for standarizatioN); Publicada en 2009, ratificada en Colombia por ICONTEC; Febrero 16 de 2011; Ginebra.

Ley 222 de 1995; Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones; Diciembre 20 de 1995; D.O. 42.156, de 20 de diciembre de 1995

Ley 1014 de 2006; De fomento a la cultura del emprendimiento, Enero 26 de 2006, D.O. 46164 de Enero 27 de 2006

Ley 1258 de 2008, Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, Diciembre 5 de 2008, Bogotá, D.O. 47194 de Diciembre 5 de 2008

Llano R., J.C. (Septiembre de 2013) La gestión de riesgos empresariales- Una buena práctica de gobierno corporativo; Medellín; Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, Superintendencia de Sociedades; Recuperado de <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2013/La%20gesti%C3%B3n%20de%20riesgos%20empresariales%20una%20buena%20pr%C3%A1ctica%20de%20gobierno%20corporativo..pdf>

Reyes Villamizar, F; Publicado en 2013;(Ed. 1); SAS La Sociedad por Acciones Simplificada; Bogotá, Legis.

Pensión de sobrevivencia y sustitución pensional en parejas del mismo sexo

Los criterios que ha adoptado la Corte Constitucional para reconocer derechos pensionales, a parejas del mismo sexo*

Denis Mireilli Contrera**

John Rueda***

Estefania Botero***

* Proyecto integrador de V semestre del núcleo de Derecho Laboral. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Abogada, Universidad de Antioquía; especialista en Derecho de la Seguridad Social, Universidad de Antioquia - Integrante del grupo POLEMOS COL0111291, correo electrónico:denis.contreras.docente@unisabaneta.edu.co

*** Estudiantes de V semestre de la facultad de Derecho, Núcleo de Derecho Laboral, Corporación Universitaria de Sabaneta.

Contenido

81	Resumen
81	Objetivo general
81	Objetivos específicos
81	Marco conceptual
82	Marco contextual
82	Concepto de familia desde la Constitución Política
83	El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
83	Diversidad sexual - Protección Constitucional
83	Concepto de familia en el derecho internacional
84	Concepto de familia en el ambito civil
85	Familia desde la religión
85	Pareja
86	Union marital de hecho en parejas del mismo sexo
86	Pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo
87	Bloque de constitucionalidad
89	Pronunciamientos de la Corte Constitucional
90	Discriminación frente a los proyectos de ley
91	Derecho comparado
94	Conclusiones
96	Bibliografía

Resumen

El presente artículo analiza, el ordenamiento jurídico colombiano desde sus inicios hasta el día de hoy sobre la forma como se han abordado los derechos de las parejas del mismo sexo, determinado así las diferentes perspectivas que se tienen desde la Constitución Política, los proyectos de ley, hasta las sentencias de la Corte Constitucional, para reconocer la igualdad de estas parejas en cuanto a derechos patrimoniales, extra-patrimoniales y el derecho a ser beneficiarios de la pensión de sobreviviente y sustitución pensional. A su vez, se estudia el por qué se presenta discriminación en la dogmática jurídica colombiana frente a las parejas del mismo sexo, para conformar una familia mediante la unión del matrimonio y como esto se ha venido desarrollando y aceptando en otros países.

Abstract

This article analyzes the way the rights of same-sex couples have been addressed

by the Colombian legal system from its inception until today, establishing the different perspectives starting from the Constitution, the bills and finally the judgments of the Constitutional Court in order to recognize the equality of these couples in terms of economic, non-economic rights and the right to be beneficiaries of the pension and pension substitution. At the same time, it is studied why discrimination occurs against same-sex couples to form a family through the marriage in the Colombian legal doctrine and how it has been developing and accepting other countries.

Objetivo general

Determinar si las parejas compuestas por personas del mismo sexo, gozan de igualdad en cuanto a los derechos pensionales.

Objetivos específicos

- Establecer los criterios de discriminación que frente al tema pensional en parejas del mismo sexo ha tenido el legislador.
- Identificar los criterios de la Corte Constitucional en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional para parejas del mismo sexo, de acuerdo al bloque de constitucionalidad.
- Establecer la evolución del reconocimiento de los derechos patrimoniales de parejas del mismo sexo en algunos países. - derecho comparado.

Marco conceptual

El sistema general de pensiones tiene como objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de

pensiones. (Isaza 2013). Pero acorde a esto el legislador no ha reglamentado el reconocimiento expreso, de las uniones de las parejas del mismo sexo.

Marco contextual

El interés en el cual se centra la investigación, será analizar como las parejas del mismo sexo, con gran recurrencia se ven discriminadas en el reconocimiento de los derechos pensionales, dejando al descubierto la vulneración de principios cuyo contenido hace parte de la Constitución Política de Colombia, tales como el principio de dignidad, igualdad y protección por parte del Estado a los grupos minoritarios.

El concepto de familia formulado por la Corte Constitucional y dentro del cual tienen cabida las parejas del mismo sexo, no ha sido suficiente para que beneficios como la sustitución pensional y la reclamación de pensión de sobreviviente, de la cual gozan las parejas heterosexuales cubran por completo y sin restricción o dificultad para acceder a ésta, a las parejas homosexuales, por lo que se han visto avocados al uso de la acción de tutela en algunos casos y al de los procesos ordinarios en otros casos, para el reconocimiento de estos derechos.

Realizando un estado del arte, se puede evidenciar que el legislador colombiano, no se ha detenido a hacer un análisis minucioso sobre el concepto de familia en el ámbito civil, que se tiene hoy en muchos países, donde se han equiparado los derechos de las parejas del mismo sexo, con aquellas constituidas por un hombre y una mujer.

Concepto de familia desde la Constitución Política

De acuerdo al Art 42 C.N. *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

Como órgano jurídico imperante, la Constitución Política de Colombia, consagra privilegios en un tipo de familia determinado, las constituidas por un hombre y una mujer, dejando a las parejas del mismo sexo por fuera de su contenido, y no teniendo en cuenta que cuando éstas deciden unirse, tienen como principal objetivo constituir o formar una familia.

En el artículo 5 de la C.P, se reconoce que ninguna persona será discriminada o sujeto de vulneración en sus derechos, pues ante todo son inalienables al ser humano, y además ampara a la familia como institución básica de la sociedad; concatenando esto, con el artículo 13 de la misma Constitución, que reza que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

Haciendo una lectura de lo anterior se puede determinar que independientemente de la orientación y condición sexual, todas las personas tendrán el derecho de constituir una familia, por ende se puede decir que la Constitución nacional acepta las familias del mismo sexo de manera tácita ya que se les respeta su orientación sexual y libre desarrollo de la personalidad, también constituido éste en el artículo 16, además, por el mero hecho de ser persona, adquiere derechos inalienables, los cuales no están sujetos a una condición como su orientación sexual; por ello, la familia que las parejas del mismo sexo conforman, serán protegidas de igual manera por la ley.

La Constitución de 1991 terminó siendo un texto bastante aspiracional, tanto en sus metas como en sus contenidos. Su intención fue sin duda crear un nuevo modelo de sociedad; sus principales orientaciones ideológicas incluyeron la ampliación de los mecanismos de participación, el logro de la justicia social y la igualdad, y la protección y garantía efectiva de un amplio conjunto de derechos constitucionales. (Saffon M, & Villegas M, 2011)

El constituyente del 91, se ocupó de proyectar un “Estado social de derecho” dando especial importancia a la libertad e igualdad, constituyéndose esto más en un idealismo que en una realidad, toda vez que en un país como Colombia, que debido en gran parte a su historia sociopolítica en donde la religión ha marcado una directriz conservadora, sesgando así a toda una sociedad que dinámicamente no ha tenido una evolución, donde se puedan dejar atrás todas aquellas creencias y mitos que enmarcan a la familia solo en el concepto de la conformada por un hombre y una mujer, contradiciendo el contenido neoliberal que la Constitución quiso proyectar.

El concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en repetidas sentencias se ha pronunciado a cerca del “carácter maleable de la familia” el cual se corresponde con un Estado multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, como por ejemplo en la (sentencia C577/11, M.p Gabriel Eduardo Mendoza M.), la corte constitucional se pronunció, en razón de la diversidad, *la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados*, por lo que *“no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”*.

En un sentido amplio, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han definido la familia como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes

más próximos. Desde la perspectiva natural la familia tiene su origen en la unión afectiva que surge entre un hombre y una mujer, mientras que como institución jurídica su fuente primaria es el matrimonio, siendo éste la forma en que la unión es sancionada por el ordenamiento legal preexistente. (sentencia C-371/94. M.p. José Gregorio Hernández Galindo)

Diversidad sexual - Protección Constitucional

Frente a la diversidad sexual, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la protección Constitucional que debe enmarcar la opción sexual de cada persona, *bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana. (sentencia C- 336/08 M.p. Clara Inés Vargas Hernández).*

Concepto de familia en el derecho internacional

El derecho internacional a través de distintos instrumentos “declaraciones, pactos o convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales” ha contribuido en forma decidida, a afianzar su importancia y protagonismo en el contexto universal, precisamente al referirse a la familia como **“el elemento natural y fundamental de la sociedad”**, y asignarle a cada Estado y a la sociedad misma la responsabilidad de protegerla y asistirle ampliamente. Tal consideración aparece contenida, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de Dere-

chos Económicos Sociales y Culturales (art. 10) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (art. 17).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana; obligan a Colombia como estado firmante a prohibir discriminaciones basadas en razón a la orientación sexual, el PIDCP contiene dos disposiciones que obligan a los estados miembros a impedir la discriminación basada en determinadas razones prohibidas. Desde 1994, el Comité de Derechos Humanos ha dictado resoluciones afirmando, en primer lugar que entre dichas razones se incluye la orientación sexual, y en segundo lugar, que el pacto también exige que las leyes no discriminen entre las parejas del mismo sexo y las de distinto sexo en la asignación de prestaciones administrativas por el Estado. (Andes, 2007).

Concepto de familia en el ámbito civil

Tal como se define en el texto, *Aspectos procesales sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, debe entenderse que la unión marital de hecho tiene por naturaleza ser un negocio jurídico donde aflora el acuerdo de voluntades, los requisitos serán los de todo negocio jurídico: capacidad, declaración de voluntad expresa o tácita, objeto y causa. Unidos a éstos estarán los elementos de la familia constituida por la unión marital de hecho, como la cohabitación, singularidad, notoriedad, permanencia y lazos afectivos. La comunidad de vida estable y singular genera derechos y obligaciones similares a los de la pareja matrimonial. (Quiroz A. 2011)*

Por ende “la condición de compañero (a) permanente debe ser probada mediante declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente, actuación a la que deben acudir quienes conforman la pareja y que supone la buena fe y el juramento sobre la verdad de lo expuesto” (C- 336/08 M.p Clara Inés Vargas Hernández).

El vínculo civil está determinado por el Matrimonio de acuerdo al contenido del artículo 113 del Código Civil, *El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.*

La Corte constitucional en la (Sentencia C-577 de 2011, M.p Gabriel Eduardo Mendoza) declara exequible la expresión hombre y mujer en el contrato solemne del matrimonio, puesto que se fundamenta en el artículo 42 de la Constitución Política donde sostiene que la única familia constitucionalmente reconocida, es la que se da entre un hombre y una mujer que da origen al matrimonio, a su vez es la única clase de familia que la constitución protege.

Este límite constitucional para las parejas del mismo sexo, sigue latente, puesto que la Corte Constitucional se ha pronunciado, declarando el concepto de matrimonio entre hombre y mujer exequible, y que su fundamento principal es el concepto de familia en la Constitución Política, como institución básica de la sociedad. Ahora bien, la Corte Constitucional en repetidas sentencias, reconoce la unión marital de hecho para aquellas parejas del mismo sexo, reconociéndose en el ámbito civil como un negocio jurídico.

Con todo lo anterior debe entenderse la unión marital de hecho como un negocio jurídico donde el acuerdo de voluntades, la capacidad de las partes, el objeto y la causa, estarán unidos a los elementos de la familia constituida por la unión marital de hecho, además la cohabitación, singularidad, notoriedad, permanencia y los lazos afectivos, determinarán la comunidad de vida estable de las parejas del mismo sexo, generándose así los derechos y obligaciones similares a los que tienen una pareja matrimonial. Pero para precisar todo lo anterior en la condición de compañero (a) permanente, se debe de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia.

Familia desde la religión

Uno de los grandes desafíos de los últimos tiempos, es el intento, en sociedades secularizadas, de cambiar las leyes que, durante siglos, incluso milenios, han reconocido el plan de Dios para el matrimonio y la familia como se presenta en el orden de la *Creación*, y que constituye un patrimonio común para toda la humanidad gobernada por la ley natural. Este hecho viene confirmado por la revelación que Dios hizo sobre la creación, el matrimonio y la familia, desde los primeros capítulos del libro del Génesis, al inicio de la Biblia. Allí leemos: “creó, pues, Dios al ser humano a imagen suya, a imagen de Dios le creó, hombre y mujer los creó. Y los bendijo Dios, y les dijo: «Sed fecundos y multiplicaos y llenad la tierra y sometedla»” (*Génesis 1, 26-28*). Y en otro sitio leemos: “por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer y se hacen una sola carne (*Génesis 2, 24*)

El constituyente del 91 reconoce libertad a otros cultos diferentes de la religión católica, es así como contempla el artículo 19 de la C.N., la libertad de escogencia de religión, garantizando así poder profesarla y difundirla; se entiende entonces que Colombia es un país donde la religión es influyente en las políticas de Estado, pero no en el grado que lo fue en la constitución de 1886. Si analizamos otros componentes de la Constitución del 91, podemos afirmar que el constituyente intentó separarse de la religión católica.

El concepto de familia determinada por un hombre y una mujer como base fundamental de la sociedad, es meramente religioso, puesto que no contempla la posibilidad de conformar una familia donde los individuos sea parejas del mismo sexo, discriminando por razones de sexualidad. Además encasilla a la familia como la base social de todo un Estado, dejando de lado otros factores como los culturales, por ejemplo: los agnósticos donde no creen ni

rechazan la existencia de Dios, los ateos y no religiosos, en donde la familia no es la base de la sociedad, por el contrario son los individuos quienes con sus comportamiento se hacen merecedores de permanecer en una sociedad.

Ahora bien, la religión ha influenciado para guiar por medio de principios y valores a una sociedad que por años ha aceptado la normatividad divina, como los diez mandamientos en la religión católica que conlleva a un plan de salvación, derivada del pensamiento religioso, pero ésta no evoluciona paulatinamente con las nuevas conductas sociales en donde el derecho entra a regularlas y ajustarlas a las necesidades y prioridades de la sociedad.

Pareja

Por pareja debe entenderse, de acuerdo a las definiciones hechas en el diccionario hispano americano de derecho aquel grupo formado por dos individuos o elementos de la misma naturaleza o que comparten características afines, especialmente, la formada por individuos de igual especie y distinto género en la dualidad macho - hembra. Igualmente se define como pareja al individuo que está asociado con otro de clase igual o similar, cuando es considerado de modo independiente o separado. (*Diccionario Hispano Americano de Derecho 2008*)

Tal y como se explica en la (sentencia C-577/11 M.p Gabriel Eduardo Mendoza M) la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior- parejas homosexuales, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el

afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”.

Unión marital de hecho en parejas del mismo sexo

En Colombia la ley 979 de 2005, la cual modificó la ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles, para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes, además se declara exequible por la Corte Constitucional mediante (Sentencia C-075 de 2007, M.p Rodrigo escobar Gil) en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, mostrando un avance significativo para este grupo minoritario de la población, generando en el ámbito jurídico, un reconocimiento de igualdad, derechos y obligaciones.

La protección a las parejas del mismo sexo, principalmente se brinda a partir de beneficios específicos previamente reconocidos en la ley a las parejas heterosexuales, vinculadas en razón de la denominada unión marital de hecho, dicha tendencia deberá de mantenerse y extenderse a las parejas del mismo sexo, por hallarse en situación que la Corte Constitucional juzga como asimilable.

La declaración de la unión marital de hecho, es el reconocimiento legal del derecho que tienen dos personas de vivir juntas, en una comunidad de vida permanente y singular, con todas las garantías, derechos y deberes que la norma y la jurisprudencia les atribuye.

El reconocimiento de la unión marital de hecho y la posterior constitución de la sociedad patrimonial, es válido también para personas del mismo sexo y constituye un fundamento de igualdad y respeto por las decisiones de los demás, como lo reconoció la Corte Constitucional, al aplicar a la norma que regula la unión marital de hecho, los derechos fundamentales de las personas.

De este modo el artículo 1º de la Ley 979 de 2005 establece que *los compañeros que han convivido por más de dos años en forma continua podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial: a) ante un juez de familia competente; b) ante notario, y c) ante un centro de conciliación, acreditando previamente la unión marital de hecho*. Esto conlleva, según la Corte, a que distingamos entre el vínculo principal, en este caso la unión marital, y el vínculo accesorio, que es la sociedad patrimonial de hecho, por lo tanto son dos situaciones diferentes en su declaratoria.

Con respecto a la unión marital, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la acción declarativa de la unión marital procura la existencia de dos presupuestos: el primero, que conlleva un presupuesto objetivo, que consiste en la convivencia more uxorio, comunidad de vida estable y permanente plasmada en las relaciones sexuales, ayuda, socorro mutuo y afectio marital, el cual genera efectos para los compañeros permanentes, derechos y obligaciones análogos a los del matrimonio; y el segundo presupuesto subjetivo, dirigido a su situación individual, familiar y estado civil; por lo tanto su declaración podrá orientarse a fines diferentes de los estrictamente patrimoniales o económicos, los más, relativos al estatus familiar y el estado civil”. (Quiroz A. 2011).

Pensión de sobreviviente en parejas del mismo sexo

La pensión de sobreviviente por muerte de origen común está regulada en el libro primero de la ley 100 de 1993, en donde se establece que los beneficiarios de la pensión de sobreviviente funcionan como los órdenes sucesorales, en primer grado se encuentra el compañero o compañera permanente, el cual se abordará para las parejas del mismo sexo.

Se debe entender en primer lugar, que la pensión de sobreviviente constituye la

muerte del afiliado cotizante activo del régimen pensional o del pensionado. Además en cuanto la ausencia definitiva de la persona que sostenía económicamente el grupo familiar, ésta dejaría en situación de desamparo a los integrantes del mismo, por ende éstos tendrán la calidad de beneficiarios; cabe aclarar que sin importar el grado de dependencia económica con el fallecido el compañero o compañera permanente tiene derecho a la pensión de sobreviviente.

La Corte Constitucional, en la sentencia (C-336 de 2008, M.p. Clara Inés Vargas Hernández) declaró condicionalmente exequibles las expresiones que alude a los compañeros y/o compañeras permanentes contenidas en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 art 13 “ En el entendido de que también son beneficiarios de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia (C-521 de 2007. M.p. Clara Inés Vargas H). (Arenas, G. 2011).

La sentencia C-521 de 2007, reconoce la calidad de compañero o compañera permanente en parejas del mismo sexo, respetándoles todos los derechos y como base constitucional el derecho a la igualdad, en donde éstos se considerarán beneficiarios de la pensión de sobreviviente, demostrando los requisitos establecidos por la ley, y no constituirá negación a la pensión, la discriminación por ser parejas del mismo sexo, ya que a su vez se protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para poder ser beneficiario de la pensión, los compañeros del mismo sexo deberán acreditar la condición de pareja, para lo cual deberá acudir ante un notario y expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, lo cual fue mencionado anteriormente. Al acreditar esto, podrá reclamar su derecho a la

pensión de sobreviviente; dado el caso en que dicha pareja del mismo sexo, no hayan acreditado ante notario la unión marital de hecho, el beneficiario de la pensión, podrá solicitar como carga probatoria, los testimonios de terceras personas que acrediten la unión ante notario.

Los beneficiarios de la pensión de sobreviviente se pueden dar en forma vitalicia o temporal, para esto se debe mirar si el compañero (a) permanente quien es el beneficiario, tuviese a la fecha del fallecimiento del causante, 30 o más años de edad, la pensión de sobreviviente será de forma vitalicia, o si el causante ya era pensionado el beneficiario deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital de hecho con el causante hasta su muerte y que haya convivido con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte. Y la pensión de sobreviviente en forma temporal, es para aquel compañero (a) permanente quien es el beneficiario, que a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, el beneficiario mientras viva se le pagará la pensión de sobreviviente máximo hasta por veinte (20) años.

Ahora bien, si el causante era pensionado y hubiese un compañero (a) permanente, con una sociedad anterior conyugal no disuelta, dicha pensión se dividirá entre estos, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, además teniendo en cuenta lo anterior, si es beneficiario en forma vitalicia o temporal la pensión de sobreviviente.

Bloque de constitucionalidad

A partir de 1991 con la promulgación de una nueva constitución, se reconoce la protección a que todas las personas tienen derecho en Colombia.

Un derecho tan básico y principal a la vez, “LA IGUALDAD” tiene que ser provisto entre otros por un mecanismo de protección que garantice que los derechos

fundamentales no sean vulnerados y desconocidos, dicha protección es llevada a cabo mediante la integración de la tutela. El bloque de constitucionalidad es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución redactada en 1991.

Es así como en la Constitución Nacional, se retoman postulados contenidos en diferentes normativas internacionales, como es el derecho a conformar una familia, a la protección y reconocimiento de la misma por parte del Estado, derecho que se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.16) proferido por la ONU, organismo del cual hace parte Colombia como país fundador, desde el 5 de noviembre de 1945, así mismo la Convención sobre Derechos Humanos de la O.E.A en su Art 17, ratificada por Colombia en 1972 y que entró en vigor el 18 de julio de 1978, habla sobre el derecho de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, sin hacer una declaración explícita de la prohibición de que se realice entre personas del mismo sexo.

No es admisible entonces pensar que las convenciones, declaraciones, tratados que sobre los derechos humanos y del hombre que se han firmado y ratificado por Colombia, tengan en su contenido de manera explícita el reconocimiento de las parejas del mismo sexo, pero se puede concluir que tratándose de los derechos que cada hombre y mujer tiene por ser persona y hacer parte de un Estado de derecho, que se ratifica en el respeto por la norma internacional, está implícita la no prohibición y aun más el derecho que tienen las parejas del mismo sexo, a que se reconozca entre todo el paquete de derechos inherentes, la posibilidad de conformar una familia civilmente.

Gabriel Mario Restrepo, profesor colombiano de Derecho Constitucional, dice al respecto del bloque constitucional, que *este consiste en asumir que existe un conjunto*

de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución Política de Colombia, hacen parte de ella por la decisión de un Juez o por expresa disposición del constituyente, en este sentido, estas normas son consideradas con rango constitucional y por lo tanto gozan de garantía Constitucional a los efectos de parámetro del control constitucional de las leyes.

La Corte Constitucional en la (sentencia C-574 de 1992, M.p. Ciro Angarita Varón) se pronuncia al respecto diciendo que *“a través del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede inferir que los valores y principios incluidos en el texto constitucional son de carácter universal e inherentes a la persona y tienen como función la de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución”.*

Existen en la actualidad varios instrumentos normativos a nivel internacional, los cuales establecen preceptos relacionados con los derechos de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y con el derecho a la no discriminación, encontrándose entre estos la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la cual se deriva, la Carta Internacional de los Derechos Humanos, compuesta por los pactos internacionales de Derechos Humanos, Sociales, Políticos, Económicos y Culturales; estas declaraciones universales han servido como marco general y de coadyuvancia, para que en algunos países como consecuencia del respeto y acatamiento de los mismos, se iniciara a partir del siglo XXI, las uniones maritales civiles entre personas del mismo sexo, y como consecuencia de ello se lograra para esta minoría el reconocimiento de derechos inalienables.

Aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Declaración, en su artículo 7o. expresa que *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.*

Ambos pactos fueron adoptados y abiertos a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor casi 10 años después, el 3 de enero de 1976.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, al respecto, dispone que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en lo conducente (art. 22, aptdo. 2) que *“Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Colombia como Estado firmante de la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha querido ser ajena al dictado de la misma y a hecho algunos reconocimientos que aunque importantes, no son vinculantes en su totalidad, el legislador ha hecho una interpretación del Art. 7. De la declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, como consecuencia de esto ha dejado de reconocer la garantía constitucional que tienen las parejas del mismo sexo a no ser discriminadas a razón de su orientación sexual.

Los avances que sobre los derechos de las personas del mismo sexo se han hecho en Colombia, han sido en gran parte gracias al reconocimiento que la Corte Constitucional, ha hecho de los tratados y convenios que sobre derechos humanos, civiles y políticos ha suscrito Colombia.

El reconocimiento civil sobre las uniones entre parejas del mismo sexo, cerraría por completo la puerta frente a la discriminación, especialmente la no discriminación que se hace a la hora de reconocer la pensión de sobre y supervivencia, como un derecho que tienen todas las parejas que cumplan con los requisitos estipulados por la ley, incluidas las parejas del mismo sexo.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional

Sentencias anteriores de la Corte Constitucional se pronuncian sobre la sexualidad y dice al respecto: sexualidad constituye la intimidad de cada persona, la cual debe ser respetada por todos y garantizada por el Estado. En el año 2009 se evidencian mayores progresos en cuanto al derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo con relación a las parejas heterosexuales, así (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009):

- a) Las parejas del mismo sexo pueden establecer vivienda inembargable, es decir, declararla como patrimonio familiar.
- b) Derecho a presentar demanda de alimentos, de igual forma cualquiera de los miembros de una pareja del mismo sexo puede recurrir a las instancias necesarias, de llegarse a dar el caso de violencia intrafamiliar, de esta misma forma tendrá mayores sanciones legales.
- c) Las parejas del mismo sexo pueden acceder a los subsidios decretados por el gobierno en cuanto a subsidio familiar y de vivienda.
- d) Las parejas del mismo sexo tienen derecho a la verdad, justicia y reparación en caso de secuestro, tortura y desplazamiento.
- e) Si alguno de los miembros de las parejas del mismo sexo llega a sufrir algún accidente de tránsito, su pareja está facultada

para reclamar el Seguro Obligatorio de Accidentes de tránsito, SOAT.

Finalmente, la Corte recapitula sobre la jurisprudencia de los años 2007 al 2009, donde se les concede a los ciudadanos homosexuales su reconocimiento frente a derechos y obligaciones igual que a las personas heterosexuales. De igual forma se confirmó que debe acreditarse la relación de compañeros permanentes ante notario como requisito fundamental para acceder a la pensión de sobrevivientes, es decir, que se tenga la plena convicción de que la persona fallecida conformaba unión marital de hecho.

Discriminación frente a los proyectos de ley

En el año 2002 se presentó el proyecto de ley 43 radicado en el Senado de la República de Colombia donde se pretendió lograr el reconocimiento del estatus de pareja a las conformadas por personas del mismo sexo, con lo que se solucionaba por lo menos en el aspecto legal el manejo de la Seguridad Social Integral, tal como quedó consagrado en el artículo 5 numeral 1 el cual especificaba que además de los efectos patrimoniales, se reconocería la protección a través del sistema de seguridad social integral, tal como sucede con las parejas heterosexuales. Con base al contenido de este proyecto de ley trasciende la dimensión del ejercicio del derecho a la libre opción sexual; por medio de jurisprudencia, se evidencia, que además de las uniones entre parejas conformadas por un hombre y una mujer, existe también la unión entre homosexuales, para lo que no existe impedimento legal o constitucional (Sentencia C- 098 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Como respuesta a algunos sectores de la sociedad que se oponían al reconocimiento de los efectos patrimoniales en parejas del mismo sexo, en el año 2004 la entonces

senadora Piedad Córdoba, presentó el proyecto de ley 113 en el cual se analiza la existencia de un número significativo de uniones afectivas entre personas del mismo sexo, y de su actual discriminación y desprotección frente a la ley. Su objetivo era, en consecuencia, avanzar en el reconocimiento de estas uniones como manifestaciones legítimas de pareja, y mediante este proyecto se logra el reconocimiento de las uniones de las parejas del mismo sexo y sus efectos patrimoniales, pero no se logra el reconocimiento civil de las mismas.

En el año 2006 se presentaron los proyectos de ley 130 y 152. Estos proyectos de ley contenían dos importantes medidas en materia de protección social para las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

En primer lugar, se buscaba que se permitiera a estas parejas conformar sociedades patrimoniales, con las mismas condiciones y requisitos previstos en las disposiciones vigentes para los compañeros permanentes. En segundo lugar, se buscaba autorizar el acceso de estas parejas al Sistema de Seguridad Social, en las mismas condiciones establecidas para los compañeros permanentes.

Los proyectos de ley antes mencionados, han sido tratados someramente por el legislador, ya que no considera importante que las parejas del mismo sexo gocen del reconocimiento y aceptación social como familia; algunos sectores de la sociedad colombiana se oponen férreamente al reconocimiento de derechos patrimoniales para las uniones del mismo sexo, ya sea por intereses económicos pues se podría esperar que los herederos de los homosexuales sean los padres o hermanos.

Otro factor importante a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones por parte del legislador sobre el reconocimiento de todos los derechos, no solo pensionales a las parejas del mismo sexo, es el religioso, que encabeza de la Iglesia Católica, como movilizadora de masas, se opone a que sea desvirtuado el mandato que según ellos dicto "Dios".

El constituyente del 91 se quedó corto al redactar y copiar de otras constituciones, pues por un lado habla, de la libertad que tienen todos los ciudadanos de desarrollarse plenamente, de la no discriminación, de la protección a las minorías, y por otro hace una definición de familia ortodoxa y chapada a la antigua, donde se discrimina a las parejas del mismo sexo como familia, y da pie para que todos aquellos que se oponen al reconocimiento de los derechos interpreten a su antojo la Constitución Política.

La Constitución de Colombia tiene un origen francés, el cual fue dado por Napoleón III, al cual se le atribuye el pensamiento conservador, dado a que sus ideas eran enfocadas en la Iglesia Católica y algunos planteamientos hechos por los españoles, originado por el leguaje castellano, pero ambas corrientes tenían como base de su regulación a la Iglesia Católica ya que ésta era el elemento de cohesión del orden social, en el que, la iglesia se encargaba de fundar buenos ciudadanos y creyentes, para así reconstruir el orden divino que se plantea dicha religión, al punto que la educación fue asumida por la Iglesia Católica para mantener el orden social por medio de la obediencia interpuesta por un Dios.

Con todo lo anterior, se puede inferir que a la sociedad colombiana le cuesta trabajo ser educada de forma más liberal y contemporánea ya que se encuentra en las raíces no sólo culturales sino también políticas, la obediencia de unas creencias religiosas católicas, en donde no era permitido ir en contravía de Dios y el que lo hiciera sería severamente castigado o condenado. Esto fue superado en la Constitución del 91.

Derecho comparado

Por medio de la Tutela, y por vía jurisprudencial, La Corte Constitucional ha logrado en repetidas ocasiones, que muchos de los derechos de las parejas del mismo sexo sean reconocidos.

La legislación colombiana no es propiamente la más auténtica a la hora de debatir sobre los diferentes temas y proyectos que sobre la protección de los derechos fundamentales, sociales, políticos y culturales, debería ser; es muy evidente para toda la población, como el legislador en muchos casos, se encarga más de copiar los modelos de países, como los europeos que están a la vanguardia no sólo en la creación de leyes en pro de la igualdad y la no discriminación, sino que van más allá, entendiendo, socializando sin el ánimo de discriminar y sí con el de educar a la ciudadanía. Siendo así el legislador colombiano debería adoptar los modelos de estos países, incluso como Argentina y México, para que las personas del mismo sexo puedan gozar del derecho a la no discriminación.

La inoperancia del legislador frente al reconocimiento civil a las familias del mismo sexo, es una razón de gran peso, para ser discriminados a la hora de acceder a la pensión de sobre y supervivencia, pues si bien este derecho le ha sido reconocido a dicha minoría, esto sólo no se ha logrado constituir como un hecho con suficiente peso, que logre que a las parejas de la comunidad LGBTI, no se les atropelle y discrimine al momento de hacer su petición para el reconocimiento de un derecho legítimamente adquirido. Este derecho debería gozar de una protección real y especial por parte del Estado, como consecuencia de un mandato constitucional, el cual, no sólo hace parte de la Constitución Política de Colombia, sino que además goza de fuerza al ser también parte de los Derechos Humanos, a los cuales Colombia se ha adscrito y los ha ratificado.

No podría ser admisible que a un segmento de la población se le exijan todas las obligaciones naturales de un ciudadano y en cambio no disfrute de todos los derechos y garantías de que goza el resto de la población, y no cabe duda que estaría bien ponderar en este caso, la primacía de la realidad sobre la forma, pues si bien

la forma no da el reconocimiento civil que merece la comunidad LGBTI, la realidad es que aunque es una minoría, también ésta cada día reclama más atención y reconocimiento por parte del Estado colombiano.

Con respecto al reconocimiento que se ha hecho en algunos países de Europa, Estados Unidos y dos Latinoamericanos, sobre el derecho que tiene las parejas del mismo sexo, a contraer matrimonio y por ende a constituir una familia en el ámbito civil, *Carolina María Escobar Arango y Katherine Zapata Ortega* hacen un análisis al respecto en su monografía, *Derecho a la Seguridad Social para las parejas del mismo sexo*, así.

Dinamarca fue el primer país en el mundo en reconocer legalmente a las parejas de gays y lesbianas, en 1983. El segundo en hacerlo fue Noruega, en el 1993. Posteriormente, la propuesta también se presentó en otras naciones y es así como en Alemania, Bélgica, Francia, Noruega, Suecia y Holanda, los homosexuales ya se pueden casar, lo que genera derechos patrimoniales y pensionales, Holanda, por ejemplo, suprimió cualquier diferencia entre parejas heterosexuales u homosexuales. Todas gozan de los mismos derechos y deberes. Francia tiene el llamado pacto civil de solidaridad, en el que se reconocen derechos a las parejas homosexuales, como la declaración común de renta, cobertura social de la pareja, herencia y otros aspectos. La ley alemana, entre tanto, equipara casi en su totalidad a las parejas homosexuales con las heterosexuales, incluyendo para las primeras derechos de herencia, fiscales y de inmigración. En 32 estados de los 50 que conforman Estados Unidos de Norte América, también se falló a favor de la igualdad de las parejas del mismo sexo, las que se reconocen como si se tratara de un matrimonio. En América Latina todavía el tema es polémico. Ecuador en su Constitución prohíbe la discriminación por orientación sexual. En Buenos Aires (Argentina), también se prohíbe expresamente la discriminación de las parejas homosexuales.

En diferentes estudios hechos en los países donde la unión civil entre parejas del mismo es equiparada con la unión de parejas compuestas por un hombre y una mujer, se analiza como la misma Constitución en algunos casos era contraria explícitamente a tales uniones, sin embargo esto no fue impedimento para que sus diferentes senados o cámaras, debatieran siempre en beneficio de las minorías hasta lograr que el derecho fuera reconocido y satisfecho, mediante la unión y disfrute de todos los derechos que ésta trae consigo.

Uno de esos estudios es el Prof. hecho por la Dra. Elina Moustaira sobre **Matrimonios del mismo sexo: Un estudio comparativo de la realidad jurídica en varios países**, donde se muestra que En Holanda, la ley del 21.12.2000 era la primera ley (en el mundo) a permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo.

Ninguna regla del Código Civil belga mencionaba explícitamente que el matrimonio era permitido solamente a las parejas del sexo diferente. Sin embargo, ambas jurisprudencia y teoría belgas consideraban siempre que parejas del mismo sexo no podían contraer matrimonio civil. Además, en los trabajos preparatorios del Código Civil belga, era claramente mencionado que la consecuencia principal de una unión matrimonial consistía en procrear.

En ocho provincias y territorios de Canadá, sentencias de tribunales han declarado que la definición del matrimonio, como concerniendo solamente las parejas de sexo diferente, es inconstitucional, por violación explícita de las garantías de igualdad, contenidas en el Canadian Charter of Rights and Freedoms. El Tribunal Supremo de Ontario, en 2003, concluyó que la prohibición del matrimonio del mismo sexo no era razonable ni justificada en una sociedad libre y El Tribunal Supremo de British Columbia, en 2003, invalidó una prohibición del common law para el matrimonio del mismo sexo ya que con esto se violaba el principio constitucional de igualdad contenido en la Carta. Hoy

Canadá cuenta en todos sus estados con el derecho a la unión civil de las parejas del mismo sexo.

En Sudáfrica, donde también el reconocimiento de las relaciones del mismo sexo está conseguido a través de las decisiones de 1998, en *Nat'l Coalition for Gay & Lesbian Equal. v. Minister of Justice*, la Corte Constitucional del país ha declarado que la Ley de 1957 sobre Ofensas Sexuales, es decir la Ley que criminalizaba sodomía, era inconstitucional, porque no respetaba la igualdad, la dignidad, y lo privado.

El "proceso necesario" para la legalización del matrimonio del mismo sexo en los Estados Unidos de América es diferente del modelo europeo, en tres puntos claves:

- 1) *La estructura federal de los Estados Unidos es la razón por las existentes diferencias entre los Estados, en cuanto a los derechos de matrimonio. Los asuntos del derecho de familia las regla cada Estado en acuerdo con sus propias leyes, contrario, en los países de Europa que han legalizado las uniones del mismo sexo, los centralizados sistemas de gobierno han asegurado la uniformidad de reglamentos en cada uno.*
- 2) *En los Estados Unidos, los jueces han jugado un rol mucho más significativo en comparación con los jueces en Europa, a ese proceso. Quizás esto pueda explicar el descontento del pueblo de los Estados (Hawái, Alaska) en los cuales las decisiones de tribunales han "legalizado" el matrimonio del mismo sexo. En los Estados europeos que han legalizado las uniones del mismo sexo por legislación, no se observó hasta ahora un tal descontento.*
- 3) *En los Estados Unidos, las parejas del mismo sexo están "reconocidas" tácitamente en varias formas, es decir tienen ya muchos de los asociados con el matrimonio privilegios y cargas, el derecho de adoptar niños incluido. Un tal reconocimiento "funcional" podría considerarse como un camino alternativo para la legalización del matrimonio.*

Analizando lo dispuesto por *HUMAN RIGHTS AND CONSTITUTIONAL PROTECTION. A BRIEF STUDY ON SAME-SEX MARRIAGE IN MEXICO AND IN COMPARATIVE PERSPECTIVE*, se puede poner de manifiesto que México a través de su distrito federal, se convirtió en el decimo cuarto país del mundo en dar reconocimiento legal a la unión de parejas del mismo sexo el 4 de marzo del 2010, llegando más adelante incluso a igualar todos los derechos civiles de las parejas del mismo sexo, con las compuestas por hombre y mujer, permitiendo a las primeras la adopción.

En Argentina mediante la ley 26.618 se aprobó en el Senado de dicho país, que las parejas del mismo sexo se equipararán con las parejas compuestas por hombre y mujer y puedan contraer matrimonio civil así como la posibilidad de adoptar, teniendo que reformar con esto una parte del Código Civil, un ejemplo de esto es el que quedó de la siguiente manera,

ARTICULO 2º — Sustitúyase el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

El no reconocimiento civil de las parejas del mismo sexo, atenta indiscutiblemente contra el principio de la dignidad humana, aquella que indica que *el individuo debe poder vivir su proyecto de vida sin verse sometido a humillaciones*, además esta misma falta de reconocimiento termina violando la autonomía de la voluntad de las parejas homosexuales, generando con esto un impacto negativo dentro de esta minoría, pues de esta manera se ven discriminados por el propio Estado quien se supone será el encargado de proteger y respetar a todos sus

ciudadanos frente a cualquier agresión, en este caso discriminación; y genera un impacto negativo hacia afuera, porque de esta manera todas aquellas personas que de alguna manera sienten que las parejas del mismo sexo no deben de gozar de los mismos derechos que las conformadas por hombre y mujer, no ven por qué sea tan prioritario acatar una orden que no se encuentra consignada en un código, como debería estar en el Código Civil.

Conclusiones

En el desarrollo de la investigación se pudo evidenciar que la cobertura en seguridad social de las parejas del mismo sexo, ha alcanzado un desarrollo significativo, logrado gracias a la equiparación que la Corte Constitucional hace mediante activismo judicial, donde reconoce las parejas del mismo sexo, y las conformadas por un hombre y una mujer.

Lo que no es entendible, es que el concepto de familia tal y como se define hoy, donde las creencias que desde la sociedad se tienen para la definición de familia, son totalmente diferentes a los que se tenían un siglo atrás, donde la familia no sólo se conformaba de un papá, una mamá y sus hijos, sino que este núcleo fundamental de la sociedad se ha diversificado y se entiende por esto hoy en día, que puede ser conformada por un padre y sus hijos, abuela y nieta, tío y sobrina entre otros, es inadmisibles que dicho concepto no sea aplicable en todo su contexto a las familias conformadas por personas del mismo sexo; denota esto que la aplicabilidad de los derechos humanos tal y como han sido planteados desde la declaración de los Derechos Humanos, El pacto de San José de Costa Rica y que la propia Constitución colombiana pregona, carecen no de contenido, pues el mismo es muy claro y contundente, sino, en cambio han sido interpretados al antojo del legislador y de las instituciones encargadas de velar y

proteger la aplicación de estos de manera adecuada y eficaz.

La defensa férrea que de la familia hacen las leyes Colombianas y el Derecho Internacional, en sí misma no constituye un argumento para hacer vacilaciones a las familias conformadas por personas de mismo sexo a la hora de ejercer el derecho otorgado por la propia Corte Constitucional de poder acceder a la pensión de súper y sobrevivencia.

El derecho a la seguridad social, cuyo fin es el de garantizar a las personas que están vinculadas, una calidad de vida que esté acorde con la dignidad humana mediante la protección de las contingencias que lo afecten, no es respetado y reconocido en toda su extensión cuando de parejas del mismo sexo se trata, atentando al mismo tiempo contra el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Las diferentes religiones que libremente profesan sus cultos y que tiene la capacidad de dirigir a sus feligreses en el proceso electoral, han tenido un significado fundamental en el ordenamiento jurídico de Colombia, prueba de esto es como algunas campañas políticas se han valido del poder de convocatoria de los dirigentes y de las comunidades de diferentes cultos religiosos. Por ejemplo: El grupo Mira con la pastora Piraquive, el Centro Democrático con la Misión Carismática Internacional, dando con esto un claro mensaje de la necesidad que tienen los políticos de los votos de dichas comunidades y a cambio de esto los mismos políticos "legisladores" apoyan y favorecen a dichas comunidades sin importar que con esto se esté atentando, contra los derechos de las minorías, en este caso de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Este sesgo cultural creado por las religiones durante siglos, no ha permitido que se reconozca como familia a las constituidas por personas del mismo sexo, pero si se han reconocido como pareja, lo cual les ha permitido que se les reconozcan derechos

como los de la seguridad social, bajo el concepto civil de unión marital de hecho, teniendo así la calidad de beneficiario para acceder a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional para parejas del mismo sexo.

El legislador en repetidas ocasiones ha discriminado las parejas del mismo sexo, en cuanto a derecho civil de conformar una familia, prueba de esto han sido los once proyectos de ley presentados en el Congreso de la República y que han sido dejados para trabajar al final del periodo legislativo, no guardando el tiempo suficiente para el debate y posterior reconocimiento.

El contexto social y jurídico ha permitido observar avances en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, especialmente el reconocimiento como beneficiarios de la pensión de súper y sobrevivencia, que encuentra un apoyo importante en la normativa constitucional, al consagrarse en éstas los derechos a la libre opción sexual y a la no discriminación.

Una forma de erradicar la discriminación que por siglos han sufrido en Colombia las personas cuya orientación sexual es el gusto por personas del mismo sexo,

sería el reconocimiento por parte del Estado, de que esta minoría de la población pueda adoptar cualquier opción de vida, más cuando ésta hace referencia a la decisión de conformar junto a otra persona, una familia.

Como se dice al inicio de éste artículo, lo que se pretende con el mismo no es determinar si las parejas del mismo sexo pueden acceder a la pensión de sobrevivientes, pues éste es un tema que ya ha sido abordado y decidido favorablemente por la Corte Constitucional, más bien el trasfondo del mismo es generar en los espectadores una inquietud sobre la necesidad que tiene las parejas del mismo sexo a ser reconocidas civilmente por todo un Estado que en cabeza de sus legisladores se ha negado a plasmar en el Código Civil, un derecho que es inalienable al ser humano, como es constituir una familia con la persona que se desee.

Los derechos de las parejas del mismo sexo, no pueden seguir dándose por poquitos, esto en el fondo no hace ninguna diferencia, pues con ello se sigue vendiendo la idea de que las minorías no son importantes para el crecimiento de la sociedad y que por lo tanto pueden ser tratadas de formas discriminatoria.

Bibliografía

Restrepo, C., Sánchez, S.M & Tamayo, C. (2010), *Derecho Y Diversidad Sexual*. Medellín: Universidad de Medellín.

González, C & Borrás, A. (2004). *Parejas De Hecho Y Matrimonios Del Mismo Sexo En La Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.

Navia, F. (2000). *Del Daño Moral Al Daño Fisiológico: Una Evolución Real*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia.

Código Civil Colombiano[C.C.C]. Ley 57de 1887. Arts. 113, 115. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Ref.: Exp. No. 25286-3184-001-2007-00152-01. (MP. Edgardo Villamil Portilla; Julio 29 de 2012).

Parra, J. (2008), *Derecho de Familia* (pp.32), Bogotá: Temis.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 336 de 2008. (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Abril 16 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 075 de 2007. (MP. Rodrigo Escobar Gil; Febrero 07 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 029 de 2009. (MP. Rodrigo Escobar Gil; Enero 28 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 051 de 2010. (MP. Mauricio González Cuervo; Febrero 02 de 2010).

Constitución Política de Colombia [C.P.C]. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Arts. 42, Julio 04 de 1991 (Colombia).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 521 de 2007. (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Julio 11 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 574 de 1992. (MP. Ciro Angarita Barón; Octubre 28 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 577 de 2011. (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Julio 26 de 2011).

Quiroz, O., (2011), *Aspectos procesales sobre los derechos de las parejas del mismo sexo*. Bogotá. Universidad Católica de Colombia.

Saffon, M.P & García, M. (2011), *Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*. Bogotá. Estudio socio jurídico.

Moustaira, E., *Matrimonios del mismo sexo: Un estudio comparativo de la realidad jurídica en varios países*.

Arenas, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis.

Diccionario Hispano Americano de Derecho. Edición 2008, pg. 1650. Grupo Latino Editores.

La BIBLIA, (Génesis 1, 26- 28).

Human Rights and Constitutional Protection. 2011 UNAM. a brief study on same-sex marriage in México and in comparative perspective.

Forero, C. & Cárdenas, D.E (2009). *Perspectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá. Estudios en derecho y gobierno.

Rincón, G.H. (2013). *Derechos de las parejas del mismo sexo y personas homosexuales*. Bogotá.

Colombia Diversa. (2007). Análisis de los costos potenciales de la extensión de la afiliación de parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social. Bogotá.

Restrepo, G.L. (2011). Los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo un análisis a partir del derecho de igualdad frente a los compañeros permanentes en Colombia a partir del año 2005. (Tesis de especialización) Universidad de Medellín.

Ruiz, D.J. (2012). Formación religiosa católica en la familia colombiana: de la libertad a la responsabilidad. Bogotá. Universidad Santo Tomas.

Ceballos, P.A, Ríos, J.V. & Ordóñez, R.M. (2012). El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista. Bogotá. Estudio Socio Jurídico.

Proteccionismo o garantismo de la Corte Constitucional frente a la maternidad y paternidad*

Denis Contreras Posada**

John Fredy Salazar Gómez***

Wilmar de Jesús Parra Usuga***

Wilfredo de Jesús Bustamante Velásquez***

* Proyecto integrador de V semestre del núcleo de Derecho Laboral. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Abogada, Universidad de Antioquía; especialista en Derecho de la Seguridad Social, Universidad de Antioquía - Integrante del grupo POLEMOS COL0111291.
Correo electrónico: denis.contreras.docente@unisabaneta.edu.co

*** Estudiantes de V semestre de la facultad de Derecho, Núcleo de Derecho Fundamental, Corporación Universitaria de Sabaneta.

Contenido

103	Pregunta
103	Objetivo general
103	Objetivos específicos
103	Introducción
104	Maternidad
104	Paternidad
105	Protección constitucional a la maternidad
106	Protección constitucional a la paternidad
107	Protección legal a la maternidad y a la paternidad
107	Protección legal del derecho al trabajo durante el estado de embarazo de la trabajadora
107	Despido de la mujer durante el estado de embarazo
108	Protección al trabajo de la madre y el padre en el posparto
108	Despido durante el descanso en la lactancia, la licencia de maternidad, aborto o parto prematuro
109	Licencia de maternidad para madres adoptantes
109	Descanso de la madre durante el periodo de lactancia
109	Jornada especial para las madres menores de edad que tengan un contrato de trabajo
109	Pronunciamientos de la Corte Constitucional referente a la maternidad
119	Pronunciamientos de la Corte Constitucional referente a la paternidad
121	Trato desigual entre maternidad y paternidad, en cuanto a su protección laboral
123	Conclusiones
124	Bibliografía

Introducción

La Corte Constitucional Colombiana ha dejado en claro que la mujer embarazada tiene derecho a gozar de una especial protección de su trabajo, pues la Constitución y los Tratados Internacionales imponen al Estado y a la sociedad la obligación de respetar los derechos de la mujer en embarazo o en período de lactancia, a gozar de una “*Estabilidad Laboral Reforzada*”. En efecto la legislación de nuestro país ha considerado ilegal todo despido cuyo motivo sea el embarazo o el periodo de lactancia, conforme lo dispone el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia C-470 de 1997, el Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía señaló que el despido en los períodos legalmente amparados dentro de la maternidad y de la lactancia, sin que medie autorización previa del funcionario competente, será considerado nulo. Debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora en estado de embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente, esto es del Ministerio de Trabajo. Significando lo anterior que para que el despido sea eficaz, el empleador debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para poder terminar el contrato. *Contrario sensu*, no solo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que además el despido es ineficaz.

La investigación que se pretende realizar permite establecer con precisión los pronunciamientos de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre la protección de la mujer en estado de embarazo y durante la lactancia, la cual incluso se define como un precedente jurisprudencial, teniendo como fundamento el Estado Social de Derecho, información que resulta de gran utilidad para las mujeres trabajadoras y de paso, orientar al empleador respecto de las consecuencias que se derivan del despido y también de la terminación del

Pregunta

¿De acuerdo a las diferentes posturas que ha tenido la Corte Constitucional cuáles son los cambios jurisprudenciales que ha realizado frente a la protección de la paternidad y a la maternidad?

Objetivo general

Determinar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a la protección del derecho al trabajo por el fuero de la maternidad y la paternidad.

Objetivos específicos

Identificar criterios de desigualdad formal desde la Corte Constitucional y desde la norma respecto a la protección de la paternidad.

Establecer el núcleo fundamental de la protección del fuero de la maternidad y la paternidad desde el punto de vista del derecho al trabajo.

Palabras claves: Maternidad, paternidad, estado de gestación, fuero, trabajo.

contrato de trabajo de mujeres que gozan del llamado “*fuero de maternidad*”; también pretendemos identificar si el hombre goza de un fuero especial laboral, cuando su esposa o compañera permanente se encuentra en periodo de embarazo o de lactancia.

Maternidad

En Colombia jurídicamente el estado de maternidad empieza desde el momento en que la mujer inicia su periodo de gravidez, es decir desde el mismo instante de la concepción del *Nasciturus*¹ surge la vida, “de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie,” (Sentencia C-133/94) y éste nuevo ser debe tener una protección especial por parte del Estado; no solo por ser indefenso, sino también por la conservación de la especie humana; razón por la cual la mujer en estado de gravidez también tiene especial protección consagrada en disposiciones constitucionales y legales para que durante el embarazo y después del parto goce de especial asistencia y protección del Estado, y reciba de éste, un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada, y se declara a la vida como uno de los derechos fundamentales de los niños. (Sentencia C-133/94).

“Los términos más comunes para referirse al proceso reproductivo de la mujer son embarazo, gestación y maternidad. El último es el empleado en la legislación laboral y de seguridad social; la razón puede obedecer a su amplitud conceptual al abar-

car además del proceso fisiológico, periodos como la lactancia y el puerperio². La gestación se refiere estrictamente al proceso de formación del producto en el vientre materno.

Jurídicamente la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. En las relaciones jurídicas de las trabajadoras surgen derechos relacionados con la maternidad, por ello la legislación laboral y la de seguridad social contienen disposiciones concretas acerca del desempeño de su trabajo durante el periodo de gestación.” (Kurczyn, 2004)

Paternidad

Parentesco entre el padre e hijo, este puede ser por consanguinidad o civil (adopción), con lo cual se crea un vínculo jurídico, y se contraen obligaciones y derechos, involucra la participación del padre en el cuidado y en el amor del hijo.

“Los cambios culturales y sociales vividos en los últimos tiempos han generado transformaciones importantes en el papel que le corresponde ejercer al padre en la crianza del hijo. Desde la época colonial hasta fines del siglo XIX el principal rol paterno consistía en otorgar a los hijos una educación cristiana; por lo tanto, la educación cristiana y las buenas costumbres eran entonces su tarea fundamental. A comienzos del siglo XX y por causa de la industrialización, la necesidad impera-

1 El *Nasciturus* es el concebido y no nacido al que el derecho le concede determinados derechos, tanto hereditarios, como la posibilidad de ser donatario (destinatario o beneficiario) en alguna donación.

Jurídicamente se considera *Nasciturus* al feto desde el momento de la concepción hasta su separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical.

2 PUERPERIO; Es el período que se extiende desde el nacimiento del feto y la expulsión de la placenta y sus membranas, hasta la regresión total de las modificaciones inducidas por el embarazo. Durante este período, que dura unas 6 semanas, los órganos genitales sufren una regresión al estado normal, aunque nunca igual al que existía antes del parto. El puerperio puede ser precoz, que incluye las primeras 24 horas de postparto o tardío, que va desde de 24 horas hasta los 40 días.

tiva del hombre de pasar la mayor parte de la jornada en las fábricas, produjo un cambio en el papel paterno asumiendo el soporte económico de la familia pero delegando en la madre la crianza y educación de los hijos. A partir de la década del 30 y por efecto de la llamada gran depresión, los padres se quedaron sin empleo y por lo tanto el rol de proveedores les era difícil de cumplir; se presentó igualmente la partida de los hombres al ejército durante la Segunda Guerra Mundial, lo que permitió que éstos dejaran puestos de trabajo que comenzaron a ser ocupados por mujeres, y que se presentara la ausencia del padre en el hogar, vivida dramáticamente por los hijos especialmente varones, lo que propició posteriormente la necesidad de tener un fuerte modelo paterno aduciéndose beneficioso para el bienestar psíquico de los niños. Estas circunstancias motivaron el inicio de un cambio en el concepto de paternidad, pero es sobre todo en la década del 70 en la que realmente aparece una nueva imagen paterna, mucho más comprometida con los hijos dada la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo. Finalmente a fines del milenio se produce la llamada “revolución masculina” que ha influenciado el cambio de actitud del hombre hacia sus hijos, según la cual, una nueva generación de padres ha descubierto que pueden involucrarse en la crianza de sus hijos, de la misma forma en que lo hace la madre y sin afectar su virilidad. Es así como además comienzan a cambiar diversas costumbres médicas, por ejemplo, se incluyó al padre en el momento del parto y, en algunas sociedades se instituyó la licencia por paternidad.

También se ha dicho que los hombres han atravesado tres modelos antes de llegar al del nuevo milenio: i) en los años 50 surge el “macho”, proveedor o padre “nutricio” con sus hijos, pero manteniéndose alejado de ellos; ii) en los años 60 aparece un “hombre cuestionador” y se introducen nociones más flexibles y reflexivas sobre la

paternidad; y, iii) en los 70 hizo su aparición el “hombre sensitivo” que comenzaba a tomar conciencia de su responsabilidad con la naturaleza y con los hijos.” (Oberman, 1994)

Protección constitucional a la maternidad

La Constitución Política de 1991, fue creada para dar garantías y proteger la dignidad humana, estableciendo la acción de tutela para la protección o el amparo a los derechos fundamentales, como es el caso del fuero de maternidad, que no se encuentra consagrado por nuestra carta magna como un derecho fundamental, sino que por vía de conexidad con otros derechos, la Corte Constitucional, ha otorgado una protección superior a dicho derecho.

Los artículos 43 y 53 de la Constitución Política brindan especial protección a la mujer en estado de embarazo y señalan que “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”; y además “de la protección especial a la mujer, a la maternidad” (Constituyentes, 1991), a esta protección se le conoce como el fuero de maternidad, el cual la Corte Constitucional por vía de tutela amparó a la mujer en estado de gravidez, llamado también estabilidad laboral reforzada, esto quiere decir, una prohibición de ser despedida por razón del embarazo y aun después de dar a luz esta protección sigue vigente.

No sólo esta protección beneficia a la madre, sino que también va encaminada a la conservación de los derechos del ser que está por nacer, la misma Corte Constitucional señala “la mujer es portadora y dadora de vida, merece toda consideración desde el mismo instante de la concepción. Así es que por la estrecha conexión con la vida que está gestando, toda amenaza o vulneración contra su derecho fundamental es también una amenaza o vulneración contra el derecho del hijo que espera” (Sentencia T-179/93, 1993).

La Corte Constitucional interpreta el artículo 11 de la Carta magna y establece una garantía al que está por nacer, en concordancia con el artículo 4º numeral 1º del Pacto de San José de Costa Rica, donde se manifiesta la viabilidad de la vida, en cualquiera de sus etapas, lo que necesariamente incluye el periodo de gestación; también garantiza hacia un futuro la protección integral de los derechos del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

En este sentido, la doctrina ha acogido el criterio interpretativo de la Corte Constitucional: “además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños. En efecto de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos”.

“Este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que esta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral por parte de la sociedad y del Estado. En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibirán un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.”

“Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.” (Gamboa Jimenez, 2005).

En este mismo sentido, el autor antes citado comenta: “El especial cuidado que la carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a

la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas. Así efecto (sic), sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.”

“El deber de la protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo. Por tal razón, la Constitución, múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el artículo 53 de la carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una especial protección a la mujer y a la maternidad.” (Gamboa Jimenez, 2005)

La Corte Constitucional tiene como fundamento para la tutela de los derechos especiales de los trabajadores, el principio de igualdad que pregona la Carta, en el cual se propende por la protección de los más débiles hacia los más fuertes, en el caso laboral la parte débil es el trabajador, y la parte fuerte es el empleador.

Protección constitucional a la paternidad

Cuenta con el amparo constitucional que le otorgan a la familia los artículos 5º y 42 de la Constitución Política, entonces por ser el padre un miembro de la misma, también es acreedor de estos derechos.

En sentencia C-1039 de 2003 (Magistrado Alfredo Beltrán Sierra) hace referencia al hecho de que el constituyente solo se refirió a la mujer cabeza de familia como sujeto de especial protección por parte del Estado en el artículo 43 de la Carta; no como una discriminación hacia el hombre, sino que quiso el constituyente afianzar una protección a ese grupo que históricamente ha sufrido vulneración de sus derechos.

Protección legal a la maternidad y a la paternidad

Los fundamentos legales respecto a la maternidad y a la paternidad se enuncian esencialmente en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 236 al 244, algunos de estos modificados por el Decreto 13 de 1967, Ley 755 de 2002 y Ley 1468 de 2011, que modificó los artículos 236, 239, 57, 58 del CST.

Para la paternidad en el artículo 236 párrafo 1° del Código Sustantivo del Trabajo, solo se consagra el derecho a una licencia remunerada por el nacimiento de su hijo, la cual no podrá ser mayor a ocho días.

Protección legal del derecho al trabajo durante el estado de embarazo de la trabajadora

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 239, modificado primero por la Ley 50 de 1990, y posteriormente por el artículo 2° de la ley 1468 de 2011, estipula que ninguna mujer en estado de embarazo puede ser despedida por el empleador si se encuentra vinculada laboralmente.

Para dar mayor relevancia a la protección laboral la sentencia C-470/97, reitera que el “Derecho a la estabilidad laboral reforzada, casos especiales: si bien conforme al artículo 53 de la carta, todos los trabajadores tiene un derecho general a la esta-

bilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad legal reforzada”. Y en varias sentencias de la Corte Constitucional, más que garantizar una estabilidad laboral reforzada para la mujer, lo que pretende proteger es al Nasciturus, pues al generar normas que garanticen el empleo a la madre se está garantizando el acceso a ese mínimo vital, la protección al trabajo, y la especial protección que tiene la mujer y la familia a partir de la Constitución de 1991.

El trabajador cuya cónyuge o compañera permanente que se encuentra en estado de gravidez, no goza de protección alguna por parte del Estado para que el empleador se abstenga de despedirlo durante este periodo; en el evento que la mujer no cuente con una actividad de trabajo y su compañero sea despedido, este grupo familiar queda sin protección es decir sin el mínimo vital.

Despido de la mujer durante el estado de embarazo

Si la trabajadora es despedida durante el periodo de embarazo sin la respectiva autorización de las autoridades competentes (Artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo) se presumirá que el despido ha sido motivado por el estado de embarazo y el empleador deberá pagar a la trabajadora:

- Indemnización equivalente a 60 días de salario
- Si la mujer no ha disfrutado de las 14 semanas de licencia de maternidad, tendrá derecho a este descanso remunerado.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- De conformidad al contrato de trabajo tendrá derecho a las prestaciones a que hubiere lugar.

Protección al trabajo de la madre y el padre en el posparto

La mujer tiene especial protección laboral en el periodo del posparto, tal como lo señala el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo “Prohibición de despido” numeral primero, “Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia” el artículo 236 de la misma norma en su numeral primero, promulga que “toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce semanas (14) en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso”; este mismo artículo protege a las madres adoptantes, el tiempo comienza a contarse a partir de la fecha oficial de la entrega del menor que se adopta, la licencia también se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente; de estas catorce semanas la madre puede descansar antes del parto dos semanas y posteriormente las doce semanas restantes, sino descansa estas dos semanas podrá descansar las 14 semanas después del parto, cuando este se da antes de la fecha prevista.

Además se encuentra establecida en el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo como obligación del empleador y en el artículo 58 del mismo Código, también se cataloga como una obligación de la trabajadora.

El artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, fue modificado por el artículo segundo de la Ley 1468 de 2011, plasma nuevos derechos para las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, como lo es el caso del parto múltiple y el hijo prematuro; en caso de parto múltiple, tendrá derecho a dos semanas adicionales a las 14 semanas de descanso remunerado, en caso de que el hijo sea prematuro, el pago de la diferencia de tiempo entre la fecha de alumbramiento y el nacimiento.

El cónyuge o compañero permanente tendrá derecho a ocho días hábiles de li-

cenia de paternidad, será remunerada y opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente; para poder disfrutar de esta licencia, el padre, debe aportar el registro civil de nacimiento y lo debe presentar dentro de los treinta días siguientes a la fecha del nacimiento del menor; esta licencia será a cargo de la EPS, siempre y cuando haya cotizado treinta y seis semanas previamente al reconocimiento de la licencia de paternidad.

Para los padres trabajadores en Colombia, solo se aplica la licencia remunerada de paternidad, quedando sin una protección laboral reforzada “fuero de paternidad”. Al tener el padre al igual que la madre una estabilidad laboral reforzada, se puede garantizar el acceso al mínimo vital que requiere la familia para sobrellevar sus contingencias básicas, en alimentación, vivienda y salud, aunque cabe resaltar que la salud del recién nacido estará garantizada por parte del Estado durante el primer año de vida.

Si la madre fallece antes de terminar el periodo de maternidad, el padre tendrá derecho a disfrutar el tiempo equivalente que le faltaba a la madre para cumplir con las 14 semanas de licencia de maternidad; el empleador del padre tiene la obligación de otorgarle esta licencia conservando el empleo y realizando los respectivos pagos a los que tiene derecho.

Despido durante el descanso en la lactancia, la licencia de maternidad, aborto o parto prematuro

La normatividad también presta especial protección a las mujeres en estado de lactancia, los despidos que se realizan en esta etapa son nulos, por lo que es procedente la acción de reintegro, toda vez que el empleador está obligado a conservar el puesto de trabajo a la empleada mientras disfrute de estos descansos durante

la licencia de maternidad o lactancia, o de licencia de enfermedad motivada por el embarazo o parto; tal como lo señala el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 13 de 1967, artículo 8°.

“1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que este disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionados”

Licencia de maternidad para madres adoptantes

Cuando una mujer adopte a un menor de edad, la licencia de maternidad se hace extensiva en su totalidad a la nueva madre adoptiva, así lo establece el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, la sentencia C-543 de 2010 y el artículo 1° de la ley 1468 de 2011, señala que a esta licencia también tiene derecho el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Para empezar a hacer uso de esta licencia la madre o el padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente se asimilará la fecha del parto con el recibo oficial del menor que se adopta.

También el artículo 127 de la Ley 1098 de 2006, señala el derecho que tienen los padres adoptantes de un menor, al disfrute de la licencia.

Descanso de la madre durante el periodo de lactancia

Este descanso se encuentra estipulado en el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo, descanso que se entiende como un periodo de tiempo durante el cual la

madre trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia puede disponer de una hora diaria, dividida en dos turnos de treinta (30) minutos cada uno, con el fin de amamantar a su hijo recién nacido, este descanso se debe dar durante los primeros seis (6) meses de edad, dicho descanso es obligatorio por parte del empleador y debe ser remunerado. Si el médico considera pertinente ampliar este periodo la trabajadora lo debe solicitar al empleador previa presentación del respectivo certificado médico.

Jornada especial para las madres menores de edad que tengan un contrato de trabajo

El Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006 en su artículo 116 establece además de los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo para la maternidad, a las menores de edad con dicha condición, una jornada especial para las adolescentes mayores de quince (15) y menores de dieciocho (18) años de edad una jornada de cuatro horas diarias a partir del séptimo mes de gestación y durante la lactancia, sin derecho a disminuirles el salario y las respectivas prestaciones sociales.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional referente a la maternidad

La Corte Constitucional ha sentado bases a partir de numerosas sentencias para lograr una efectiva protección laboral a las mujeres en estado de gravidez, protección que se extiende hasta la lactancia, mientras que la paternidad en Colombia, ocupa un segundo lugar, pues no se consagra por vía Constitucional ni legal una protección para el hombre cuya cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo.

La Corte Constitucional desde su creación ha tenido tres periodos.

Primer periodo, (1991-1993). Sus magistrados consideraron la Constitución como un programa político a realizar, buscaban darle eficacia a la misma, eran representativos de las fuerzas políticas de la nación, lo que significaba que las sentencias tenían un alto contenido político.

Durante este periodo, el magistrado **Ciro Angarita** fue el más destacado por sus iniciativas y por la defensa de la Constitución.

En este primer momento la corte constitucional, en sentencia T-527/92, no dio la importancia que posteriormente se le otorgó al fuero de maternidad, los magistrados de este Alto Tribunal, consideraron que la protección especial a la mujer

en estado de embarazo no se encontraba dentro de los derechos que la Constitución denominó como Derechos Fundamentales, este derecho se determinaba como de segunda generación; y la tutela como mecanismo de defensa, solo es procedente cuando hay una vulneración de un derecho fundamental, por tanto la protección laboral a la mujer por el estado de maternidad no aplicaba como derecho fundamental.

La Corte determinó que era el legislador quien debía establecer por medio de una Ley la protección laboral a las mujeres en estado de maternidad, protección que era más de carácter legal y de rango programático que se debía acoger a lo estipulado en el Código del Trabajo, para ese entonces ya estaba regulado por la Ley 50 de 1990.

SENTENCIA T-527 de 1992

Magistrado Ponente	Fabio Morón Díaz
Partes	Demandante Fanny Guzmán Herrera
	Demandado Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.
Problema Central	Despido laboral durante el periodo del embarazo
Decisión	Denegar Acción de Tutela: la tutela no procede, debe acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa
Especial Protección	Protección al trabajo por su estado de embarazo

Segundo Periodo (1993-2001). Su principal exponente fue el magistrado **Carlos Gaviria Díaz**; se conciben las teorías fuertes de la hermenéutica y de argumentación; no se separa el derecho de la filosofía y de lo ético; se defendió a la Constitución Política como fuente de derecho, se consideró que a partir de este periodo la jurisprudencia es el derecho vivo.

Se sienta la posición de que los principios constitucionales están por encima de las normas, se pone límites al poder estatal, y se establece que nuestra Constitución se creó para garantizar los derechos de las minorías.

Martínez Hincapié en su artículo "Protección Constitucional de los Derechos Sociales" hace alusión en sus escritos a la evolución que paralelamente ha tenido el derecho y la Corte Constitucional, argumentándolo así: "no obstante en múltiples sentencias la Corte Constitucional ha dicho que los derechos fundamentales no se limitan al título II de la C.N., toda vez que la ubicación de los derechos no definen su valor, sino su contenido esencial, siendo esto un tema en constante evolución y que la misma Corte Constitucional no ha terminado de concretar, toda vez

que algunas veces acude a la inherencia del ser humano de los derechos fundamentales, o su relación con la dignidad o de su carácter de inmediatos y obligatorios y que la condición de prestación de los DESC no impide que se puedan comprender como derechos plenos y exigibles plenamente”

La acción de tutela se ha convertido en el mecanismo más idóneo para acercar a los ciudadanos con la Constitución, facilitando la protección de los derechos fundamentales y los que no lo son; amparándolos por la vía de la conexidad, tal como es el caso del derecho a la protección laboral a las mujeres en estado de embarazo.

SENTENCIA T - 497 de 1993	
Magistrado Ponente	Fabio Morón Díaz
Partes	Demandante
	Demandado
Problema Central	Despido en estado de embarazo
Decisión	Negar tutela por que podía acudir a la vía ordinaria laboral
Especial Protección	Solicitaba protección del trabajo por su estado de embarazo

La Corte Constitucional en sentencia T-497/93, confirma la tesis de que el despido de una mujer en estado de gravidez, no constituye por sí solo una violación a un derecho fundamental, además afirma que los derechos asistenciales no son materia de protección por vía de tutela, pues la tutela ha sido consagrada en la misma Constitución, como mecanismo solo para la defensa de los derechos fundamentales; no obstan-

te la misma corporación ha definido que se puede salir al amparo de otros derechos por conexidad con otros fundamentales, en la protección laboral se dio un avance, pues se afirma que los derechos de la estabilidad laboral reforzada se pueden proteger por vía de tutela, en casos donde se “encuentre un nexo de causalidad que permita el amparo de un derecho fundamental por el camino de un derecho asistencial.” (Aguirre, 2014)

SENTENCIA: C - 470 DE 1997	
Magistrado Ponente	Alejandro Martínez Caballero
Demandante	Luis Antonio Vargas Álvarez
Demanda de inconstitucionalidad	Norma acusada 239, ordinal tercero del Código Sustantivo del trabajo
Problema Central	Violación de los artículos: 1,13,16,25 29,42 y 249 de la Constitución
Decisión	Declara exequible los artículos demandados.
Especial Protección	Protección de un debido proceso, al momento del empleador despedir una mujer en estado de embarazo.

En Sentencia C-470/97, (Sentencia Integradora). La Corte tiene la labor de analizar la constitucionalidad o no del numeral tercero del artículo 239 del Código Sustan-

tivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, lo declara exequible “En el entendido que, debido al principio de igualdad y a la especial protección

constitucional de la maternidad, carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa comprobada para su despido”, como también se hace una argumentación para definir lo que significa el fuero de maternidad y concluye que el Estado Social de Derecho, “protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts. 2º, 11 y 44)” (Aguirre, 2014) y se concluye que la mujer debe tener un amparo especial como “gestadora de vida que es”; y para lograr esto la Corte se basa en numerosos Tratados y Convenios de los cuales hace parte Colombia, que tienen carácter vinculante con nuestro ordenamiento jurídico, a través del bloque de constitucionalidad.

La Corte destaca en referida sentencia que la Declaración Universal de derechos Humanos, en su artículo 25, señala “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales”; por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Socia-

les, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”; igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo” a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, “el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano”. Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohíbe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada.

La sentencia C-470/97, declara que no es suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de las mujeres, sino que se les asegure una posibilidad de un trabajo digno y estable.

SENTENCIA:T-373 DE 1998	
Magistrado Ponente	Eduardo Cifuentes Muñoz
Partes	Demandante
	Demandado
Problema Central	Vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo al debido proceso de la mujer y a la vida del hijo que está por nacer. (El INPEC la declaro insubsistente en estado de embarazo)
Decisión	La Corte argumenta que la empleada si pudo haber sido despedida por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, además la accionante no informo en el momento oportuno a su empleador de su estado de gravidez, por lo tanto esta Corte no es competente. Si se reúnen las pruebas suficientes para demostrar que si informo con anterioridad a su despido la empleada puede iniciar nuevamente el trámite ante la autoridad competente.
Especial Protección	Solicita protección laboral por su estado de embarazo

En sentencia T-373 de 1998, se reconoce la estabilidad reforzada en el trabajo a la mujer en estado de gravidez como un Derecho Fundamental, apelando a la igualdad suscrita en el artículo 13 de la Constitución, pues para la Corte despedir a una mujer en estado de embarazo genera un trato desigual, como consecuencia de esto si la mujer es despedida durante su estado de gestación, se presume que dicha destitución de su empleo, ha sido por causa del embarazo. La trabajadora debe notificar al empleador su estado de embarazo, dicho aviso se convierte en la prueba fundamental para demostrar si el despido viola las normas que protegen la estabilidad laboral durante el periodo del embarazo.

La misma sentencia es clara al manifestar cuales son los elementos facticos que deben demostrarse para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada; los cuales son: 1) Que el despido o la desvinculación se ocasionó durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto; (2) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (3) que el empleador conocía o debía conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (4) que el despido amenaza el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que apareja es devastador.

SENTENCIA: T- 426 de 1998	
Magistrado Ponente	Alejandro Martínez Caballero
Partes	Demandante Maricris Gallardo Rizzo y Otra
	Demandado Servicios y Asesorías S.A. y Noel
Problema Central	Despido por estado de embarazo y terminación unilateral del contrato
Decisión	No procede la tutela cuando se busca el reconocimiento de un derecho de rango legal (competente la jurisdicción ordinaria laboral y no es el juez constitucional el competente en este caso)
Especial Protección	Las demandantes solicitan especial protección del fuero de maternidad durante el contrato de trabajo.

Las normas tratan expresamente sobre el despido, más no de la terminación del contrato a término fijo, al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional, a través de sentencia de tutela, T- 426 de 1998, manifestando que, “Así, pues, el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas que dieron origen al contrato, la materia del trabajo, y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones. “a éste se le deberá garantizar su renovación. Por lo tanto, para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las

causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo, más aun cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo”

En esta sentencia también se expresa que la acción de tutela busca la defensa al mínimo vital al que tiene derecho la futura madre y el recién nacido; la Corte analiza “la terminación del término pactado en un contrato laboral constituye causal objetiva que autoriza el inmediato despido de una mujer embarazada” (Sentencia T-426, 1998) y se concluye por parte del Alto Tribunal que si las condiciones que dieron origen al contrato laboral aún persisten, este

contrato no se debe dar por terminado, con esta sentencia se afianza aún más la estabilidad reforzada de la mujer en estado de gestación.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro al cargo por ineficacia del despido, como quiera que el mecanismo procesal adecuado es la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, en caso de

empleados privados o trabajadores oficiales y la acción contenciosa ante la jurisdicción contencioso administrativo para las empleadas públicas. No obstante, esta regla tiene una excepción, esto es, la desvinculación al empleo de la mujer embarazada sólo puede pretenderse a través de acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable cuando se busca proteger el mínimo vital de la futura madre o del recién nacido.

SENTENCIA T-832 DE 2000	
Magistrado Ponente	José Gregorio Hernández Galindo
Partes	Demandante Mónica Villero Castro Y Otras
	Demandado Acrecer Temporal Limitada Y Otras
Problema Central	Contrato por labores determinadas y fueron despedidas una vez finalizada la respectiva labor, no obstante haber informado previamente acerca de su estado de embarazo.
Decisión	Revocar los fallos anteriores y ordena conceder el amparo solicitado, y el reintegro a sus labores.
Especial Protección	Protección al amparo laboral, es decir reintegrarlas a cargos iguales a los que se venían desempeñando.

Sentencia T-832 de 2000, esta sentencia de constitucionalidad condicionada, argumenta que sin importar el vínculo contractual de la trabajadora con el empleador, lo que importa es la defensa del estado de embarazo, o que el vínculo laboral no haya sido roto por el estado de gestación en el que se encuentra la mujer; este argumento lo sustenta de la siguiente manera: “La doctrina de la Corte ha sido constante en señalar que la aludida norma constitucional (artículo 43) no puede tomarse como declaración teórica ni como elemento puramente programático, sino que debe traducirse en condiciones efectivas de adecuado trato a la mujer, entre otros aspectos en su vida laboral. Y ello no solamente cuando trabaja para el Estado sino cuando lo hace para los particulares, pues la protección estatal se desarrolla, entre otras formas, a través de la legislación, la vigilancia administrativa sobre las empresas y la función judicial,

todas las cuales, en el Estado Social de Derecho, deben producir el efecto práctico de una sustancial mejora en las condiciones de trabajo de la mujer.

La legislación laboral consagra igualmente un trato especial para la mujer embarazada, la cual no puede ser despedida sin permiso del Ministerio del Trabajo.” (Sentencia T-832/00, 2000)

“Así las cosas, la protección constitucional se brinda por el hecho del embarazo, sin referencia a la modalidad contractual utilizada. Se trata de asegurar que el embarazo no sea el motivo del despido y de impedir, así mismo, que la empresa, tratándose de mujeres, opte por contratarlas siempre en forma temporal o por obra o labor determinada, con miras a evadir las reglas constitucionales y legales pertinentes.

Cabe la tutela para proteger a la mujer trabajadora en tales casos, pese a la existen-

cia de otros medios de defensa judicial, habida cuenta de la manifiesta ineficacia de los mismos para la real y concreta protección de los derechos fundamentales afectados, en particular los de trabajo e igualdad, y los del niño por nacer. Cualquier decisión judicial en procesos ordinarios sería a todas luces tardía para lograr la efectividad de las garantías constitucionales.”

TERCER PERIODO, (2002-2009) Su mayor exponente fue el Magistrado Juan Carlos Henao, fue una Corte de tipo metodológico, intento organizar la jurisprudencia de la Corte. Se habló de cosas inconstitucionales, queriendo indicar con ello que el Estado no cumplía sus funciones, se encontraban unos poderes que estaban por encima del Estado, donde la dignidad humana no se respetaba.

SENTENCIA T-848 de 2004		
Magistrado Ponente	Alfredo Beltrán Sierra	
Partes	Demandante	Ana Celina Zea Córdoba
	Demandada	Municipio De Bojaya –Chocó
Problema Central	Despedido injusto del trabajo en el periodo de lactancia	
Decisión	Revocar sentencia – reintegro al trabajo y pago de las respectivas prestaciones sociales.	
Especial Protección	Protección al fuero de maternidad en el periodo de lactancia.	

La Corte Constitucional en Sentencia T-848 de 2004, ordeno el reintegro de una trabajadora , cuyo contrato civil se terminó dentro del periodo de lactancia que la ley consagra para las mujeres en dicho estado, la Corte se pronunció de la siguiente forma “...La Corte no ignora que si bien, en principio, un contrato de prestación de servicios es de orden estrictamente civil y de duración naturalmente definida, excluye cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones este tipo de contrato, es utilizado por los empleadores públicos y privados para distraer la confi-

guración de una relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que causa este tipo de relación...”

“... Así, a pesar que por la naturaleza jurídica de este tipo de contratos se prevé una terminación cierta, que normalmente mermaría el alcance de la estabilidad del empleado, cuando se trata de una mujer trabajadora en estado de embarazo, se debe aplicar el criterio de la Corte en el sentido de que el solo vencimiento del plazo inicialmente pactado, no basta para legitimar la decisión del patrono de no renovar el contrato...”

SENTENCIA T-872 DE 2004		
Magistrado ponente	Marco Gerardo Monroy Cabra	
Partes	Demandante	Ingrid Gutiérrez Ángel
	Demandada	Empresa RHT Limitada
Problema Central	Despedida en estado de embarazo durante el contrato de labor.	
Decisión	No tiene derecho al fuero de estabilidad de maternidad reforzada por tratarse de un contrato de labor determinada.	
Especial Protección	Fuero de estabilidad por maternidad	

En sentencia T-872 de 2004, se hizo referencia al “Derecho a la estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada casos en que puede ser desvinculada” (sic)

Se hace nuevamente referencia a los tipos contractuales, y se autoriza el despido

si las condiciones contractuales que dieron origen al vínculo laboral fenecen, dicha vinculación laboral también terminará allí, sin importar el estado de embarazo de la mujer, esto en cuanto a contratos a término fijo, contratos de obra o labor determinada.

SENTENCIA T-1003 DE 2006		
Magistrado ponente	Jaime Araujo Rentería	
Partes	Demandante	Claudia Patricia Gutiérrez Romero
	Demandados	Sociedades Gente Oportuna Ltda. y Textilía Ltda.
Problema Central	Derechos fundamentales, a la vida y a la igualdad, el derecho a la maternidad, a la salud y seguridad social entre otros	
Decisión	Confirma sentencia: Niega acción de tutela por no existir contrato de trabajo	
Especial Protección	Protección al fuero de maternidad	

En sentencia T-1003 de 2006, la Corte, acude nuevamente a los preceptos constitucionales de los artículos 43 y 53 de la Carta, reitera la tesis que con la protección especial a la mujer en estado de embarazo, lo

que se logra es una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres; la protección tan pregonada ya del Nasciturus, y de la familia; con lo cual se forma un plus normativo de carácter superior.

SENTENCIA T-550 DE 2006		
Magistrado ponente	Marco Gerardo Monroy Cabra	
Partes	Demandante	Claudia Magy Brausin Triana
	Demandada	Quality Asesoría en Servicios Temporales Ltda.
Problema central	Desvinculación del trabajo, desmejorando su calidad de vida y derecho al mínimo vital.	
Decisión	La acción de tutela no es procedente, porque la empresa que la contrato no tenía conocimiento de su estado de embarazo al momento de terminar el contrato.	

Si el empleador despide a una trabajadora sin justa causa durante el periodo de embarazo se presume que su despido fue por esta causa; esta sentencia crea un precedente sobre la igualdad real sin tener en cuenta si el empleador es privado o público así: “El principio de la estabilidad en el empleo es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de si el empleador es de carácter privado o pú-

blico y de la modalidad de contrato; en tanto lo que se busca es asegurar al empleado la certeza mínima de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que el mismo no quede expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del empleador. Si tal plantea-

miento opera en relación con todos los trabajadores, mayor razón comporta la protección de la estabilidad laboral de la mujer que en estado de embarazo es despedida, pues aquí poco importa la clase de contrato que se haya suscrito, ya que durante éste período hay un deber de especial asistencia y respeto a su estabilidad que recae sobre el empleador, por tratarse de una estabilidad laboral de carácter reforzado respecto de una persona que en tales circunstancias se encuentra en situación de debilidad manifiesta, caso en el cual opera la presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal.”

Respecto a la protección a la maternidad en los contratos por duración de la obra, la Corte en sentencia T -550 de 2006

ha manifestado que cuando la mujer haya firmado contrato por duración de la obra y la culminación del mismo se origine en la extinción del trabajo que justificaba la contratación, no procederá la contratación a la mujer; considerando la Corte que “...De la evaluación probatoria emerge que no fue el embarazo el hecho que dio origen a la terminación del contrato de trabajo, sino la finalización de la misión para la cual había sido contratada la demandante – atender un incremento de producción – cuya realización de antemano se había establecido que tendría una duración aproximada de tres meses, así, es claro que la demandante conocía desde el momento mismo de suscripción del contrato que el objeto de este se restringía a las labores derivadas de la atención de dicho incremento productivo y que su termino de duración sería aproximadamente tres meses”.

SENTENCIA T- 687 de 2008	
Magistrado ponente	Jaime Córdoba Triviño
Partes	Demandante
	Demadante
Problema Central	Vulneración a los derechos fundamentales a la maternidad, a la salud a la subsistencia, a la seguridad social, al mínimo vital, a la familia e igual ante la ley a despedirla en estado de embarazo.
Decisión	Conceder la tutela de los derechos al trabajo y de la especial protección de la mujer embarazada. Reintegro a la demandante. Pago del descanso remunerado correspondiente a la licencia de la maternidad. Pago de prestaciones sociales atrasadas.
Especial Protección	Protección a la estabilidad reforzada del fuero de maternidad

La Corte señala en la sentencia T-687 de 2008: “Específicamente, respecto de mujeres en gestación a quienes les es terminado su vínculo de trabajo en ejecución de contratos de prestación de servicio, la Corte ha brindado similar protección que cuando se trata de contratos típicamente laborales...”

“En suma, la acción de tutela es procedente para garantizar la estabilidad laboral reforzada de la madre, sin importar el tipo de vinculación que tenga cuando la terminación del contrato ocurre durante el embarazo o en los tres meses siguientes”

SENTENCIA T- 707 de 2011	
Magistrado ponente	Jorge Iván Palacio Palacio
Partes	Demandante
	Demandado
Problema Central	Desvinculación del vicariato y no renovación del contrato de trabajo por su estado de gravidez
Decisión	Se tutelaron los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada. Reintegro a la demandante, cancelación de prestaciones sociales y salarios cancelación de los sesenta días de salario. Saludcoop deberá pagar la licencia de maternidad
Especial Protección	Derecho al trabajo, mínimo vital, estabilidad laboral reforzada y protección de la niñez

Sentencia T-707 de 2011, en esta sentencia de reiteración de jurisprudencia, la Corte Constitucional mantiene la posición en favor de la defensa de los derechos de la mujer en estado de gravidez, y por ende la protección especial que debe brindar el Estado Social de Derecho a la vida que se está gestando en el seno de la mujer.

En sentencia T-304/04, la Corte por vía de tutela, coacta a las EPS, para el pago de la respectiva licencia de maternidad, cuando se afecta el derecho al mínimo vital de la madre.

“Las empresas promotoras de salud o el empleador, según sea el caso, están obligados a reconocer y pagar la licencia por maternidad oportunamente, si la madre reúne los requisitos de ley. En segundo término, el derecho es una prerrogativa de

orden legal, por lo cual el ente llamado a reconocer y pagar la licencia podrá discutir tal circunstancia ante la jurisdicción ordinaria laboral si existe un motivo de disenso. Sin embargo, la falta de un pago oportuno de la licencia por maternidad puede acarrear en la lesión del mínimo vital de la madre y el recién nacido. En este evento se entenderá que dicha falta de pago se traduce en la vulneración del derecho fundamental de la madre y el menor a una vida en condiciones dignas. En esta perspectiva, esta Corte ha considerado que la acción de tutela es procedente. Para arribar a esa conclusión, la Corporación ha observado que el otro mecanismo de defensa judicial con el que cuenta la madre –acción ordinaria laboral, no es eficaz e idóneo para proteger ese mínimo vital.”

SENTENCIA SU - 070 DE 2013	
SENTENCIA UNIFICADORA DE CRITERIOS	
Magistrado Ponente	Alexei Julio Estrada
Problema Central	Falta de unificación y sistematización de criterios jurisprudenciales.
Decisión	Sistematización y unificación de precedentes jurisprudenciales para brindar una solución uniforme a la estabilidad laboral reforzada con respecto al fuero de la maternidad.
Especial Protección	Protección laboral a la madre en estado de gravidez y en la época de la lactancia

Con las sentencias que se encuentran con respecto al tema del fuero de maternidad, la Corte Constitucional opta por crear una sentencia que unificara criterios; es como surge la sentencia SU-070 de 2013, con la cual se sostiene la protección a la madre en estado de gestación y en la época de la lactancia, la cual tiene múltiples fundamentos nacionales como internacionales, por los Tratados y Convenios a los que Colombia se ha adherido y que toman fuerza vinculante por la introducción a nuestro ordenamiento jurídico del llamado bloque de constitucionalidad, con el denominado fuero de maternidad se busca un equilibrio entre mujeres y hombres.

Se debe establecer como fundamento para que dicha protección sea real y efectiva, el tipo de vínculo laboral existente, el conocimiento o no por parte del empleador del estado de gravidez, cuando hay o no hay justa causa para el despido, si la desvinculación se da antes del vencimiento

del contrato sin previa calificación de la justa causa por parte del inspector de trabajo, si se desvincula a la mujer antes del vencimiento del contrato, sin alegar justa causa, si la desvinculación se da antes del vencimiento del contrato pero se alega justa causa distinta a la modalidad del contrato, si desvincula a la mujer una vez vencido el contrato alegando esto como una justa causa; también en la sentencia se define el contrato con la cooperativa de trabajo asociado, con las empresas de servicios temporales, el contrato de prestación de servicios, cuando se trata de una trabajadora que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale del concurso o es suprimido, cuando se trata de cargos de libre remoción y nombramiento, cuando se trata del cargo de una trabajadora de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio.

SENTENCIA C – 663 de 2009	
Magistrado Ponente	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Demandante	Jarol Stivens Echeverry Giraldo
Demanda de inconstitucionalidad	Inciso 5° del artículo primero de la Ley 755 de 2002.
Problema central	Exigencia de las 100 semanas cotizadas continuas para poder acceder a la licencia remunerada de paternidad.
Decisión	Declarar la norma demandada inexecutable por ser desproporcionada e innecesaria respecto a la igualdad de los niños, para poder otorgarle al padre la licencia remunerada solo debe estar cotizando al sistema.
Especial Protección	Proteger el derecho a la licencia remunerada de paternidad.

Pronunciamientos de la Corte Constitucional referente a la paternidad

En la sentencia C-663/09, se establece que el requisito exigido por la ley 755 del 2002, donde se requiere al trabajador que acredite como mínimo 100 semanas de cotización continuas, previas al reconoci-

miento de su licencia de paternidad; lo cual a criterio de la Corte, resulta desproporcionado e innecesario, y consecuentemente a esto se viola el derecho a la igualdad; “por cuanto el sacrificio del derecho fundamental al cuidado y al amor de los niños y niñas hijos(as) de padres que no alcanzan a acumular las cien (100) semanas de cotización, y el sacrificio del derecho subjetivo de los mismos padres a dicha licencia de

paternidad, no parece compensado con un beneficio financiero que aparezca evidentemente necesario y de mayor relevancia social que la protección efectiva de los recién nacidos, de los padres y sus familias, lograda a través de la atención que puedan darles aquellos a sus hijos(as) en sus primeros días de vida. Además, la exigencia de un período mínimo de cotización de tal extensión amén de impedirles, a los niños y las niñas recién nacidos(as), el goce de un derecho que ha sido catalogado de fundamental por la comunidad internacional, de contera vulnera el derecho a la igualdad de los menores.” (Sentencia C-663/09, 2009) y continua la Corte, que si bien la

exigencia de un tiempo mínimo de cotización se hace necesario para poder acceder a la licencia de paternidad, esto tiene como fin la sostenibilidad del sistema, “por lo que la Corte condicionará la exequibilidad de la expresión “para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”, en el entendido que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad.” (Sentencia C-663/09, 2009)

SENTENCIA C – 174 DE 2009	
Magistrado Ponente	Jorge Iván Palacio Palacio
Demandante	Miller Alfonso Ramírez Solórzano
Demanda de inconstitucionalidad	Artículo primero (parcial) de la Ley 755 de 2002
Problema central	Desigualdad formal en cuanto a los días de licencia de paternidad remunerada con respecto a los cotizantes.
Decisión	Declarar inexecutable la norma demandada por encontrar que se vulnera los derechos fundamentales.
Especial Protección	Al derecho fundamental del niño, al cuidado y al amor.

En sentencia C-174/09, se hace el estudio de la modificación al artículo 236 que quiso introducir en la ley 755 de 2002 el goce de los días remunerados de la licencia de paternidad, pues el legislador por medio de esta ley, pretendió otorgar dicho beneficio de ocho días de licencia remunerada, solo para los padres que cotizaran al sistema, al mismo tiempo que su cónyuge o compañera permanente, mientras para los padres que solo hicieran aportes al sistema, se les concedía un beneficio de cuatro días, generando con ello una desigualdad de tipo formal, la cual no puede ser admitida por el órgano que vigila que todas las normas sean acordes a los preceptos constitucionales.

Decía la norma: “La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.” lo cual fue declarado inexecutable por esta sentencia, pues si bien es cierto que el legislador debe velar por la sostenibilidad del Sistema; hay unos inte-

reses que están por encima de los intereses financieros, y que la libertad configurativa de los senadores de la Republica debe estar sujeta al cumplimiento de reglas, principios, valores y derechos constitucionales, tal como lo son los derechos de los niños como sujetos de especial amparo por parte

del Estado; por tanto lo establecido en esta ley, en cuanto a la diferencia de duración de la licencia remunerada de paternidad, por el solo hecho de la cotización de los padres resulta “desproporcionada y discriminatoria respecto del derecho fundamental del niño al cuidado y al amor.”

SENTENCIA C – 273 de 2003.	
Magistrada Ponente	Clara Inés Vargas Hernández.
Demandante	Juan Carlos Tristancho villalba.
Demanda de inconstitucionalidad	Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso tercero del artículo primero de la ley 755 del 2002.
Problema central	La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente
Decisión	Declarar inexecutable las expresiones “solo”, “permanente” y “en este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”, del inciso tercero del artículo primero de la ley 755 de 2002, por ser contrarias al estatuto superior.
Especial Protección	Especialmente el artículo 44 de la carta que consagra los derechos fundamentales de los niños al cuidado y al amor. El resto del inciso tercero que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera, será declarado executable.

En sentencia C-273/03, se demanda la inconstitucionalidad del inciso tercero de la ley 755 del 2002, en el cual se planteaba que: “La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia;” la Corte declaro inexecutable las expresiones “solo”, “permanente” y “En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”, del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, por ser contrarias al Estatuto Superior, especialmente al artículo 44 de la Carta que consagra los derechos fundamentales de los niños al cuidado y amor, por tal motivo serán retiradas del ordenamiento jurídico. El resto del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera, será declarado executable.

Trato desigual entre maternidad y paternidad, en cuanto a su protección laboral

Para conocer sobre el principio a la igualdad, se debe determinar el significado de este, para ello se debe tener en cuenta el desarrollo de este concepto, según el cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual;” “por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.” (Sentencia C-410, 1996).

Esta igualdad como derecho fundamental les da la capacidad a los asociados del Estado Social de Derecho, de exigirle a este las garantías para que esta igualdad sea real y efectiva ante la ley y en la ley; que “las cargas y las ventajas sociales se distri-

buyan equitativamente” (Bernal, 2000) entre todos los que conforman el Estado.

La igualdad implica un trato semejante para sujetos de derecho con condiciones iguales, esta “igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, sustentadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos diferentes, cuyos supuestos exigen un tratamiento igual para los mismos y desigual con respecto a quienes no se encuentran cobijados por la misma situación,” mientras que “la igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas, con respecto a personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades públicas.” (Sentencia C-410, 1996)

El trato desigual debe estar justificado por qué se debe “constituir en una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso,” (Sentencia C-093/01, 1993), en cuanto a la protección en la estabilidad laboral en el empleo para la mujer con fuero de maternidad, encontramos que es una medida idónea y que cumple con los requisitos del escrutinio estricto sobre el juicio de la igualdad en cuanto las normas persiguen un “objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y para el Estado” y “la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo” (Bernal, 2000).

En varias sentencias de la Corte Constitucional, encontramos justificaciones por parte del alto tribunal para avalar las normas que dan mejores prebendas a la mujer; por su condición de sujeto de derecho con una especial protección por parte del Estado; en sentencia C-082 de 1999, la Corte Constitucional, se pronuncia sobre

la justificación de la discriminación a favor de la mujer: “La igualdad de derechos que se reconoce al hombre y a la mujer no es simplemente de carácter formal, pues en algunos eventos se justifican diferencias en aras de terminar con la histórica discriminación que ha sufrido la población femenina. En este sentido se autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de las mujeres en los órdenes económicos y sociales.”

Desde el punto de vista laboral, consideramos que se ha establecido una desigualdad de tipo formal en las normas que regulan las relaciones de este tipo; en cuanto a la protección de la maternidad la paternidad que el Estado debe brindar a todos los trabajadores; pues el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 236 al 244, establece una estabilidad reforzada a la mujer en estado de gravidez, la cual se extiende hasta los primeros meses de lactancia (fuero de maternidad); mientras que para el hombre, el artículo 236 en su parágrafo 1°, solo establece una protección para la licencia remunerada de paternidad; gestándose lo que a nuestro criterio sería un trato desigual, no con ello queriendo decir que estamos en contra de las normas que protejan con mayor vigor a la mujer; el único propósito en este trabajo es demostrar que al igual que la maternidad; la paternidad debe tener una mayor protección por parte del Estado, pues si se le otorga a la paternidad una protección en igualdad de condiciones a la que está establecida para la maternidad, se lograría cumplir a cabalidad con el derecho fundamental a la igualdad en el ámbito laboral, y además si dichas normas que protegen a la maternidad se hacen extensivas a la paternidad, se lograría una mayor protección a la estabilidad en el empleo.

El artículo 53 de la Constitución Política es claro al establecer unos principios mínimos fundamentales que deberán regir

al nuevo Estatuto del Trabajo (aún no se ha legislado); dentro de esta amplia lista de principios se encuentran; la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la remuneración mínima vital y móvil, la estabilidad en el empleo; en nuestro concepto, al no otorgársele el derecho a una estabilidad laboral reforzada al hombre, en la época de embarazo y de lactancia de su cónyuge o compañera permanente (fuero de paternidad o prohibición de ser despedido), sin una justificación objetiva y razonable, se crea un trato desigual de tipo formal en el Código Sustantivo del Trabajo, pues el principio a la igualdad pregonado por el mismo Código, establece que se le de igualdad de condiciones para todos los trabajadores, creemos que por la misma igualdad que se establece además en la Constitución Política como un Derecho Fundamental, esta protección también se debe aplicar a las cónyuges o compañeras permanentes de los hombres trabajadores, esto con el fin de asegurar una estabilidad en el empleo para aquellos, consecuente a esto se estará protegiendo los derechos de la familia en cuanto a su dignidad como institución básica de la sociedad y núcleo fundamental de la misma.

Conclusiones

El “fuero de maternidad” ha sido una institución especial establecida por Jurisprudencia de la Corte Constitucional, sólo a partir de la Constitución Política de 1991, adquiere rango constitucional.

La protección a la maternidad opera para cualquier tipo de relación laboral, no solo la que posee un contrato de trabajo.

Las facultades que la Constitución Colombiana de 1991 otorga a la Corte Constitucional, ha permitido la elaboración de la doctrina constitucional sobre el precedente jurisprudencial en el país, teniendo en cuenta las recomendaciones de la OIT como organismo creado para la defensa de los derechos de la población laboral.

Durante el estado de gravidez la mujer goza de protección laboral (fuero de maternidad) mientras que el hombre no goza de esta protección; este vacío ya ha sido advertido por el legislador y se está tratando de suplir las necesidades que se derivan del mismo. Ley que permitirá a los padres gozar de una protección laboral de la cual carece en este momento. (Proyecto LEY JOSE)

La institución del fuero de maternidad ha tenido grandes transformaciones, pues a medida que los Estados avanzan, también avanza la defensa de los derechos que brindan mayor dignidad a las personas; pues de darse un despido laboral a una mujer en estado de gravidez, el Estado sale al amparo de esta.

La Constitución promueve la prohibición de discriminar a la mujer por su estado de embarazo, y enfatiza en la especial protección que el Estado debe brindar a la trabajadora después del parto; pues por la literalidad del artículo 43, creemos conveniente que se cree una protección en igualdad de condiciones para el trabajador cuya cónyuge o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo, con las mismas prerrogativas que tienen las mujeres trabajadoras con dicho amparo foral; de esta forma se establecería un trato igual entre hombre y mujer en cuanto a los derechos laborales y oportunidades por parte del Estado, con el establecimiento del fuero de paternidad se estaría logrando la igualdad real y efectiva entre la población laboral.

Al padre trabajador contar con una estabilidad laboral reforzada con ocasión del embarazo o lactancia de su compañera permanente, precisaría un trato igual entre iguales (trabajadores), y en este caso el objeto de la protección proporcionaría tranquilidad y plena confianza a los trabajadores que se encuentran en indefensión frente al empleador ya que los pueden desvincular sin justa causa y de forma arbitraria.

Bibliografía

Aguirre, C. D. (2014). La protección de la estabilidad reforzada de la mujer en estado de embarazo: análisis jurisprudencial del fuero de maternidad en los contratos a término fijo. *Revista CES DERECHO*, 107.

Bernal, P. C. (2000). EL JUICIO DE LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA.

Congreso. (27 de Diciembre de 2002). LEY 790 DE 2002. "Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República". Bogotá, Colombia: Diario Oficial.

Constituyentes. (1991). Constitución Política de Colombia. Santa Fe de Bogotá: Diario Oficial.

Gamboa Jiménez, J. (2005). Portafolio de Derecho Laboral. Bogotá: Leyer.

Ibáñez, F. J. (13 de Abril de 2013). Proyecto Ley José. "Por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción. Bogotá, Colombia.

Kurczyn, V. P. (2004). Acoso sexual y Discriminación por la Maternidad en el Trabajo. En *Maternidad* (págs. 121, 122).

Martínez, H. H. (2014). Protección Constitucional de los Derechos Sociales. Implementación de Instrumentos Internacionales en las decisiones de la Corte Constitucional. *Derechos Humanos en Perspectiva*, 11-12.

Oiberman, A. (1994). LA RELACION PADRE-BEBE: una revisión bibliográfica. *Revista del Hospital Materno Infantil "Ramón Sardá" Chile*, 66- 67.

VALERA, I. F. (Abril de 2013). Proyecto de Ley José. "Por la cual se establece el fuero de paternidad, se amplía el periodo de presunción de despido de la trabajadora por motivo de la lactancia". Bogotá, Colombia: Congreso de la República de Colombia.

Sentencias

Sentencia C-093/01, expediente D-3067 (Corte Constitucional 31 de enero de 1993).

Sentencia T-179/93, T-8139 (Corte Constitucional 7 de mayo de 1993).

Sentencia C-410, D-1203, D-1204, D-1205, D-1206, D-1212, D-1213, D-1214 y D-1218 (acumulados). (Corte Constitucional de Colombia 4 de septiembre de 1996).

Sentencia C-470, Referencia: Expediente D-1606 (Corte Constitucional de Colombia 25 de septiembre de 1997).

Sentencia 373/98, T-161529 (Corte Constitucional 22 de julio de 1998).

Sentencia T-426, Expedientes T-162.865 y T-163.106 (acumulados). (Corte Constitucional de Colombia 18 de agosto de 1998).

Sentencia T-832/00, T-277433, T-277435, T-283147, T-290476, T-277791, T-281401, T-282812, T-301026 y T-300640 (Corte Constitucional 5 de julio de 2000).

Sentencia C-1039/03, D-4662 (Corte Constitucional de Colombia 5 de noviembre de 2003).

Sentencia C-663/09, D-7638 (Corte Constitucional 22 de septiembre de 2009).

Sentencia T-054 /11, T-2800772 (Corte Constitucional 4 de Febrero de 2011).

Sentencia C-133/94 (Corte Constitucional).

¿La Ley es la solución del Narcotráfico?*

Javier Humberto Vega**

Diego León Cano Restrepo***

Ledy Marcela Hernández***

Martha Cecilia Correa***

Norberto William Ramírez Calle***

Eryl Vanessa Ríos***

* Proyecto integrador de VII semestre del núcleo de Derecho Público II. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Abogado, Universidad de Antioquia - Integrante del grupo POLEMOS COL0111291, correo electrónico: sergio.giraldo@unisabaneta.edu.co

*** Estudiantes de I semestre de la facultad de Derecho, Núcleo básico de fundamentación jurídica, Corporación Universitaria de Sabaneta.

Contenido

129	Introducción
129	Resumen
129	Relato Histórico
132	Confrontación con la Ley 1448 de abril de 2011
136	Responsabilidad del Estado
137	Responsabilidad del Estado en el tema de la extradición
137	Rastreo Jurisprudencial
139	Jurisprudencia
139	Conclusiones
140	Bibliografía

Introducción

El periodo de 1984 a 1997 requiere ser observado como lo que es, un momento histórico donde un número significativo de personas murieron por causa de la Extradición y donde es necesario hacer mención del tema de los estupefacientes como un negocio rentable para aquellos que después pasarían a llamarse Narcotraficantes.

Colombia iniciaría a contrarrestar el tema de Estupefacientes desde 1920 (La Ley 11 de 1920 y la Ley 118 de 1928 Regularon de manera general la importación y venta de drogas que generan “Habito pernicioso”) y desde ahí empezó a darle forma a un cuerpo normativo hasta llegar a la ley 30 de 1986 y el Acto Legislativo N° 01 de 1997 referente a la extradición. El Gobierno ante la situación de violencia y la ineficacia en la justicia colombiana utilizó la figura de la extradición como herramienta contra el narcotráfico y estos por su parte respondieron con secuestros a periodistas y figuras influyentes en la política, muertes a civiles, bombas y atentados terroristas.

Este trabajo tratara de mostrar los sucesos violentos que acontecieron a dicho Acto Legislativo, se mostrara las acciones del gobierno para mostrar su soberanía y las estrategias de los Narcotraficantes para evitar la extradición. A este grupo de narcotraficantes pasaríamos a recordarlos como el grupo de los “Extraditables” y a la población civil que sufrió directa o indirectamente esta oleada de violencia por la extradición pasaremos a llamarlos víctimas.

Resumen

En Colombia el fenómeno del Narcotráfico marcó desde sus inicios las bases para que se hablara de la Extradición, obligando con ello al Gobierno Nacional ha generado una serie de normatividad y de jurisprudencia que le permitiera judicializar y brindar un soporte legal que legitimara su accionar como Estado soberano.

Abstract

In Colombia the phenomenon of drug trafficking framework since its inception the foundation for that the Extradition speak, thereby forcing the Government has generated a series of regulations and case law that would allow prosecute and provide legal support to legitimize their actions as a State sovereign.

Relato Histórico

Colombia en su historia ha sufrido una serie de procesos transformadores en la sociedad los cuales han traído cambios que son inevitables, pero que además han acarreado la creación de problemas de orden público. El Gobierno Nacional adopta la creación de una estructura Legislativa como estrategia para contrarrestar dichas situaciones.

En relación al tema de estupefacientes se encuentra todo un desenlace de acciones ilícitas a las cuales el Gobierno tuvo que desarrollar estrategias con poder legal y normativo tales como la Ley 11 de 1920,

Ley 45 de 1946, Ley 30 de 1986 y el Plan Nacional de lucha contra las drogas: Colombia 1998 – 2002

Sobre el tema de la extradición, siendo nuestro tema de interés, tiene el siguiente fundamento jurídico:

1. Acto Legislativo No. 01 de 1997. Declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en octubre de 1998
2. Artículo 35 de la Constitución Nacional
3. Artículo 508 del Código Penal anterior (Ley 600 de 20001) - Capítulo III, artículos 508 – 534.
4. El artículo 490 del Código Penal actual (Ley 906 de 2004) Capítulo II, artículo 490 – 514
5. DECRETO 2047 DE 1990 “Por el cual se crean mecanismos para incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hayan cometido delitos relacionados con los motivos de perturbación del orden público.”
6. Decreto 303 del 29 de Enero “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público, se modifican y adicionan en lo pertinente los decretos legislativos 2047 y 3030 de 1990, y se dictan otras disposiciones”
7. Ley 27 de 1980 Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979
8. Ley 68 de 1986 “Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”

Ahora bien, hubo una crisis evidente en determinado periodo en Colombia que identificó como foco de problema el tema de la droga y la extradición:

Fue el tema de la extradición el que convirtió gradualmente el asunto de la droga en un problema prioritario para el gobierno. (Jorge Orlando Melo y Jaime Bermúdez Bogotá, 1994)

Si bien el tema de la extradición en Colombia tiene su inicio desde 1888 con la suscripción de un tratado con Inglaterra por vía administrativa, solo hasta el año 1936 se introduce a la ley colombiana, por primera vez, el tema de la extradición para actualizar y adecuar lo que ya estaba en tratados internacionales. La extradición de nacionales se contempla en el Código Penal de ese año.

Para el año 1979 el embajador de Colombia en Washington, Virgilio Barco Vargas, firma el tratado de extradición con Estados Unidos con el secretario de Estado Cyrus Vance. *Queda establecido que el trámite para extraditar será mixto: el Gobierno podrá extraditar previo concepto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En el año 1980 El Congreso colombiano aprueba el tratado y lo incorpora a la legislación interna como Ley 27 de 1980.*

Para el año 1982, asume la presidencia Belisario Betancur Cuartas y anuncia que no extraditará por filosofía política, ya que con la extradición se ve violada la soberanía colombiana, sin embargo, ante la muerte del Ministro Rodrigo Lara Bonilla en 1984 se decide la extradición de colombianos de nacimiento

El capo y sus socios se convirtieron en objetivos de la justicia estadounidense, lo que dio un sentido político a la narcoguerra contra el Estado. (RAFAEL CRODA 8 DE DICIEMBRE DE 2013 REPORTAJE ESPECIAL)

Trascurriendo el año 1985 Comienzan los ataques jurídicos a la extradición en la Corte Suprema de Justicia. Entre ellos encontramos una demanda presentada por Tito Noel Barrios contra la ley 27 de 1980, la cual fue presentada ante la Corte y está en fallo de 12 de diciembre de 1986 declaró:

“Declarar inexecutable la Ley 27 de Noviembre 3 de 1980, por la cual se aprobó el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América firmado en Washington el 14

de septiembre de 1979, en cuanto no fue constitucionalmente sancionada por el Presidente de la República”.

El Presidente de la República realizó las correcciones a los errores de forma de la pasada ley y procedió a sancionar el 14 de diciembre de 1986 la Ley 68. Sin embargo, en 1986 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia logró declarar la *Acción de Inexequibilidad contra la Ley 68 de 1986* por medio de la Sentencia 109, con el argumento de que fue sancionada de manera irregular.

Más aun, en 1988 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advierte que con el fallo de inexequibilidad de la Ley, recobra vigencia el tratado que establece la extradición por vía administrativa. Por tanto, en 1989 el Presidente Barco a través de Decreto de Estado de Sitio establece la extradición por vía administrativa.

Pero, ¿Quiénes se verían beneficiados con el indulto? Es aquí donde aparece el grupo “Los Extraditables”. *Los Extraditables fue una organización creada por los capos de la droga en Colombia a principios de los años 80.* Pasaríamos a recordarlos por la frase: “Preferimos una tumba en Colombia a una cárcel en Estados Unidos”.

Los miembros del Cartel de Medellín al mando del narcotraficante Pablo Emilio Escobar y otros narcotraficantes, se asociaron para evitar la aprobación del tratado de extradición a Estados Unidos y la cual estaba siendo evaluada por la Corte Suprema de Justicia. El grupo de narcotraficantes se hizo llamar “Los Extraditables”.

El objetivo de Los Extraditables era influir en la sociedad y en los estamentos jurídicos y legislativos del Estado para que no existiese tratado de extradición con los Estados Unidos. Inicialmente el grupo se dedicó a publicar avisos de prensa en donde defendían su posición, así como a influir en partidos políticos para que defendieran sus tesis. Sin embargo, con el paso del tiempo esto se convirtió en una guerra entre el

Estado y la mafia. El Estado persiguiéndoles con cuerpos militares especializados y los narcotraficantes poniendo bombas en ciudades. Sus miembros fueron en gran parte del Cartel de Medellín y otros allegados vinculados al negocio del narcotráfico, sus máximos jefes y participantes eran:

- Pablo Emilio Escobar Gaviria
- Gonzalo Rodríguez Gacha
- Los Hermanos Ochoa: Fabio Ochoa Vásquez, Jorge Luis Ochoa y Juan David Ochoa.
- Carlos Enrique Lehder Rivas
- Juan Matta Ballesteros
- Griselda Blanco “la reina de la coca”
- Evaristo Porras
- Gilberto Rendón Hurtado
- Gustavo Gaviria y Roberto Escobar (El Osito)
- John Jairo Arias Tascón alias “PININA”

El Cartel de Medellín, fue el nombre dado por el departamento de Antinarcóticos Estadounidense (DEA) a la organización delictiva que, entre sus muchas ramas, estaba dedicada al tráfico de cocaína. Su máximo líder era Pablo Emilio Escobar Gaviria, y su centro de operaciones era la ciudad de Medellín en Colombia. Esta estructura criminal llegó a ser una de las más poderosas en la Colombia de los años 70 y 80, llegando a corromper sectores de la política nacional para favorecer sus ambiciones, más notoriamente en el supuesto papel que jugó, presionando al Estado y la clase Política Colombiana, en la llamada a realizar una Asamblea Nacional Constituyente, que diera como resultado la abolición de la extradición de colombianos hacia el exterior.

La Asamblea nacional constituyente se instaló el 05 de febrero de 1991 y cesó el 04 de julio del mismo año, donde se tocó temas muy delicados para los colombianos como lo fue la extradición a los Estados Unidos, considerado una de las herramientas

más fuertes para la lucha contra las drogas. El respaldo de la extradición fue el motivo principal de los homicidios y magnicidios de Rodrigo Lara Bonilla, de Antonio Roldán Betancur, del coronel Franklin Quintero, del procurador Carlos Mauro Hoyos, del periodista Jorge Enrique Pulido y de Enrique Low Murtra, entre muchos otros, pero no pudo ser aprobado. El presidente Gaviria deja de pedir que el tema de la no extradición no fuera incluido en los debates y a 10 días de instalada la Asamblea ya se había presentado una propuesta para prohibirla. Ni siquiera pesó que en medio de la controversia, el 30 de abril de 1991, fuera asesinado el exministro de Justicia, Enrique Low Murtraya que la mayoría de los participantes de la séptima papeleta consideraban que la extradición no era un trato digno para los colombianos, algunos como Iván Marulanda se rehusaron a la prohibición por considerarlo una cesión a los narcotraficantes y algunos más como Mercedes Carranza decían que no había garantías para debatir el tema, lo que provocó que Estados Unidos los tachara de demasiados benévolos con los criminales. (¿Qué es la constituyente? Ocampo, López Javier 2007)

Uno de los fundamentos en la constituyente era el de negar la extradición de nacionales, esencialmente fue el considerar a la rama judicial como el juez natural para juzgar cualquier delito cometido en materia de narcotráfico, y de Colombia de proteger a sus nacionales, evitando que al extraditarlos tuvieran que enfrentarse en tribunales extranjeros con un idioma desconocido lo que no respetaría un debido proceso y ofrecería las garantías suficientes para una debida defensa

Los constituyentes crearon una Constitución diferente pero que no se adaptaba a las necesidades del entonces del país, considerada arbitraria, por el desconocimiento que se hace de los derechos, por esta razón no es la democracia formal la que debe reinar en la sociedad sino las costumbres democráticas generadas de la convivencia.

La Constitución de 1991 originalmente prohibió la extradición de ciudadanos colombianos en el siguiente artículo: “Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión. Los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales en la legislación colombiana, serán procesados y juzgados en Colombia”.

Confrontación con la Ley 1448 de abril de 2011

Colombia ha vivido durante más de cinco décadas en conflicto armado; intereses económicos y políticos son la realidad de lo que hoy es la confrontación armada más larga de América Latina. En el país el conflicto armado ha sufrido una degradación importante en las últimas décadas que se debe en gran medida al agotamiento de los ideales políticos de las guerrillas –Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC y el Ejército de Liberación Nacional ELN- y a la convivencia de un grupo paramilitar -Autodefensas Unidas de Colombia AUC- con las fuerzas armadas legales del mismo. Pese a la transformación de los ideales de unos y otros y la incursión del fenómeno del narcotráfico, el conflicto armado continúa siendo una lucha por el poder, por el control de las comunidades y el dominio territorial y de la tierra.

La ley de víctimas, Ley 1448 del 2011, fue creada con el fin de garantizar los derechos que gran parte de la población colombiana tiene, pero que fueron arrebatados de una manera brutal cercenando a todo un grupo familiar.

Es de anotar que dicha Ley trata de

(...) establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas en beneficio de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al

Derecho Internacional Humanitario (Ley de víctimas diciembre del 2011)

Lo anterior con el objeto de contrarrestar los resultados del conflicto interno y en el marco de un proceso de justicia transicional se logre hacer efectivo los derechos a la verdad, la justicia, la reparación de garantías de no repetición y su reconocimiento de su condición de víctimas

Por otra parte, esta ley comprende en su artículo 3 quienes han sido considerados víctimas:

Personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. (Ley de víctimas Diciembre del 2011)

Sin embargo, es evidente que cuando se aprobó esta ley, se cometieron varias falencias:

1. No se tuvo en cuenta la participación de las víctimas. Por parte del Polo Democrático se solicitaron 105 modificaciones las cuales no fueron aprobadas ya que al sancionar la Ley primó la mayoría de la coalición.
2. Desde el inicio de la Ley 1448 el Movimiento Nacional de víctimas de Crímenes de Estado propuso reiteradas veces que se dieran Audiencias Públicas con el fin de estar enterados y aportar a la construcción de esta Ley que pretendía cobijarlos, pero que fue rechazada de plano
3. Las comunidades indígenas y afro descendiente; como lo exige el Convenio 169 de la OIT el cual ha reafirmado nuestro Estado, no fueron incluidos en sus inicios de la ley aprobada y que luego por decreto hicieron alusión a esta población.

Es notorio que se presenta desigualdad en esta Ley, ya que si bien se habla del reconocimiento como víctimas a todas aquellas personas que han sufrido alguna tipo de violación en el conflicto interno, sólo se reconoce como autores a los paramilitares, guerrilleros y militares. Quedan por fuera todas las víctimas que son lesionadas por los grupos como las BACRIM y demás organizaciones al margen de la ley y las cuales son actoras de la destrucción de vidas humanas y afectan a la sociedad en pleno o fueron, entre la época de 1983 y 1997, autoras de grave delitos contra la población civil.

Ante lo anterior surgen los interrogantes: ¿Qué pasa con todas las víctimas antes del 1 de enero de 1985? y ¿Qué pasa con todas las víctimas de las acciones de los Narcotraficantes y del llamado grupo de “Los Extraditables”? Se crea un abismo y desigualdad ante la población dado a que solo son reconocidas como víctimas las previstas en el artículo 3 de la ley 1448 del 2011.

A raíz de estos malos proceder; que el ejecutivo y legislativo tuvieron en el momento de la aprobación de dicha ley, se da una demanda de inconstitucionalidad Sentencia C-781/12 por la cual manifiestan que esta ley en su artículo 3 va en contra del ordenamiento jurídico por cuanto estarían excluyendo determinadas víctimas, configurándose de esta forma un trato discriminatorio y contrarios a sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral.

Es así como a partir de la interpretación literal de la expresión demandada se estarían excluyendo del ámbito de aplicación de la norma a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y de crímenes de lesa humanidad derivados de hechos de violencia socio política y ocurridos en el contexto del conflicto armado existente en el país pero sin relación causal con el mismo.

Dentro de dicha exclusión se deberá hacer mención a aquellas víctimas que fue-

ron el resultado de las acciones delictivas y terroristas entre 1981 a 1993 por parte de Pablo Escobar y de los Extraditables:

- Agosto 25 de 1981: Asesinado al jefe seccional del DAS en Medellín que ordenó la detención del capo en Itagüí en 1976, mayor (r) Carlos Gustavo Monroy Arenas.
- Julio 13 de 1983: Asesinan al magistrado de la Corte Suprema de Justicia que redactó el tratado de extradición, Hernando Baquero Borda.
- Abril 30 de 1984: Asesinan al ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla en el norte de Bogotá. Lara había ordenado el decomiso de aviones y colaborado en la operación Yarí, en la que fueron desmontados laboratorios al sur del país.
- Julio 23 de 1985: Asesinan en Bogotá al juez Tulio Manuel Castro Gil, quien había dictado auto de detención contra Escobar por el caso Lara.
- Noviembre 17 de 1986: Sicarios asesinan al coronel Jaime Ramírez Gómez, oficial que dirigió operaciones en Tranquilandia y Villacoca. Sindicado: Cartel de Medellín.
- Octubre 30 de 1986: Muerto en Medellín el juez Gustavo Zuluaga Serna, quien tres años atrás había dictado un auto de detención contra de Pablo Escobar por la muerte de los agentes del DAS.
- Diciembre 17 de 1986: Sicarios motorizados asesinan al director de El Espectador, Guillermo Cano Isaza, quien había denunciado el poder criminal del narcotráfico.
- 13 de enero de 1987: Cuando sale de su casa en Budapest (Hungría), un sicario le dispara al ex ministro de justicia Enrique Perejo González. Cinco impactos de bala hacen blanco en el cuerpo de Parejo, entonces embajador de Colombia ante el gobierno húngaro.
- Enero 11 de 1988: Cinco atentados terroristas contra Drogas La Rebaja, propiedad de Gilberto Rodríguez Orejuela.
- Enero 1988 - mayo 4, 1990: 85 atentados terroristas contra drogas La Rebaja en Pereira, Cali, Bogotá y Medellín. Murieron 27 personas.
- Enero 16 de 1988: Secuestran al candidato a la Alcaldía de Bogotá Andrés Pastrana Arango.
- Enero 25 de 1988: Asesinan al procurador general de la Nación, Carlos Mauro Hoyos, durante un intento de secuestro.
- Marzo 16 de 1989: Sicarios asesinan en Bogotá al magistrado Carlos Ernesto Valencia, quien había ratificado llamamiento a juicio contra Escobar por el crimen de Guillermo Cano.
- Marzo 29 de 1989: Dos sicarios asesinan al abogado y periodista Héctor Giraldo Gálvez, apoderado de la parte civil en la investigación por el asesinato de Cano Isaza.
- Mayo 16 de 1989: Dinamitada sede del Noticiero Mundo Visión.
- Mayo 30 de 1989: Atentan contra el director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), general Miguel Maza Márquez, en el norte de Bogotá. Siete muertos.
- Julio 28 de 1989: Asesinan al gobernador de Antioquia, Antonio Roldán Betancur.
- Julio 28 de 1989: Sicarios asesinan a la jueza tercera de Orden Público de Medellín, María Helena Díaz, quien vinculó a Pablo Escobar Gaviria al proceso por las masacres de campesinos de Urbabá, como autor intelectual.
- Agosto 18 de 1989: Sicarios matan al coronel Valdemar Franklin Quintero, comandante de la Policía Antioquia.
- Agosto 18 de 1989: Asesinan, en Soacha (Cundinamarca), al candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, quien ocho años atrás ordenó expulsar a Escobar del movimiento político Nuevo Liberalismo.
- Septiembre 2 de 1989: Terroristas colocan camión bomba en El Espectador. Un muerto.

- Septiembre 21 de 1989: atentados terroristas a nueve sedes políticas en el sector de Teusaquillo.
- Septiembre 25 de 1989: Bomba en el Hotel Hilton de Cartagena. Murieron dos médicos. Cinco acciones similares ocurrieron en los tres meses siguientes.
- Octubre 17 de 1989: Carro bomba contra las instalaciones del diario Vanguardia Liberal de Bucaramanga. Dos muertos.
- Septiembre-Diciembre 1989: Cien bombas de dinamita estallan en supermercados, entidades bancarias, colegios e instalaciones eléctricas y telefónicas.
- Noviembre 9 de 1989: El periodista Jorge Enrique Pulido muere, luego de un atentado realizado por sicarios al servicio del Cartel de Medellín, el 29 de octubre.
- Noviembre 27 de 1989: Terroristas hacen estallar un avión de Avianca en vuelo y mueren 107 personas.
- Diciembre 6 de 1989: Atentado al DAS en Bogotá. 70 muertos y 720 heridos.
- Diciembre 20 de 1989: Secuestran en Bogotá a Diego Montoya Escobar, hijo de Germán Montoya Vélez, secretario general de la Presidencia.
- Enero 7 de 1990: Atentado dinamitero contra la sede de Probolsa, entidad de propiedad de la familia Montoya Vélez.
- Marzo 22 de 1990: Asesinan al dirigente de izquierda Bernardo Jaramillo Ossa.
- Abril 11 de 1990: Terroristas al servicio de Los Extraditables vuelan patrulla del Cuerpo Elite de la Policía en Medellín. Doce agentes murieron y cien resultaron heridos.
- Abril 25 de 1990: Nueve personas murieron y 35 resultaron heridas en explosión de carro bomba contra patrulla del Cuerpo Elite en Medellín.
- Abril 26 de 1990: Asesinan, en el interior de un avión de Avianca, al máximo líder del M-19, Carlos Pizarro Leon Gómez.
- Abril-julio de 1990: Asesinan en Medellín a 457 miembros de la Policía
- Mayo 12 de 1990: Carros bomba en los barrios Quirigua y Niza: cinco niños y 21 adultos murieron y 180 resultaron heridos. Acciones similares ocurren el 21 y 26 del mismo mes en el norte de Bogotá. En Cali, otro carro bomba estalla en la avenida 5a. Nueve muertos.
- Mayo 24 de 1990: Carro bomba en el Hotel Intercontinental de Medellín. Doce personas murieron.
- Agosto 30 de 1990: Secuestran a los periodistas Juan Vitta, Hero Buss, Richard Becerra, Azuzena Liévano, Diana Turbay de Uribe, Orlando Acevedo.
- Septiembre 19 de 1990: Secuestran al jefe de redacción de EL TIEMPO, Francisco Santos Calderón. Asesinan a Oromacio Ibáñez, su conductor. También es secuestrada Marina Montoya de Pérez, hermana del ex secretario de la Presidencia Germán Montoya.
- Noviembre 7 de 1990: Secuestran a Beatriz Villamizar de Guerrero y Maruja Pachón de Villamizar en Bogotá. Asesinan a su conductor, Angel María Roa.
- Septiembre 25 de 1990: Masacran a 19 personas cerca de Cali.
- Enero 24 de 1991: Sicarios, al servicio de Los Extraditables, asesinan a Marina Montoya de Pérez.
- Febrero 16 de 1991: Atentado terrorista en la Plaza de Toros La Macarena de Medellín. Murieron tres suboficiales, ocho agentes de policía y nueve civiles, y fueron heridos ciento cuarenta y tres civiles
- Marzo 31 de 1991: El ex ministro de Justicia Enrique Low Murtra, es asesinado cuando sale de dictar clases en la Universidad de la Salle, donde, además, se desempeña como Decano de Economía.
- Entre septiembre de 1983 y enero de 1991 fueron asesinados por los carteles de la droga 26 periodistas de distintos medios del país

Este significativo grupo de acciones contra la población civil deja como resultado a madres, padres, hijos, hijas, abuelos, abuelas, esposos, esposas, amigos y demás integrantes de esta familia colombiana, una historia infiltrada en la memoria donde aún se ve en la tierra de esta patria la sangre de muchos inocentes que posiblemente estaban en el lugar equivocado o que pronunciaron palabras revolucionarias para aquellos segados por el poder de la droga

Por su parte el Cuerpo Elite, creado por el presidente Virgilio Barco en 1989, formado por la Policía Nacional y conformado en un inicio por treientos agentes, con una cuadrilla especial de helicópteros a su disposición y entrenados por el Special Air Service (SAS), del gobierno británico y que después se desprendería en un grupo especializado en operaciones urbanas, será el causante de atacar el terrorismo urbano sin límites en su mandato y con la suficiente autonomía para realizar actos que dejaron a su paso acciones que violaron los derechos humanos de los pobladores de las comunas de Medellín.

Por otro lado, algunas declaraciones del Teniente Néstor Porras Montero sobre el Comando de Operaciones Especiales -COPES- de la DIJIN- POLICÍA NACIONAL en la ciudad de Medellín dicen que "...él pudo constatar que los miembros del COPES torturaban, robaban, saqueaban oficinas y residencias, masacraban y vestían a sus víctimas con prendas de combatientes y les ponían en sus manos armas y explosivos". Pero además, pudo evidenciar que dichas acciones contra el Cartel de Medellín y Pablo Escobar estaban financiadas y promovidas por el Cartel de Cali

Todos anhelamos la paz en nuestro territorio, sin embargo, el objetivo no es la paz, sino una democracia y la justicia acompañada de profundas reformas sociales y políticas encaminadas a conciliarnos con nuestro pasado y a pagar la deuda que se tiene con la sociedad.

Responsabilidad del Estado

En nuestro país y por los constantes sucesos que se presentan, el Estado de Colombia ha tenido que responder de forma directa por distintos hechos donde asume y se comprueba su total responsabilidad. Los entes jurisdiccionales, en este caso el Consejo de Estado, es el que ha determinado que el Estado debe de asumir las consecuencias acaecidas por los funcionarios públicos con la plena garantía de que al particular "la víctima" se le dé el reconocimiento por los sucesos que los han afectado. Si bien la gran mayoría de las reparaciones que se hacen son de índole económicas, hay que tener en cuenta que también las hay de carácter simbólico o el tratamiento que se requiera con especialistas en el caso que lo amerite. Ahora bien, nos enfocaremos en la responsabilidad del Estado colombiano en consideración a las víctimas generadas en medio de una oleada de violencia por el tema de los extraditables.

Cuando se habla de "violencia en Colombia" pensamos en los horribles crímenes del narcotráfico, implacables atentados contra jueces, periodistas y políticos, también se piensa en los grupos armados como los paramilitares con sus espeluznantes masacres, mutilaciones y torturas de sus víctimas que son casi siempre gente humilde del pueblo. Colombia ha roto en record con cifras enormes de violencia, y no es solo ahora si no desde sus inicios, la vulneración de los derechos es latente. El Estado debe de responder a la población por los distintos eventos cometidos en la época de los extraditables, ya que por buscar una solución lo que hicieron fue dar comienzo a una mutilación de distintos derechos, como la falta de voluntad para que fuesen escuchados y tenidos en cuenta a todas las víctimas mientras a puerta cerrada se opinaba por ellos, porque el gobierno solo dio garantía y beneficio a unos pocos, las leyes que se dicen garantizar a la población víctima del conflicto, aludieron

a un pequeño silencio a cambio de algunos beneficios económicos, pero es de preguntarnos ¿Porque el Estado colombiano no reconoció los hechos y las víctimas anteriores a 1985?, es que ¿Acaso estas personas no tenían los mismos derechos que tienen los que fueron masacrados posteriormente a esa fecha?, ¿Por qué se tiene y reconocen las muertes de aquellas personas que murieron en medio de un enfrentamiento cruzado? ¿Por qué no hay reconocimiento de aquellas intervenciones de la misma fuerza pública?

Responsabilidad del Estado en el tema de la extradición

La Corte Suprema de Justicia en sus actuaciones y decisiones debe dejar claro que estas están fundamentadas en la Constitución Política del momento. Ahora bien, teniendo como base la Constitución Política de 1886, podremos presumir que dicha Constitución para la fecha de 1981 no lograba satisfacer las necesidades de la población.

Remontándonos a la fecha mencionada se hará mención de uno de los grandes problemas de dicha época, el Narcotráfico. El Gobierno de la Nación al evidenciar el nivel de deterioro social y la oleada de violencia que trajo consigo este factor se dispuso a crear un amplio ramillete de normas que lograran frenar las actuaciones de los Narcotraficantes. La extradición sería una de las estrategias de los gobiernos de la época para amedrantar a los temidos narcotraficantes

Uno de los sucesos fundamentales en relación al tema de extradición de nacionales de nacimiento se lleva cabo en 1979 al firmar el entonces embajador de Colombia en Washington, Virgilio Barco Vargas, el Tratado de Extradición con Estados Unidos con el secretario de Estado Cyrus Vance. Seguidamente, el Congreso aprueba el tratado y nace a la vida jurídica como Ley 27 de 1980. Sin embargo, la Corte Suprema

de Justicia en Fallo de 12 de diciembre de 1986, declara inexecutable la Ley 27 de Noviembre 3 de 1980 por no haber sido constitucionalmente Sancionada por el Presidente de la Republica. No obstante, pese a que el Presidente subsanó los errores de la ley 27 y sanciona la Ley 68 de 14 de diciembre de 1986, la lucha por evitar la extradición vuelve a manifestarse y de nuevo la Corte en sentencia número 63 de junio 25 de 1987, decide “Declarar inexecutable la Ley 68 de 1986, por vicios en su formación o trámite”.

Con lo anterior Colombia se queda sin piso jurídico para hacer efectivo la extradición de nacionales a Estados Unidos y es aquí donde surge la pregunta ¿Si bien la actuación de la Corte Suprema de Justicia es constitucional y legítima, logra esta subsanar la necesidad de judicializar a una serie de narcotraficantes que han logrado que la situación social del país se vea cubierta por una serie de atentados terroristas, bombas, muertos y secuestros? ¿Qué legislación le es aplicable aquellos sujetos que han cometido delitos en el exterior? ¿La Legislación colombiana les otorga fuero a los Narcotraficantes y se olvida del bienestar colectiva dentro del país y en el exterior? ¿Las leyes son creadas por necesidad o por pagar favores?

Rastreo Jurisprudencial

1. La Ley 11 de 1920 y la Ley 118 de 1928 Regularon de manera general la importación y venta de drogas que generan “Habitado pernicioso”
2. En 1930 el Decreto 1377 prohibió la importación y venta de marihuana
3. El Código Penal de 1936 consagró como conductas penalmente sancionables la elaboración, distribución, venta o suministro de sustancias narcóticas, su conservación para los mismos fines y la destinación de locales para el uso de drogas heroicas o estupefacientes, al igual que el permiso, en ellos, para su uso

4. La Ley 45 de 1946 modificó el Código Penal para cambiar la expresión “sustancias narcóticas” por “drogas estupefacientes”,
 5. Decreto 1188 de 1974, primer Estatuto Nacional de Estupefacientes
 6. Estatuto Nacional de Estupefacientes o Ley 30 de 1986 y demás normas que lo complementan, modifican y adicionan con las cuales aparece la Dirección Nacional de Estupefacientes como Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho
Reglamento a la Ley 30 de 1986
 - 6.1. Decreto No. 3788 de 1986. Reglamenta el Estatuto Nacional de Estupefacientes.
 - 6.2. Decreto No. 306 de 1998. Reglamenta la Ley 30 de 1986 y la Ley 333 de 1996
 - 6.3. Decreto No. 1575 del 18 de junio de 1997. Se establece la estructura interna de la Dirección Nacional de Estupefacientes y se determinan las funciones de sus dependencias.
 7. Plan Nacional de Lucha contra las Drogas: Colombia 1998 – 2002
 8. Acto Legislativo No. 01 de 1997. Declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en octubre de 1998.
 9. Artículo 35 de la Constitución Nacional
 10. Artículo 508 del Código Penal anterior (Ley 600 de 2000) - Capítulo III, artículos 508 – 534.
 11. El artículo 490 del Código Penal actual (Ley 906 de 2004) Capítulo II, artículo 490 – 514
 12. DECRETO 2047 DE 1990 “Por el cual se crean mecanismos para incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hayan cometido delitos relacionados con los motivos de perturbación del orden público.”
 13. Decreto 303 del 29 de Enero “Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público, se modifican y adicionan en lo pertinente los decretos legislativos 2047 y 3030 de 1990, y se dictan otras disposiciones”
 14. Ley 27 de 1980 Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979
 15. Ley 68 de 1986 “Por medio de la cual se aprueba el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”
- Antecedentes Legislativos de la Ley de Víctimas y restitución de tierras
- DECRETO 2244 DE 2011 “Por el cual se adicionan unas funciones al Centro de Memoria Histórica y se dictan otras disposiciones”
 - RESOLUCIÓN 240 DE 2011 DEL EL MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL “Por la cual se adoptan disposiciones en virtud del Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011
 - DECRETO 4155 DE 2011 “Por el cual se transforma la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) en Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, perteneciente al Sector Administrativo de Inclusión Social y Reconciliación, y se fija su objetivo y estructura”.
 - DECRETO-LEY 4633 DE 2011 “Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”.
 - DECRETO 4634 DE 2011 “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rom o Gitano”.

- DECRETO-LEY 4635 DE 2011 “Por el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras”.
- DECRETO 4800 DE 2011 “Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones”.
- DECRETO 4829 DE 2011 “Por el cual se reglamenta el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras”.

Jurisprudencia

- Sentencia C-052/1
- Sentencia C-250/12
- Sentencia C-253 A/12
- Sentencia C-609/12
- Sentencia C-715/12
- Sentencia C-781/12
- Sentencia C-820/12

Conclusiones

1. Los Extraditables fue una organización creada por los capos de la droga en Colombia, cuyo objetivo era influir en la

sociedad y en los estamentos jurídicos y legislativos del Estado evitar el tratado de extradición con los Estados Unidos

2. La nueva constitución que se adelantó en el año de 1.991, no daba garantías suficientes al debido proceso para los narcotraficantes, punto fuerte para que no se aprobara la extradición de personas nacionales Colombianas a los Estados Unidos.
3. Es claro que la falta de gobernabilidad y de ineficacia del gobierno colombiano fue la que generó la crisis; crisis que se vio principalmente reflejada en la falta de seguridad y garantías para la rama judicial; así mismo generó una inestabilidad social y económica que aún persiste. El narcotráfico continúa siendo una fuerza desestabilizadora para el País en todas sus esferas y continua alimentando los diversos conflictos armados que se presentan en el territorio con la diferencia que la figura ha venido mutando. De allí que el temor por la extradición parece haber desaparecido, los miles de muertos ya no cuenta, ya se encuentran en el olvido y por sobre todos ello logro imponerse el gobierno a través del acto legislativo 001 de 1997, vigente hasta la fecha.

Bibliografía

Páginas Web:

Revista Encrucijada Americana pp.51-56 ISSN: 0718-5766

Normatividad y Jurisprudencias < Centro de Estudios Justicia Transicional < Home **NORMATIVIDAD**. Recuperado de: http://www.usergioarboleda.edu.co/justicia_transicional/normatividad.htm.

Memoria a las víctimas. Recuperado de: www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/.../21733 Memoria a las víctimas

www.eltiempo.com

www.semana.com

www.elspectador.com

La extradición, la Corte Suprema y el gobierno: el baile de los equívocos, recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/219-la-extradición-corte-suprema-y-el-gobierno-el-baile-de-los-equívocos.html>

Pinina”, el jefe de sicarios de Medellín by admin on Domingo, julio 29th, 2012 | Comentarios desactivados, recuperado de: <http://pabloescobargaviria.info/pinina-el-jefe-de-sicarios-de-medellin/>

EXTRADITABLES: FIN DEL TERROR. Recuperado de: <http://news.google.com/newspapers?nid=1706&dat=19880125&id=foFhAAAAIBA-I&sjid=KV0EAAAAIBAJ&pg=6761,3016764>

Comunicado de los Extraditables. Recuperado de: <http://www.proyecto-pabloescobar.com/2011/04/comunicado-de-los-extraditables.html>

, (Alejandra Montes, María del Rosario Perea 2005, ¿cómo el narcotráfico ha influido en la política criminal colombiana? 1978- 1997, Tesis para optar el título de abogado. Recuperado de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2050.pdf>

<http://www.colombiaenaccion.gov.co/victimas/?p=3810> (Intervención del Estado para con las víctimas.)

<http://www.avivavoz.org.co/index.php/seccion-formacion/38-herramientas-de-organizacion-y-participacion/7-leydevictimas>. (Sobre La Ley De Víctimas - Documento Sobre El Conpes.)

Libros:

Noticia de un secuestro Gabriel García Márquez

Jurisprudencia, Leyes y Decretos :

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia número 63. Expediente número 1558. (Magistrado Ponente: doctor Fabio Morón Díaz, junio veinticinco (25) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

LEY 1448 DE 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. (Junio 10)

DECRETO 2047 DE 1990 Por el cual se crean mecanismos para incentivar el sometimiento a la justicia de quienes hayan cometido delitos relacionados con los motivos de perturbación del orden público. 5 de septiembre de 1990

LEY 27 DE 1980 Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979. 14 de noviembre de 1980

LEY 68 DE 1986 Por medio de la cual se aprueba el “Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, firmado en Washington el 14 de septiembre de 1979. Diario Oficial No. 37.733 de 14 de Diciembre de 1986

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 en la web.

Requisitos:

- Enviar el artículo inédito, una copia impresa y una en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabenta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G. Editor responsable y a la calle 75 sur No. 34-120 Sabaneta-Antioquia.
- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas, en letra Times New Roman o Arial 12 puntos, nota al pie en 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, de preferencia en normas APA. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- 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.
- Se señalará con un asterisco en el título la naturaleza del artículo. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación, tesis de grado, ensayo o reseña crítica, reflexión o reporte de casos y traducciones. Para los casos pertinentes debe señalarse en el título del proyecto la entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización.

- 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 al que se encuentra vinculado, si es el caso.
- 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 publicación *Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador*, 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 publicación *Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador*, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.

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.

Los artículos que se publicarán serán los siguientes:

- a) "Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- b) Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.
- c) Artículos de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una

cuidadosa revisión bibliográfica por los menos de 50 referencias.

- d) Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.
- e) Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
- f) Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.
- g) Revisión de tema.** Documento de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

Fe de erratas

En la anterior publicación Vol. 2 N°1 en la página 75 del artículo titulado: “Ley de Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011)” fue escrito por los estudiantes John Fredy Rueda y Maydee González y no por los estudiantes mencionados bajo el título.



Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador
se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S., en diciembre de 2014

