

CAMINOS DE LA DIGNIDAD

Reflexiones sobre las
distintas facetas de los
Derechos Humanos



Colección Investigación Sociojurídica

Dra. Berónica Narváez Mercado - Directora

Dr. Iván Vargas Chaves
(Corporación Universitaria del Caribe - Colombia)

Dr. José Cruz Guzmán Díaz
(Universidad de Guadalajara – México)

Dr. Miryam Al Fawal Portal
(Sociedad Europea de Ciencias Forenses SECIFO – España)

Dr. Gustavo Calvino
(Universidad de Buenos Aires UBA – Argentina)

Dra. Arletys Varela Mayor
(Universidad de la Habana – Cuba)



CAMINOS DE LA DIGNIDAD: REFLEXIONES SOBRE LAS DISTINTAS FACETAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Berónica Narváez Mercado

Editora

Autores

Antonio Yesid Pedroza Estrada
Martha Charris Balcázar
Gustavo Luis Illidge Maldonado
Félix Mendoza de la Espriella
Abraham Zamir Bechara Llanos
Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa
Aida Marieth Rodríguez Avendaño
David de Jesús Aníbal Guerra
Claudia Llinas Torres
Nadin Madera Arias
Andrés Antonio Alarcón Lora
María José Anaya Luna
Yucelis Garrido Ochoa
Bexi Cruz Torrado

Yaneth Carolina Álvarez López
Ángel Andrés Torres Hernández
Francia Elena Martínez Anaya
Berónica Narváez Mercado
Javier Evaristo Miranda Hoyos
Andrea Carolina de Vivero Taboada
Andrea Hernández Luna
Javier Segundo Tatis Corrales
Orlando Rodríguez Buenahora
Victoria Blanquiceth Ulloa
Kelly Viviana Aristizábal Gómez
Paola Andrea Castillo Jaraba
Eilen Carolina Ruiz Vargas
Kelly Viviana Aristizábal Gómez



Este libro es producto resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria del Caribe - CECAR

Noel Morales Tuesca

Rector

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector Académico

Jhon Víctor Vidal

Vicerrector de Ciencia, Tecnología e Innovación

María Eugenia Vides

Decana de la Facultad de Derecho

Luty Gomez CÁCERES

Director de Investigaciones

Jorge Luis Barboza

Coordinador Editorial CECAR

Editorial.cecar@cecar.edu.co

Colección: Investigación Sociojurídica.

Número: 3.

© 2020. Caminos de la Dignidad: reflexiones sobre las distintas facetas de los Derechos Humanos.

ISBN: 978-958-5547-88-9 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/9789585547889>

Editora: Berónica Narváez Mercado.

Autores: Antonio Yesid Pedroza Estrada, Martha Charris Balcázar, Gustavo Luis Illidge Maldonado, Félix Mendoza de la Espriella, Abraham Zamir Bechara Llanos, Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa, Aida Marieth Rodríguez Avendaño, David de Jesús Aníbal Guerra, Claudia Llinas Torres, Nadin Madera Arias, Andrés Antonio Alarcón Lora, María José Anaya Luna, Yucelis Garrido Ochoa, Bexi Cruz Torrado, Yaneth Carolina Álvarez López, Ángel Andrés Torres Hernández, Francia Elena Martínez Anaya, Berónica Narváez Mercado, Evaristo Javier Miranda Hoyos, Andrea Carolina De Vivero Taboada, Andrea Hernández Luna, Javier Segundo Tatis Corrales, Orlando Rodríguez Buenahora, Victoria Blanquiceth Ulloa, Kelly Viviana Aristizábal Gómez, Paola Andrea Castillo Jaraba, Eilen Carolina Ruiz Vargas, Kelly Viviana Aristizábal Gómez.

Sincelejo, Sucre, Colombia.

Caminos de la dignidad : reflexiones sobre las distintas facetas de los Derechos Humanos / editora, autora, Berónica Narváez Mercado; autores, Antonio Pedroza-Estrada ... [y otros veintiséis]. -- Sincelejo : Editorial CECAR, ©2020.

186 páginas : gráficos.

Colección Investigación Sociojurídica ; 3

Incluye referencias al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-5547-88-9 (digital)

1. Derechos Humanos -- Investigaciones 2. Estado 3. Nacionalidad 4. Derecho -- Filosofía 5. Estado de derecho 6. Derecho internacional 7. Niños -- Legislación 8. Derechos de la mujer 9. Conflicto armado 10. Delitos sexuales 11. Adopción 12. Personas con discapacidades 13. Derecho laboral I. Autor II. Título.

323 C183 2020

CDD 22 ed.

CEP – Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central – COSiCUC

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
--------------	---

CAPÍTULO 1

EL PAPEL DEL ESTADO Y CIUDADANÍA FRENTE A LA CORRELACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS	10
--	----

Antonio Yésid Pedroza Estrada

Martha Charris Balcázar

CAPÍTULO 2

REFLEXIONES SOBRE JUSTICIABILIDAD Y LA IMPORTANCIA DE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA ÚNICA DE DERECHOS	23
---	----

Gustavo Luis Illidge Maldonado

CAPÍTULO 3

DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCUSIONES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	37
--	----

Félix Mendoza de la Espriella

Abraham Zamir Bechara Llanos

CAPÍTULO 4

**ESTADO SOCIAL DE DERECHO.
UNA COMPRENSIÓN
METAJURÍDICA**

52

*Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa
Aida Marieth Rodríguez Avendaño*

CAPÍTULO 5

**EL BIEN JURÍDICO TUTELADO
EN LA PROHIBICIÓN DEL
DELITO DE TORTURA**

69

*David de Jesús Aníbal Guerra
Claudia Llinas Torres
Nadin Madera Arias*

CAPÍTULO 6

**DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
MENORES DE EDAD EN LOS
CASOS DE VIOLACIÓN BAJO
EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

88

*Andrés Antonio Alarcón Lora
María José Anaya Luna*

CAPÍTULO 7

LINEAMIENTOS DEL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA ESTABLECIDOS POR LAS CORTES COLOMBIANAS FRENTE A LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO Y DE DERECHO DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL	100
---	------------

*Yucelis Garrido Ochoa
Bexi Cruz Torrado
Yaneth Carolina Álvarez López*

CAPÍTULO 8

PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES Y HOMOPARENTALES: UN RETO PARA EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA	120
---	------------

*Ángel Andrés Torres Hernández
Francia Elena Martínez Anaya
Berónica Narváez Mercado*

CAPÍTULO 9

SISTEMA DE ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN INFANTIL EN COLOMBIA	134
---	------------

*Evaristo Javier Miranda Hoyos
Andrea Carolina De Vivero Taboada
Andrea Hernández Luna
Javier Segundo Tatis Corrales*

CAPÍTULO 10

LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA

159

Orlando Rodríguez Buenahora

Victoria Blanquiceth Ulloa

Kelly Viviana Aristizábal Gómez

CAPÍTULO 11

EL ALCANCE Y LÍMITES DE LAS CUOTAS DE RESERVA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO

182

Paola Andrea Castillo Jaraba

Eilen Carolina Ruiz Vargas

Kelly Viviana Aristizábal Gómez

INTRODUCCIÓN

“Caminos de la Dignidad: reflexiones sobre las distintas facetas de los Derechos Humanos” es un libro resultado de investigación, producto del desarrollo del proyecto de convocatoria interna de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre, Colombia. Obra colectiva en coautoría y colaboración con investigadores que presentan resultados de investigaciones de proyectos de instituciones tales como Universidad Popular del Cesar, Corporación Universitaria Americana, Universidad Simón Bolívar, Corporación Antonio José de Sucre, Universidad de Cartagena, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, Universidad Sergio Arboleda Santa Marta y La Corporación Universitaria del Caribe CECAR en el marco de la Alianza con la Red de Grupos y Centros de Investigación Sociojurídica Nodo Caribe.

En el Capítulo 1, “El papel del Estado y ciudadanía frente a la correlación en los Derechos Humanos”, se involucran diversas posiciones teóricas de diversos autores sobre el Estado, la ciudadanía y los Derechos Humanos tales como Hobbes (2003) Rousseau (2013) Guerrero (2000) y Tafur (2006), así como los principios estatuidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). En este artículo se relacionan los Derechos Humanos como correlativos de las obligaciones del Estado y de los ciudadanos.

En el Capítulo 2, “Reflexiones sobre justiciabilidad y la importancia de entender los Derechos Humanos como categoría única de derechos”, aborda una idea simple y subversiva frente a los principales paradigmas del derecho en Iberoamérica: las categorías de derechos limitan la justiciabilidad en un estado Social de Derecho; trata el tema desde varios flancos en los que las reglas, los principios y los procedimientos son vistos como una triada que muestra solo una cara de la justiciabilidad, y los derechos, más allá de las categorías, son la otra cara de la justiciabilidad y merecen ser discutidos por fuera de toda categorización que no contemple los derechos como Derechos Humanos.

En “Derechos Humanos como derechos fundamentales: discusiones en la filosofía del derecho del estado constitucional”, Capítulo 3, se establece un diálogo alrededor de las conexiones y relaciones existentes entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales, con la emergencia de diversas tendencias en la formación de un derecho de carácter cultural y político, que tiene origen en escenarios contextuales problemáticos diversos. Se recurrió a diversos autores con miras a realizar una prueba a modo de parangón académico alrededor del mismo y hacer visible a connotados autores.

El Capítulo 4, “Estado social de derecho. Una comprensión metajurídica”, tuvo como objeto la realización de un análisis amplio del Estado Social de Derecho desde una perspectiva metajurídica, que dio cuenta de las diferentes lecturas interdisciplinarias y

transdisciplinarias que explican esta figura, al margen de los avances del derecho. El abordaje de tal estudio fue de corte cualitativo, y en consecuencia de naturaleza epistemológica histórico hermenéutico, lo que implicó un riguroso análisis de texto.

En el Capítulo 5, “El bien jurídico tutelado en la prohibición del delito de tortura”, se estudia del impacto jurídico que se genera en los eventos en que desde el derecho penal se establecen bienes jurídicos al delito de tortura que no son compatibles con los bienes jurídicos que se reconocen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para el desarrollo de la temática se partió de una introducción para luego realizar un análisis de las normas y de la jurisprudencia internacional que se refieren a la tortura. Posteriormente, se abordó la teoría del bien jurídico desde la perspectiva penal, para culminar con un examen detallado de los bienes jurídicos que en los distintos códigos penales de Latinoamérica se han establecido para proscribir la tortura.

En “Derechos de las víctimas menores de edad en los casos de violación bajo el sistema penal acusatorio”, Capítulo 6, se realizó un análisis tanto normativo como jurisprudencial sobre los derechos de las víctimas bajo el proceso penal acusatorio, con el objetivo de identificar y analizar cuáles son las formas de garantizarlos y la efectividad de estos. Se partió de la relevancia de que estas personas son de especial protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al presentarse casos dentro de nuestra sociedad en que se podrían ver vulnerados.

En el Capítulo 7, “Lineamientos del estándar de debida diligencia establecidos por las Cortes colombianas frente a las circunstancias de hecho y de derecho de

mujeres víctimas de violencia sexual”, se desarrolló una comparación entre los lineamientos establecidos por las cortes colombianas en relación al estándar de debida diligencia frente a las circunstancias de hecho y de derecho de mujeres víctimas de violencia sexual, pertenecientes al Municipio de María la Baja Bolívar. Su finalidad fue analizar el cumplimiento del estándar de debida diligencia emitido por las altas cortes colombianas, Corte Constitucional Colombiana, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia frente al delito de violencia sexual ejercido contra mujeres, pertenecientes al Municipio de María la Baja Bolívar, en el marco del conflicto armado.

En el Capítulo 8, “Protección de las familias monoparentales y homoparentales: un reto para el Estado colombiano frente a los derechos de la infancia”, tuvo como objetivo establecer la manera en que el sistema jurídico colombiano protege el surgimiento de nuevas manifestaciones de familia, diferentes a la familia tradicional o nuclear, como son, entre otras, las familias monoparentales y las familias homoparentales, teniendo en cuenta que este tipo de familias se han venido extendiendo tanto por razones económicas como sociales. Se estudiaron las disposiciones contenidas en la Carta Magna, referente a la protección de los derechos de los niños como miembros del núcleo familiar, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de sus sentencias, logrando concluir que resaltar esta evolución normativa que protege a las familias homoparentales, que basas en el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a la familia y los derechos de los niños, entre otros, buscan la inclusión de las minorías.

En el Capítulo 9, “Sistema de adopción como medida de restablecimiento de derechos de la población infantil en Colombia”, se estudia el proceso de adopción como medida de restablecimiento de derechos en Colombia, se expusieron resultados frente a la pregunta problema de cuáles cambios fueron introducidos por la ley 1878 de 2018 en el proceso de adopción y restablecimiento de derechos del centro zonal de Cereté. Los resultados indican que la ley 1878 introdujo cambios favorables en el proceso de adopción en general, en favor de más de once mil (11.000) menores en espera de ser adoptados a enero de 2017.

En el Capítulo 10, “Los ajustes razonables en los puestos de trabajo para las personas con discapacidad en Colombia”, se centra en el estudio de los ajustes razonables como estrategia afirmativa que permite garantizar la inclusión laboral de estas personas. Así pues, el objetivo general, fue analizar la evolución jurídica de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en los puestos de trabajo en Colombia. A manera de resultados, se determinó el origen de los ajustes razonables de cara a la inclusión de las personas con discapacidad; se identificó sus características dentro del ámbito laboral; y, se establecieron los principales avances jurídicos en el ámbito del trabajo en Colombia.

Finalmente, “El alcance y límites de las cuotas de reserva para personas con discapacidad en el ámbito del trabajo”, Capítulo 11, pretendió mostrar de manera clara cuál es el alcance y los límites de las cuotas de reservas para personas con discapacidad en el ámbito del trabajo en Colombia, con el fin de dimensionar la cobertura jurídica que tiene esta problemática

tanto en el sector público, como en el privado, toda vez que resulta necesario analizar el funcionamiento del sistema de cuotas que hoy impera en Colombia, se cuestiona su contenido y la importancia de este sistema para este grupo de personas que sufren algún tipo de discapacidad de cara a garantizar no solo el trabajo de los mismos, sino también un desarrollo personal y profesional. De ahí que a partir de esta investigación se identificaran los vacíos normativos que tiene esta temática en el sector privado y se presentaran propuestas de inclusión laboral de las personas con discapacidad.

El libro resultado de investigación presenta los Derechos Humanos basados en la Dignidad Humana como principio rector presente desde las garantías, su flexibilidad, teorización y las distintas facetas en casos de especial protección, sin discriminación alguna.

CAPÍTULO 1

EL PAPEL DEL ESTADO Y CIUDADANÍA FRENTE A LA CORRELACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

Antonio Yesid Pedroza Estrada

Martha Charris Balcázar



EL PAPEL DEL ESTADO Y CIUDADANÍA FRENTE A LA CORRELACIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

Antonio Yesid Pedroza Estrada¹, Martha Charris Balcázar²

RESUMEN

Palabras clave

Derechos Humanos,
correlatividad,
ciudadano.

Todo ser humano, por este hecho, tiene derechos básicos, Derechos Humanos que son válidos no solo en un determinado colectivo societal sino en cualquier tiempo y en todo espacio donde exista el hombre. Esta investigación involucra diversas posiciones teóricas de diversos autores sobre el Estado, la ciudadanía y los Derechos Humanos tales como Hobbes (2003) Rousseau (2013) Guerrero (2000) y Tafur (2006), así como los principios estatuidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). En este artículo se relacionan los Derechos Humanos como correlativos de las obligaciones del Estado y de los ciudadanos. Se defiende la tesis respecto que las obligaciones del Estado hacia el ciudadano, como garante de los Derechos Humanos, exigen una corresponsabilidad por parte de éste como contrapartida en una relación bidireccional y necesaria, convertida en condición *sine qua non*, para que pueda asegurarse la existencia de la humanidad en el mundo contemporáneo.

-
1. Doctor en Ciencias Políticas, Administrador de Empresas, Abogado, Especialista en Gestión Pública, Especialista en Administración Pública, Docente Investigador de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Investigador de la Universidad Popular del Cesar UPC. Email: yesithpedroza@hotmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5853-9987>
 2. Abogada de la Universidad Popular del Cesar (2013). Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (2013). Magíster de la Universidad de Zulia en Gerencia de Empresa (2017). Docente de la Universidad Popular del Cesar. Directora del Centro de Investigación y Documentación Socio jurídica de la Universidad Popular del Cesar. Docente investigadora y Tutora del Semillero de Investigación Aceptaciones del derecho. Email: marthacharris@unicesar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8519-3806>

Keywords

Human rights,
correlativity, citizen.

ABSTRACT

Every human being, by this fact, has basic rights, human rights that are valid not only in a certain societal collective but in any time and in any space where man exists. This research involves various theoretical positions of various authors on the State, citizenship and human rights such as Hobbes (2003) Rousseau (2013) Guerrero (2000) and Tafur (2006), as well as the principles established in the universal declaration of human rights (1948). In this article, human rights are related as correlative of the obligations of the State and citizens. The thesis is defended that the obligations of the State towards the citizen, as guarantor of human rights, demand a co-responsibility on the part of the latter as a counterpart in a bidirectional and necessary relationship, converted into a sine qua non condition, so that the existence can be assured of humanity in the contemporary world.

INTRODUCCIÓN

La otra cara de la moneda de un derecho es una obligación. Reclamar un derecho exige ineludiblemente la obligatoriedad de una acción que lo compense. Es indudable la relación de correlatividad, junto a obligaciones se ubican los derechos, el uno es condición del otro. En ese sentido, ¿Es válida la anterior premisa para el caso de los Derechos Humanos respecto a los deberes del ciudadano? Estudiar los Derechos Humanos desde la perspectiva de la correlatividad entraña la discusión sobre los deberes que le asisten al ciudadano de comprometerse o compensar lo que un tercero, un ente ficticio llamado Estado, le garantiza o debe garantizarle. La proposición: los derechos exigen un deber, expresa la necesidad de una responsabilidad como contraparte; situación que la coloca en fuente de debates que no pierden actualidad, pero, además, con una característica adicional en lo referente al deber como contrapartida del derecho; el de especificar que ésta contraparte debe ser voluntaria y no obligada por ningún ejercicio de coerción ejercido por un aparato externo al individuo.

La propuesta anterior es sustentada por el teórico político Thomas Hobbes (2003) quien en su libro *El Leviatán* expresa que, si alguien transfiere su derecho de libertad ilimitada, o renuncia a él, lo hace en consideración a cierto derecho que recíprocamente le ha sido transferido, o por algún otro bien que de ello espera. Desde esta perspectiva, la argumentación básica de Hobbes (2003) está cimentada en la premisa que la condición natural del hombre es de guerra de todos contra todos, en la cual cada individuo está

gobernado por su propia razón. De aquí se sigue que, en semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquier cosa, Incluso en el cuerpo de los demás. Por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas, no puede haber seguridad para nadie, por fuerte o sabio que sea; de poder existir durante todo el tiempo que ordinariamente la Naturaleza le permite vivir a los hombres.

Se hace necesario considerar que la adquisición de un derecho, dentro de una organización humana colectiva, entraña la obligatoriedad de la renuncia de la libertad absoluta y por lo tanto, la exigencia de un precio a pagar, que se ve reflejado en un deber u obligación. Desde otra perspectiva, Rousseau (2013) propone su teoría del contrato social como una acción voluntaria y grupal de los ciudadanos; en la que éstos establecen un sujeto, a partir de la asociación de las individualidades, llamado pueblo, el cual, posteriormente, crea un ente para gobernar e imponer sus decisiones con instituciones que pueden llegar a utilizar, de ser necesaria, la fuerza a la que denominan coacción legítima. En este escenario, la persona, convertida en ciudadano, nueva categoría que aparece bajo la figura de un invento de la modernidad llamado Estado, puede actuar como ejecutor de las decisiones de la autoridad soberana, pero también como súbdito, en cuanto, está sometido a las imposiciones denominadas leyes del ente ficticio llamado Estado.

El acuerdo de los ciudadanos mediante el cual ceden parte de su libertad a un ente ficticio, para que este le devuelva en contraprestación unas acciones encaminadas

a una vida colectiva lo más segura posible, es lo que Rousseau designa como el contrato social; este pacto origina a una personalidad colectiva, con carácter propio, conocido como la voluntad general. Esta voluntad general le concede unos derechos al ciudadano, pero a cambio éste debe aportar un pago compensatorio, llamados deberes. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como acuerdo de convivencia mundial, se edificó bajo la convicción de que el derecho humano es inherente a todo ente sobre la tierra que tenga la característica de ser un humano vivo, condición *sine qua non*, independiente de cualquier tipo de situación dada por su edad, sexo, raza, religión o cualquier otra variable, tampoco importa su ubicación espacio – temporal. Estos derechos le pertenecen a la raza humana, sin importar su ubicación espacial en cualquier lugar del universo, lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos denomina la familia humana.

Los Derechos Humanos constituyen un tipo de derecho cuya particularidad radica en aquello que tienen de correlativo. El correlato de los Derechos Humanos es la obligación que tienen los Estados a respetar y a garantizar la vida y plena realización de los seres humanos. En consecuencia, se trata de derechos cuya obligación correlativa de defenderlos no es de quien tiene el derecho humano, sino de un tercero: el Estado; que es quien debe asegurar la existencia de los mismos. Esto quiere decir que los Derechos Humanos, a diferencia de otros derechos, no pueden perderse. Más aún: aunque un Estado no reconozca tales derechos este derecho existe igualmente para todo ser humano, pues éste lo posee por el hecho de ser humano. En este sentido, los

Derechos Humanos pueden definirse como inalienables. El que los Derechos Humanos sean inalienables contempla varios aspectos fundamentales:

- a. Ninguna persona puede ser privada de ellos. Privar a un ciudadano de los Derechos Humanos es quitarle su condición humana, son condiciones *sine qua non*, las personas no pueden desprenderse de sus Derechos Humanos porque son inherentes a su existencia.
- b. Deben ser respetados y defendidos por la legislación de todos los Estados, ya sean occidentales u orientales, cristianos, budistas o islamistas, ya que los Derechos Humanos deben estar por encima de credos y religiones.
- c. Han de servir como marco de referencia para organizar la vida social y política, la vida colectiva en comunidad exige no solo el conocimiento de estos derechos, sino la divulgación, la creación de programas y proyectos que los instituyan y fortalezcan, pues, en la medida que tomemos conciencia de éstos se irán consolidando los valores que encabezan el preámbulo de los Derechos Humanos: libertad, justicia y paz porque en una sociedad donde exista libertad con justicia la consecuencia lógica debe ser la armonía general. Y,
- d. Han de constituir el código básico y fundamental de la justicia de todas las naciones y del Derecho Internacional dado que lo que se busca, como lo indica el segundo considerando de la declaración de los Derechos Humanos es: el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad

de palabra y de creencias como ejes primarios fundamentales.

Todo lo anterior lleva a formular la siguiente interrogante: ¿En qué consiste el fenómeno de la correlatividad de los Derechos Humanos frente a la ciudadanía en el Estado?

METODOLOGÍA

Esta investigación cualitativa se enmarca dentro del tipo de los estudios documentales, utilizando como técnica la hermenéutica, para lo cual se realizó el análisis desde la vertiente de algunos autores, así como de la doctrina existente proveniente de instrumentos de derecho internacional, con el propósito de analizar la correlatividad de los Derechos Humanos respecto de los deberes del ciudadano con relación al Estado.

LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien los Derechos Humanos como obligación estatal y defendidos a nivel internacional por la sociedad global y por los organismos internacionales creados para este fin inician su accionar a partir de 1948, año en que fueron adoptados por la asamblea de las Naciones Unidas, sus orígenes se remontan al nacimiento mismo de las normas de derecho en occidente con las culturas griegas y latinas, sobre todo. Otros teóricos se remontan a tiempos más antiguos y proponen que los Derechos Humanos nacen como acuerdo social desde el momento en el que hombre decide asociarse y crear reglas de convivencia, es decir, cuando decide abandonar su libertad natural ilimitada y someterse a un acuerdo entre individuos que conviven en el mismo

territorio o en territorios cercanos, y someterse a sus restricciones y reglamentaciones.

La Enciclopedia Jurídica Omeba (1963) sobre el derecho natural coincide con la afirmación de que *el status natural* fenece y que por acuerdo los hombres coinciden en abandonarlo para pasar al *status societatis*, tránsito que se opera merced a un contrato, por el cual los hombres se obligan a una convivencia pacífica y de mutuo respeto (*pactum unionis*) en forma voluntaria a través de un contrato social o sometidos por la fuerza ejercida por un ente externo. Siguiendo lo propuesto por ésta enciclopedia, en el momento que aparece el pueblo, que surge como tal por *pactum unionis*, dejando de ser una mera multitud disgregada, el ciudadano se subordina a un gobierno que el mismo designa, lo cual resulta de un contrato en lo político (*pactum subiectionis*), con lo cual aflora lo esencial de esta doctrina, que es poner de relieve que el poder político es emancipación del pueblo, y al reivindicar para éste su derecho al ciudadano es exaltado al primer plano de la vida política del Estado; pero esta emancipación conlleva una premisa esencial: los ciudadanos gozan a partir de ese momento de unas prerrogativas que no tenían antes entre esas la garantía de gozar de unos derechos fundamentales: los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son, en esencia, unos derechos tan básicos que sin ellos resulta difícil llevar una vida digna. La Declaración Universal de los Derechos Humanos suscrita en 1948 establece como características de éstos los siguientes: 1) Universales: pertenecen a todos los seres humanos. Son unas exigencias mínimas que

se deben garantizar en reconocimiento de su condición de humanos. 2) Prioritarios: al entrar en conflicto con otros derechos, tienen que ser protegidos de una forma prioritaria, están incluso por encima del derecho Estatal y 3) Innegociables: ninguna sociedad debe negar la protección de estos derechos a sus miembros. Además, todas las sociedades tienen que contribuir en el contexto mundial para lograr que se respeten los derechos de todas las personas, sea cual fuere la sociedad concreta a la que pertenezcan. Para que los Derechos Humanos sean efectivos, es decir, les brinden a los ciudadanos las garantías de una vida digna y en condiciones que le permitan buscar el ideal griego de la felicidad colectiva se debe dar una relación correlativa entre los deberes del ciudadano frente al Estado y las obligaciones de éste. El Estado, como órgano político y detentor del aparato de coerción, debe garantizar la efectividad de los Derechos Humanos, no basta anunciarlos deben ser vivenciados por la población del mismo, y por otra parte; el ciudadano, en contraprestación y procurando su propia seguridad, propende por la subsistencia del Estado al que está sometido o con el que ha firmado el contrato social construyendo un círculo virtuoso.

La primera acción corresponsable por parte de la ciudadanía de un Estado, es el auto reconocimiento como súbdito, el sometimiento en forma voluntaria a su poder y organización como manifestación de la transacción en la que el ciudadano que suscribe el contrato le entrega parte de su libertad al Estado para ser objeto de obligaciones así como también ser sujeto de derechos, con la condición que este sometimiento esté regulado por normas, por leyes que procuren un equilibrio entre todos los individuos que componen el Estado, así

como también la existencia de armonía entre éste y el ciudadano. Para el escritor y político francés Maximilien Robespierre (2000) debe existir un orden en el Estado sin distinciones y en relación bidireccional; lo que los atenienses en la Grecia antigua llamaron a isonomía, definida como el concepto de igualdad de derechos civiles y políticos de los ciudadanos; en el que el ciudadano se encuentre sometido al magistrado, el magistrado al pueblo y el pueblo a la justicia entendiendo por justicia una conformidad entre todos los ciudadanos que habiten en forma colectiva un territorio determinado.

Sobre la noción de Estado Aristóteles expresa que el Estado es una asociación de ciudadanos que obedecen a una misma constitución; esta obediencia exige como contraprestación garantías, entre ellas la de gozar de derechos naturales, civiles y políticos. Éstos, los derechos, pertenecen al ciudadano, entendido en sentido amplio que inmiscuye a todo ser humano que hace parte de una sociedad, no restringido como lo que se entendía en la Grecia antiguo, como sujeto político capaz de mandar y obedecer, de crear situaciones políticas colectivas donde prime lo grupal sobre lo individual, es decir, es una situación de ponderación de la libertad propia.

LA CIUDADANÍA

Aristóteles, en sus escritos sobre la política, establece que el rango eminentemente distintivo del verdadero ciudadano se evidencia en el goce, es decir en el derecho, que tiene de las funciones de juez y magistrado donde, además, pueda tener en la asamblea pública y en el tribunal voz deliberante, cualquiera que sea. Se entiende que la persona que se somete al Estado, como ente

político, lo hace con la intención de adquirir como situación correlativa unos derechos en contraprestación, entre los que se encuentran en primer nivel los denominados Derechos Humanos.

Sobre la calidad de ciudadano, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-591 de 2012, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio dictaminó que ésta es adquirida por los nacionales colombianos cuando alcanzan la mayoría de edad, que mientras la ley no disponga otra cosa se da a partir de los dieciocho años. Esta posición refleja la actividad del ciudadano condicionada a su edad y no a su actuar dentro de la sociedad. La ciudadanía entraña una participación activa en las problemáticas sociales, una actividad continua que reclama del individuo posiciones y acciones frente a su sociedad; asumiendo posturas axiológicas o políticas en cuanto a los problemas sociales o respecto de la construcción de un proyecto de nación e incluso frente a los problemas que colocan en entredicho la subsistencia de la misma humanidad.

Hablar de la condición de ciudadanía es complicado por cuanto múltiples corrientes filosóficas le dan connotaciones diferentes. Algunas proponen que el ciudadano es un *elemento de poder* dentro de un contexto colectivo particular donde hay multiplicidad de intereses diversos y en las mayorías de las veces contradictorio. En ese orden de ideas, la ciudadanía es una facultad política que involucra un asunto de lucha social formado a través de ciclos y enfrentamientos históricos poniendo en juego hasta la vida misma de las personas que han luchado por adquirir esta calidad. La ciudadanía es

un instrumento jurídico que equipara a las personas a pesar de cualquier diferencia física, ideológica, religioso, entre otros. Pero, además, la ciudadanía implica la conformación de espacios públicos para el debate, el espacio foral griego de la polis; lo que se denomina por parte de Guerrero (1998) la opinión pública, el espacio por antonomasia para la dialéctica. También implica la ciudadanía, por otra parte, según Toro (2000) la construcción de lo público, especialmente lo referente a la opinión pública.

Zapata-Barrero (2001) propone que ser ciudadano implica tener la capacidad de mandar y ser mandado, de gobernar y ser gobernado, esto es, el derecho de participar en el poder del gobierno o de elegirlo. Se insiste en la existencia de una relación bidireccional, en un doble sentido: como autoridad en el diseño de las deliberaciones políticas y como obediente de las deliberaciones afectadas por otros. Esta bidireccionalidad es, de hecho, el núcleo de la definición aristotélica de ciudadano que la tradición cívico-humanista ha retenido literalmente hasta nuestros días: el ciudadano obedece a las restricciones que el gobierno le impone puesto que es el mismo quien ha participado en su elaboración.

LA CORRELATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Estado, entonces, tiene la obligatoriedad correlativa, frente a los deberes del ciudadano, de construir instituciones políticas - jurídicas que den respuestas a las necesidades e intereses de los ciudadanos, dado que para modificar la sociedad se requiere de éstas, así como también a la preservación y goce los Derechos Humanos. Las instituciones son definidas por Toro (2000) como ordenamientos o reglas que

permiten prevenir o solucionar problemas sociales de la ciudadanía actual; ciudadanos proactivos, arquitectos de nuevas formas de democracias, a las que dan forma y vida, no sólo como objetos pasivos de derechos y deberes, sino como protagonistas de esos derechos para ejercerlos al mismo tiempo que asumen responsabilidades sociales ante las problemáticas de la comunidad.

En la triangulación Estado – Derechos Humanos – Ciudadano, se observa que cada uno de estos elementos tiene un derecho, a reclamar o a imponer y como contraprestación una obligación, también que se puede reclamar o que se debe cumplir, a este proceso es lo que hemos denominado la correlatividad de los Derechos Humanos, es decir, la relación entre la responsabilidad y la obligación para intentar relacionar los conceptos de Derechos Humanos y ciudadanía. Recordemos que, la correlatividad entre el Estado y los Derechos Humanos se da como garante el primero de lo segundo y la correlatividad entre el ciudadano y el Estado como compensación para que le establezca garantías, es decir, derechos y responsabilidad u obligaciones.

El derecho humano, desde una óptica más jurídica, como correlatividad de la obligación, es entendido como un atributo de la conducta humana, de las personas o del ciudadano como sujeto y objeto del poder, ya sean jurídicas o naturales. El código civil colombiano, define los derechos personales en su artículo 666 como los que pueden reclamarse de ciertas personas, por un hecho suyo o la sola obligación de la ley de las que han contraído obligaciones correlativas de las que nacen las acciones personales.

Respecto a la clasificación del derecho, como institución jurídica, el jurista colombiano Álvaro Tafur (2006) explica que los *derechos reales* son aquellos que nos garantizan el goce completo de una cosa exterior (propiedad), incluso la facultad de disponer de la cosa; o el goce limitado de una cosa exterior cuya propiedad pertenece a otro (derecho de la cosa ajena). Para el citado autor la diferencia de los derechos reales respecto de los demás derechos absolutos, como los Derechos Humanos, consiste en que las cosas de las cuales se tiene goce completo o limitado son exteriores a quien lo tiene, y en consecuencia pueden corresponder a una persona lo mismo que a otras muchas, es decir, que para el caso que nos ocupa de los Derechos Humanos no se pueden identificar como derechos reales dado que no son cosas que pueden existir indistintamente del ser humano, éstos sólo existen por la misma vida de las personas y no se pueden disponer de ellos como objetos.

En contraposición con lo expuesto anteriormente los Derechos Humanos se registran en los que la normatividad colombiana, llama un *derecho personal*, que es la otra división propuesta por el derecho civil, según Tafur (2006) éste derecho se identifican como los que pueden reclamarse con respecto de una cierta persona natural o jurídica, en este caso, el Estado representado en la Nación y cuya fuente de la obligación es la ley respecto de las personas, es decir, sus ciudadanos.

Los Derechos Humanos, como derechos personales, pueden gozarse de manera ilimitada por cada uno de nosotros, los ciudadanos, limitado sólo por el derecho al goce de los demás sujetos, es decir de las otras

personas que conviven con nosotros en un territorio determinado. Dentro de algunos de los bienes jurídicos a los que la ciudadanía tiene derecho podemos mencionar: el derecho a la justicia, educación, salud, recreación participación política, etc. Se percibe nuevamente la correlatividad por el Estado de proveer y del ciudadano de respaldar.

La Enciclopedia Jurídica Omeba (1963) afirma que el derecho tiene su principio en la naturaleza y esencia del hombre, como persona en absoluto. Este carácter, que constituye el centro y el eje de las relaciones de convivencia, cobra así un significado específicamente jurídico, cuyo sentido se concreta en la máxima de que todo hombre, sólo a fuerza de tal, puede exigir que sea respetado por todos, como el mismo está obligado a respetar por sí mismo el imperativo, no extendiendo el arbitrio suyo hasta imponerlo a otros, no sometiendo su voluntad a quien por naturaleza sólo está sujeto a sí mismo. Es decir, que los Derechos Humanos deben ser defendidos para el uso personal pero también para el uso social – colectivo. La postura anterior cimienta lo apuntado anteriormente, en este artículo, los Derechos Humanos son de la persona, de su esencia y materializados a partir de la suscripción del contrato con el Estado y la obligación ciudadana, en contraprestación, de defender la existencia de éste.

El concepto persona engloba toda la especie humana y por lo tanto cuando se habla de Derechos Humanos se está referenciando a todo ser que tenga la esencia y características de ser humano. De allí que la idea de un derecho universalmente propio de la persona, innato en ella y jamás reducible a alguna

concreta relación de convivencia, pueden ser medidas y constituidas todas las relaciones sociales, de modo que cada una de ellas, cualquiera que sea su particular especie, lleve en sí el sello de aquel derecho, y suponga e implique el reconocimiento de aquella suprema virtualidad del ser autónomo, representando de hecho un ejercicio o función de la misma.

Es necesario aclarar que la persona de la que se habla aquí engloba la universalidad del sujeto natural; aquella universalidad que se concreta en diversas figuras individuales y representa la esencia común y valor eterno de la humanidad como una sola especie.

La contraparte, como venimos sosteniendo desde el *introito* de este escrito, del derecho es el deber que entraña una obligación, pues, toda responsabilidad obliga. Siguiendo al Código Civil Colombiano, que se inspiró en el Código Civil Francés, también conocido como Código napoleónico, a dar, hacer o no hacer. Para Kelsen (2000) la obligación se entiende como la posibilidad de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción o un castigo. En la correlatividad de los Derechos Humanos, se mantiene la tesis que la obligación se da en doble sentido, del Estado para el ciudadano y lo contrario.

El compromiso frente al Estado por parte del ciudadano se da respecto al pago de impuestos, al cumplimiento de las normas jurídicas, o incluso, el acto de ofender la vida en defensa de la existencia de éste, la sanción ante el incumplimiento se manifiesta en una pena, una multa o cualquier otro actuar en la que se utilice el poder de coerción legítima. Mientras que, en el caso de los Derechos

Humanos del ciudadano, con relación al Estado, la sanción por el no cumplimiento de la obligación, como garante que éste tiene ante el ciudadano es de tipo internacional o incluso insurreccional, tal como lo contempla la carta de los Derechos Humanos expedida por la ONU en 1948. El ciudadano tiene el derecho natural de oponerse al tipo de gobierno o de Estado que no le da garantías de sus Derechos Humanos y por lo tanto pueda legitimarse un alzamiento en contra del mismo Estado con ánimo de procurarse otro que le de las garantías que desea. En este sentido, se expresa el considerando número tres de la Declaración de los Derechos Humanos como esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Por su parte el escritor chileno Vodanovic (1970) define la obligación como una relación jurídica entre dos personas determinadas por virtud de la cual una de ellas, el deudor, se encuentra en la necesidad de realizar una prestación en interés de la otra, el acreedor, que puede exigírsela. Para el ejercicio de los Derechos Humanos es el Estado quien está en el deber de realizar una prestación en interés del ciudadano: garantizar sus Derechos Humanos en tanto sea parte de la raza humana, es decir, sus derechos naturales, pero también éste asume una obligación con el Estado como compensación, someterse y procurar su existencia y subsistencia.

LA ESTRATEGIA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

En la actualidad, en los llamados Estados social de derecho, la ciudadanía es diferente

a la planteada con el nacimiento del acuerdo social roussoniano; hoy el ciudadano es proactivo, reclamando el derecho a participar y a coadyuvar con los gobiernos o de manera independiente en la construcción de estrategias y acciones que conlleven a la fundamentación y mantenimiento del Estado, sobre todo en los Estados democráticos en pleno inicio del siglo XXI, dado que hoy existe una mayor demanda por parte de los ciudadanos de incidir en decisiones y acciones concretas. Este nuevo papel asumido por parte del ciudadano tiene causas diversas; el modelo económico, los avances tecnológicos con las redes de información en el ciber espacio, pero ante todo porque las instituciones estatales y gubernamentales han mostrado una baja capacidad de respuesta a la creciente complejidad de demandas reales por parte de la comunidad, esta afirmación se constata con sólo hacer una rápida mirada a los medios de comunicación masivos de Colombia, Venezuela o cualquier otro país latinoamericano; periódicos, revistas, programas de televisión, redes sociales que en forma ininterrumpida están informando sobre las inconformidades de las comunidades por la no solución de sus problemáticas cotidianas.

Es en los aspectos de la vida diaria es donde existe mayor dificultad para los gobiernos, como aparato del Estado, para dar respuestas inmediatas a problemas habituales como la reparación de una calle, el cambio de redes eléctricas, de agua potable o el mal servicio de los establecimientos públicos dedicado a la salud, que a situaciones más complejas como la ejecución de una gran obra urbanística. El ciudadano de hoy es, sin duda, más consciente de su papel en el mantenimiento del aparato estatal para que en contraprestación el Estado

le asegure instituciones sociales, instrumentos jurídicos, estructuras gubernamentales y políticas públicas que le permiten vivir y convivir bajo condiciones cada día más favorables. Es decir, hay más conciencia de la correlatividad de los derechos y deberes, entre ellos los esenciales: los Derechos Humanos.

Pero, para que la conducta descrita anterior se mantenga y se extienda en la conciencia de la ciudadanía es importante que los gobiernos establezcan políticas públicas, estrategias y/o herramientas político – jurídicas en las que obliguen ellos, pero también que motiven u constriñan al ciudadano a participar en el mantenimiento del *status quo* y en la consolidación de los derechos Humanos como políticas estatales. La participación ciudadana debe ser el eje estructural de los mecanismos que aseguren el sostén del Estado, con la ejecución de acciones asumidas por el ciudadano como contraprestación hacia éste por garantizar sus Derechos. En consecuencia, para vigorizar la intervención de la ciudadanía se necesita que la comunidad tome conciencia de su papel como solucionador, autónomo o asociado del Estado, de las diferentes problemáticas nacionales, regionales, locales e incluso mundiales. Pero también, por el otro lado y en dirección contraria, se requiere un proyecto de nación liderado desde los más internos mecanismos de poder del Estado, desde sus élites, donde el aparato ideológico que lo sustenta se comprometan todos los poderes que lo manejan: el poder económico, el religioso, los proyectos políticos, incluso desde la misma cultura, en general la sociedad civil con sus organizaciones no pertenecientes al aparato estatal, para la edificación de una ética colectiva y una formación del ciudadano en la construcción de un proyecto

ideal de Estado – nación con la participación ciudadana activa y proactiva.

CONCLUSIÓN

La implementación de una participación ciudadana activa debe partir desde aquellos asuntos que afectan directamente al ciudadano en su comunidad, desde lo local, pero trabajar al mismo tiempo en la realización de un compromiso con los problemas nacionales o globales por analogías con las experiencias locales. Por ello, sin una verdadera experiencia local es difícil una sólida conciencia global. No puede haber conciencia sin experiencia y la participación ciudadana permite a los ciudadanos obtener esa experiencia como un servicio público más, que le alimente como persona y ciudadano, como es la propia educación primaria o el servicio de bibliotecas públicas, por citar sólo algunas. La ejecución de estrategias de participación ciudadana provocará que las políticas públicas, los planes y los proyectos que son emprendidas por el aparato gubernamental del Estado se sientan como propios para los ciudadanos y que por lo tanto genere actitudes en la conservación y buen uso de las obras o servicios que se hagan sintiéndolos como propios, así como alertar a tiempo de los posibles contratiempos o desperfectos redundando todo esto en una mejor disposición del ciudadano en la defensa y subsistencia del Estado consolidado la correlatividad de los Derechos Humanos como eje transversal. El ciudadano ideal, entonces, es un constructor de ciudadanía dado que entiende que en la medida que ayude a organizar las instituciones sociales están garantizando la fortaleza del Estado y como consecuencia éste le garantiza unas

condiciones de vida digna con derechos, entre ellos los Derechos Humanos, creando un círculo virtuoso, inacabado, dinámico y si se quiere eterno, tan eterno como sea la humanidad.

nuevo contrato social. Editorial Anthropos. Barcelona, España.

REFERENCIAS

- Aristóteles. (2013). La política. Ediciones universales. Bogotá, Colombia.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). OP graficas Ltda. Bogotá. Colombia.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1963). Editorial bibliográfica argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Guerrero, Omar. (1998). La Administración y los Públicos. La Investigación en la Administración Pública, Hoy. Casos Exitosos. Imprenta Nacional. Bogotá, Colombia.
- Hobbes, Thomas. (2003). Leviatán. Editorial Losada. Buenos Aires, Argentina.
- Kelsen, Hans. (2000). Teoría pura del derecho. Editorial Unión Limitada. Bogotá, Colombia.
- Rousseau, Jean – Jaques. (2013). El contrato social. Ediciones Istmo S.A. Madrid, España.
- Robespierre, Maximiliano. (2000). Libertad, igualdad, fraternidad. Errerpar S.A. Buenos Aires, Argentina.
- Tafur González, Álvaro. (2006) Código civil anotado. Editorial Iyer. Bogotá, Colombia.
- Toro, José Bernardo. (2000). La construcción de lo Público desde la Sociedad Civil. Ponencia en el V encuentro del tercer sector, Cartagena de indias, Colombia, 2000.
- Vodanovic, Antonio. (1970) Derecho de obligaciones. Ediciones periodísticas y estadísticas. Santiago, Chile.
- Zapata – Barrero, Ricard. (2001) Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un

CAPÍTULO 2

REFLEXIONES SOBRE JUSTICIABILIDAD Y LA IMPORTANCIA DE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA ÚNICA DE DERECHOS

Gustavo Luis Illidge Maldonado



REFLEXIONES SOBRE JUSTICIABILIDAD Y LA IMPORTANCIA DE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA ÚNICA DE DERECHOS¹

Gustavo Luis Illidge Maldonado²

RESUMEN

Palabras clave

Justiciabilidad,
Derechos Humanos,
categoría única de
derechos.

La justiciabilidad no debe seguir siendo pensada desde una posición estática y neutral en la que los Códigos contienen disposiciones con principios o reglas que imponen, limitan, prohíben o permiten conductas ya que, esta visión del derecho limita la justiciabilidad. Esta propuesta aborda una idea simple y subversiva frente a los principales paradigmas del derecho en Iberoamérica: las categorías de derechos limitan la justiciabilidad en un estado Social de Derecho. Por eso, esta investigación aborda el tema de la justiciabilidad desde varios flancos en los que las reglas, los principios y los procedimientos son vistos como una triada que muestra solo una cara de la justiciabilidad, y los derechos, más allá de las categorías, son la otra cara de la justiciabilidad y merecen ser discutidos por fuera de toda categorización que no contemple los derechos como Derechos Humanos, ya que las vías de justiciabilidad de los Derechos Humanos representan garantías jurisdiccionales donde todos los procesos deben siempre pasar el filtro de la norma constitucional, y por lo tanto, de los Derechos Humanos.

-
1. Esta capítulo se desprende del Proyecto de titulado “Justiciabilidad del “nuevo derecho” en Colombia: evolución histórica de los problemas estructurales del constitucionalismo colombiano (1810-1991)” el cual fue aprobado en marzo del 2019, bajo la tutoría de la Dra. Mireya Camacho Celis y el Dr. Juan Carlos de Los Ríos Castiblanco, adscritos al grupo de investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho” de la Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla, Colombia.
 2. Egresado del Programa de Derecho, Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla, Colombia; Integrante del Semillero de Investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho”, adscrito al Grupo de Investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho” de la Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla, Colombia. E-mail: gustavoillidge@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8281-9973>

Keywords

Justiciability, human
rights, single
category of rights

ABSTRACT

Justiciability should no longer be thought of from a static and neutral position in which the Codes contain provisions with principles or rules that impose, limit, prohibit or allow conduct, since this view of the law limits justiciability. This proposal addresses a simple idea that is subversive of the main paradigms of law in Latin America: the categories of rights limit justiciability in a Social State governed by the rule of law. Therefore, this research addresses the issue of justiciability from several sides in which rules, principles and procedures are seen as a triad that shows only one side of justiciability, and rights, beyond the categories, are the other side of justiciability and deserve to be discussed outside any categorization that does not contemplate rights as human rights, since the ways of justiciability of human rights represent jurisdictional guarantees where all processes must always pass the filter of the constitutional norm, and therefore, of human rights.

INTRODUCCIÓN

Se abordarán las principales posturas doctrinales que describen cada uno de los elementos que conforman esta idea (derechos, principios, procesos, justiciabilidad) y se demuestra porque las categorías limitan la justiciabilidad de los derechos. Es menester aclarar que esta postura no es novedosa, pero merece ser discutida a profundidad para que se consideren las ventajas que ofrece entender los derechos más allá de las categorías como Derechos Humanos y las virtudes que le representa esto a la justiciabilidad.

APROXIMACIÓN A LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS PARA GARANTIZAR LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las claves del desarrollo en la hermenéutica y dogmática jurídica es la distinción entre reglas y principios. Esta diferenciación no solo permite abordar los problemas centrales que se desarrollan en torno a los derechos fundamentales, a su vez, gestan la evolución y progreso en materia de positivización de, por ejemplo, derechos innominados (como se verá más adelante). Todo esto surge gracias a esa distinción entre principios y reglas.

Así pues, cuando el Profesor Robert Alexy propone entender “las reglas como comandos definitivos” ya que la subsunción es su mapa de tura, y a los principios como “mandatos de optimización” -donde Alexy incluye los derechos fundamentales- que permiten balancear debido a circunstancias particulares

donde, por ejemplo, puedan entenderse esas expresiones máximas del derecho más allá de meras muletillas retóricas y se empiece a entender un derecho fundamental como mandato necesario y obligatorio para cumplir los cometidos del Estado en la mayor medida de lo posible más allá de toda categoría; entonces, es donde podemos plantearnos diversos debates en torno a que derechos, principios o reglas, deben entenderse más allá de las categorías reconocidas en la actualidad siempre y cuando se logre caracterizar el núcleo de un derecho fundamental.

Todo esto es consecuencia de los procesos que atravesó el constitucionalismo en América Latina, por una parte, la transformación del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho y por otra la evolución de categoría de derechos por generaciones a la actual aglutinación de estas en una sola clasificación (Derechos Humanos) son parte de los debates actuales en torno al paradigma del Neoconstitucionalismo y, en consecuencia, representan un elemento fundamental para satisfacer el objeto del presente escrito. En primer lugar, la transformación del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho es bien explicada por Marín, J. & Trujillo, J., así:

Desde el punto de vista jurídico-político el Estado de Derecho [hasta 1886 en Colombia] se presentó como el paradigma de organización social, política, jurídica y económica, con base en el cual se desarrollaron, por un tiempo considerable, las principales tareas estatales. (...) la propuesta del Estado de Derecho si bien significó un avance importante -paradigma- en torno a la limitación del poder estatal,

el establecimiento de la separación de poderes y de una serie de libertades políticas, dejó a un lado el fondo de las cuestiones (lo sustancial o material), en cuanto a las necesidades básicas de la población que no tiene los medios ni los mecanismos para alcanzar un nivel siquiera mínimo de satisfacción de aquellas. Esta crisis del Estado Liberal provocó el surgimiento de propuestas alternativas que en el caso colombiano se afianzaron con la consagración del principio del Estado Social de Derecho, contenido en el artículo 1 de la Constitución de 1991. (pp. 55-56)

Por otro lado, los derechos y sus distintas categorías o generaciones han mutado a un punto en que las nuevas discusiones apuntan a consolidar una sola idea: las categorías de derechos son cosa del pasado, en la actualidad, todos los derechos son Derechos Humanos. Esta postura doctrinal estudiada en esta propuesta y supone un exceso favorable de Garantismo Jurídico que encuadra en los postulados del Estado Social de Derecho, especialmente, en lo que a “la limitación del poder estatal, el establecimiento de la separación de poderes y de una serie de libertades políticas” que, en resumen, recogen las categorías de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o derechos colectivos y del medio ambiente tradicionalmente concebidos para diferenciarlos.

Ahora bien, identificar el contenido, la esencia o el espíritu de cualquier clase de derechos resulta en un reto per se dada la complejidad o ambigüedad que, por ejemplo, reviste a los Derechos Humanos ya que

su origen atiende a traumas históricos que dificultan de alguna forma hurgar en el fondo del asunto si no existe un contexto puntual o un caso concreto que permita puntualizar como entender X derecho en Y circunstancia; hacerlo con los derechos fundamentales es una tarea aún más delicada si se parte de la garantía convencional y no constitucional. Sin embargo, las nuevas corrientes del derecho constitucional y del Derecho Procesal Constitucional han dedicado una parte de sus estudios a la caracterización o determinación de los derechos fundamentales.

Lo que resulta importante en la determinación del contenido de un derecho es entender que “el reconocimiento constitucional de un derecho no sólo puede ser expreso, sino que puede ser igualmente tácito”. En Colombia a estos son los llamados Derechos Innominados que, por su contenido, van a ser considerados como derechos constitucionales al margen de ser expresamente reconocidos o no, siempre y cuando cumplan una serie de características que la Corte Constitucional ha esgrimido, por ejemplo, (i) la naturaleza jurídica del derecho invocado, (ii) su relación con los principios fundantes del Estado Social de Derecho o cualquier otro enunciado constitucional que permita invocar la protección de tal postulado que no ha sido desarrollado tácitamente en la Constitución. Esto les representa a los derechos fundamentales constitucionales innominados una dimensión subjetiva y objetiva que están estrechamente ligadas con la justiciabilidad de tal derecho; es decir, por una parte, existe una protección constitucional -expresa o tácita- que el Estado debe garantizar y una serie de directrices o valores positivizados en la Carta Política que les sirven

a las autoridades como mapa de ruta para cumplir esas garantías.

Así mismo, es necesario entender que “el contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es limitado, ilimitable y delimitable”. Esto consiste en perfilar cada derecho, las características particulares que permiten identificar el mismo; son esas diferencias las que nos permiten -en abstracto- entender que el derecho a la salud y a la vida (aunque conexos) son dos derechos completamente diferentes. Luis Castillo-Córdoba lo explica así:

Que es limitado significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal derecho. [...] Que es ilimitable significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate. [...] Que es delimitable significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales (Castillo (2005)

Por lo tanto, se deben tener en cuenta tres criterios a saber: (i) Acudir al concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho, es decir, identificar el derecho correspondiente en la constitución, pues, no puede existir derecho alguno que no esté contenido –expresa o tácitamente- en una ley fundamental; (ii) Acudir a otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores) relacionados con el que se reconoce el derecho, esto comprende la interpretación armónica de la Constitución y, finalmente, (iii) Acudir a la norma internacional sobre Derechos Humanos vinculante -por ejemplo, para Colombia- por cuanto los Derechos Humanos son el punto de partida y, en la actualidad, fundamento principal de cualquier derecho, acción constitucional o mecanismo de participación ciudadana.

Es menester resaltar un cuarto punto que merece una mención especial: la finalidad del derecho. Luis Cantillo-Córdoba recuerda que no solo importa el texto constitucional para identificar el contenido de un derecho, pues, la naturaleza del derecho en cuestión es la esencia, la finalidad de este; Esa misma naturaleza puede verse en las acciones constitucionales y los mecanismos de participación ciudadana. Por ejemplo, la naturaleza de la acción de tutela es la protección inmediata de un derecho fundamental, la naturaleza del derecho a la educación comprende que todas las personas puedan adquirir conocimiento, y, la revocatoria de mandato, pretende despojar del poder a aquellos delegatarios de la voluntad soberana por no cumplir eficazmente con la labor delegada por el pueblo.

Así las cosas, hacer una distinción entre Derechos Humanos y derechos fundamentales en un Estado moderno resulta en gran parte dispendioso, pues, las diferentes categorías de derechos tienden a encarnar, de una u otra forma, la esencia misma de todos los Derechos Humanos como los “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición” (ACNUDH, 2018) y sus principios fundamentales como lo son la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, igualdad y no discriminación para que así los Estados, en su obligación de proteger-respetar-realizar los Derechos Humanos, puedan satisfacer las necesidades básicas de todos sus habitantes.

No se pretende a continuación abordar un análisis respecto de los distintos niveles de los derechos fundamentales, el autor habla de cuatro niveles de los derechos fundamentales:

Uno histórico-sociológico donde se analizan las generaciones de derechos, eficacia, evolución histórica, vigencia y eficacia; un segundo nivel dogmático que se concentra en las normas que confieren derechos, su interpretación y conflictos entre los mismos; un tercer nivel filosófico-político que procura la justificación moral o política de los derechos; y un cuarto nivel teórico –quizá el que se aproxime más a la idea esbozada en el presente capítulo, que aborda el concepto, estructura y tipología de los derechos que permite construir modelos de la realidad jurídica. (pp.85-86).

Más bien se pretende dar paso a la idea de los derechos –en términos generales incluidos los Derechos Humanos- como fundamentales sin distinciones entre si más allá de su contenido, el cual será abordado más adelante.

En razón de lo expuesto, esta propuesta entiende que los Derechos Humanos han sido establecidos en el ordenamiento interno de los Estados gracias a las instituciones jurídicas a nivel internacional por los diversos pactos, declaraciones, tratados y acuerdos; en la Constitución de 1991 se incluyeron bajo la idea del concepto antes mencionado (derechos inherentes al ser humano) y su contenido, más allá de sus diversas acepciones, no depende del ordenamiento jurídico que los contenga, sino, del desarrollo mismo o el estatus que se le dé, por ejemplo, en la Constitución. Esto quiere decir que los Derechos Humanos entonces, en la Constitución de Colombia, son en primera medida, los derechos fundamentales, y de ahí en adelante, cualquier otro derecho humano positivizado más allá de la connotación que se le dé, será revestido de la misma importancia. Al respecto de esto, Aguilar (2009, pp.23-24) citando a Pérez (2006, pp.235-236) sostiene que ambas nociones de derechos, por muy estrecha que sea su relación, guardan importantes diferencias ya que mientras unos tienen una insoslayable dimensión deontológica y deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico (Derechos Humanos), los otros son esa positivización de los primeros pues cumplen la función fundadora del ordenamiento jurídico (derechos fundamentales). Así mismo, Pérez (2013) sostiene que “se puede entender que derechos fundamentales son aquellos Derechos Humanos garantizados por el orden jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su

normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (p.46).

En esa misma línea, algunos autores aluden a que la diferenciación recae en una serie de móviles políticos o morales que reaccionan a la avanzada internacional en lo que al reconocimiento de ciertas garantías se refiere. Verbigracia, Jiménez (1999, p.24) sostiene que los derechos fundamentales son solo aquellos que la Constitución crea, por su parte, Robles (1997, p.20) agrega que los Derechos Humanos en sí mismos no son derechos, más bien representan pautas morales que permiten convivir en comunidad. Peces-Barba (1995, p.37) citado por Aguilar (2009, p.27) agrega que, de hecho, hablar de derechos fundamentales es mucho más preciso que de Derechos Humanos, pues, hablar de estos supone una serie de ambigüedades que los Derechos Humanos no arrastran.

Al margen de las posturas a favor de la distinción, en Colombia, suele abordarse dicha categorización por la doctrina de las generaciones de derechos, es decir, los derechos de primera generación (Civiles y Políticos), segunda generación (Sociales, Económicos y Culturales) y tercera generación (del pueblo o la Solidaridad), los cuales son los que marcan el punto de partida al hablar de derechos en términos generales partiendo de la Carta política de 1991. Sin embargo, en materia de Derechos Humanos dicha categorización ha sido excluida, por cuanto en materia de Derechos Humanos no hay prioridad entre categorías o generaciones —al no existir tales— sino ponderación entre unos y otros en caso de haber conflictos.

Aguilar (2009, pp.36-43) aborda el análisis de las generaciones de derechos y su impacto

en el ordenamiento constitucional como un grave atraso para toda América Latina en materia de Justiciabilidad y sostiene que:

La doctrina de las generaciones de derechos es usada por los autores de derecho constitucional al desarrollar la teoría de los derechos fundamentales. Se usa, entre otras, como una forma de clasificar los derechos fundamentales y sirve para perpetuar, en el ámbito interno, la distinción sustancial entre derechos civiles y políticos, y aquellos derechos económicos, sociales y culturales. En términos generales y de acuerdo con la doctrina de las generaciones de derechos, para la teoría constitucional, los derechos plenos y, por lo tanto, los derechos dignos de protección constitucional serían los derechos de primera generación, sin embargo, los derechos de segunda generación, calificados como derechos programáticos, no podrían ser amparados constitucionalmente (pp.36-37)

Aguilar (2009) OP. CIT. agrega que [...] En el ámbito de los Derechos Humanos, esta distinción de los derechos por generaciones con consecuencias sustanciales ya no existe. Por esta razón, si se abandonara la doctrina de las generaciones de derechos permitiría o allanaría el camino para emparejar el uso de los conceptos en el derecho constitucional, consagrando definitivamente el de Derechos Humanos. En consecuencia, la óptica de análisis de los derechos fundamentales-Derechos Humanos por generaciones se

encuentra extendida entre la doctrina constitucional, especialmente en América Latina, y constituye uno de los fundamentos poco certeros en nuestra opinión que apunta la división entre estos dos conceptos. En este orden de ideas, la doctrina constitucional ha vinculado la distinción por generaciones de derechos a modelos de Estado (Estado liberal y Estado social). En este sentido, en general, los derechos de primera generación corresponderían al Estado liberal, y los derechos de segunda generación corresponderían al Estado social. Quizás contemporáneamente podríamos hablar de un Estado solidario si incorporamos los denominados derechos de tercera y/o cuarta generación. (p.37)

Aunado a lo anterior, desde esta propuesta se considera necesario entender los Derechos Humanos no solo como pautas morales o muletillas retóricas consagradas en tratados internacionales, no, además, deben entenderse como principios rectores, como mandatos de optimización que permitan la consecución de los fines estatales en la mayor medida de lo posible, pues, el Estado se debe y subsiste con el único fin de cumplir los postulados que la Carta política consagra y para los cuales fue constituida la Nación; para el caso colombiano, el Artículo 2 superior le da las primeras pautas para entender los derechos más allá de las categorías, sino, como fundamento del Estado Social de Derecho así:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes

consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Artículo 2, Constitución Política de Colombia)

Por lo tanto, entender los Derechos Humanos como derechos fundamentales es esencial no solo para la consecución de los fines del Estado colombiano, sino también, para la realización y la Justiciabilidad en el Estado Social de Derecho. Este trabajo requiere ser abordado con un enfoque integrador, en el que se entiendan los Derechos Humanos y los derechos constitucionales como derechos fundamentales, es decir, que la distinción tradicional (Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Derechos Civiles y Políticos; Derechos Colectivos y del medio ambiente; o Derechos Fundamentales) sea dejada de lado para entender los derechos, en general, como derechos fundamentales siempre que cumplan las características que se mencionan a continuación.

LA JUSTICIABILIDAD Y EL PROBLEMA DE LAS CATEGORÍAS

El concepto de Justiciabilidad -a juicio personal- ha sido tratado apenas desde la superficie por la doctrina constitucional, incluso, la jurisprudencia colombiana y a nivel internacional es limitada; sin embargo, se ha entendido gracias a la consecuencia lógica que sugiere: hacer justo algo. Pese a escasear bibliografía que permita concretar en el tema, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos logra definir en gran medida el término así:

Justiciabilidad deriva del verbo transitivo “ajusticiar” o “justiciar” que en su forma más elemental implica hacer justicia, y que en un modelo de legalidad se logra por una vía institucional, particularmente mediante los mecanismos judiciales. Como adjetivo verbal cumple la función de calificar a un sustantivo, describir al menos una de sus características o propiedades; en tal sentido puede hablarse de “los derechos justiciables”, describiendo por tanto que el sustantivo de la expresión —“los derechos”— tienen por virtud el hecho de que son realizables por medio de la justicia; o lo que resultaría ser la versión sustantivizada, “la justiciabilidad de los derechos”. La justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad. (pp.84-85)

De lo anterior cabe destacar que (i) la Justiciabilidad debe entenderse entonces como los mecanismos mediante los cuales “se hará justicia”, (ii) que las instituciones son fundamentales para tal cometido y (iii) que para considerar un derecho justiciable

debe ser realizable o exigible por medio de la justicia ya que esta última se exigirá solamente a través de los medios e instituciones previstos para tal. En resumen, a eso hace referencia el concepto de Justiciabilidad.

Otro concepto del que se puede partir para consolidar un concepto de Justiciabilidad es el de la Real Academia Española no cuenta con una definición de la Justiciabilidad, sin embargo, si define el adjetivo justiciable como todo aquello “Que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia” (RAE, 2019) concepto que de alguna forma se acerca a lo referenciado brevemente por los académicos, pero que aun así resulta incompleto. Por tanto y con base en lo expuesto, se entiende por Justiciabilidad el conjunto de posibilidades de exigir a través de mecanismos jurídicos el reconocimiento, cumplimiento o restitución de un derecho.

A lo anterior puede agregarse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas hace una distinción entre Justiciabilidad de derechos y aplicación inmediata de derechos siendo la Justiciabilidad relativa a todas aquellas cuestiones que los jueces deben resolver y la posibilidad de ejercer las acciones de conocimiento de esos mismos jueces en forma individual y colectiva, es decir, que pueda darse la controversia en un escenario jurisdiccional (por ejemplo, una controversia contractual entre particulares o la reparación por daños extrajudiciales de un grupo de personas que viajaban en un autobús y sufrieron un accidente por causa de un conductor en estado de embriaguez). Por lo tanto, los derechos de aplicación inmediata son los exigibles “sin más disquisiciones”, y,

tales derechos son los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC-; además, agrega el Comité, eso debe comunicársele a los jueces para que hagan un correcto uso del Pacto y los derechos contenidos en el mismo.

Por lo tanto, y de conformidad con los conceptos que pueden rescatarse de las autoridades en la materia, los únicos derechos justiciables sin mayores talanqueras que algunas formalidades son los DESC. Sin embargo, esto representaría una interpretación limitada del concepto de justiciabilidad pese que, en la práctica, por ejemplo, en Colombia tanto jueces y abogados litigantes limitan el ejercicio y la interpretación de los derechos al tenor literal de la norma constitucional y, en general, “al imperio de la Ley” cuando resuelven conflictos jurídicos que surgen de vulneración a derechos fundamentales; sin embargo, la justiciabilidad protege más que solo DESC. El Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991 contempla que:

Los jueces, en sus providencias, solo estarán sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares”; sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-083 de 1995 estudio el problema jurídico de los criterios auxiliares como parte de la interpretación armónica que debe hacer el juez de todo el sistema jurídico para no caer en conclusiones absurdas o indeseables y, concluyo, que tanto los principios generales, la doctrina, la jurisprudencia, la Ley y cualquier otro criterio auxiliar son de imperativa

relevancia para tomar una decisión ajustada en derecho. Sin embargo, en la práctica, suele recurrirse “al imperio de la Ley” para la toma de decisiones.

En consecuencia, y más allá de lo que contemple el texto constitucional (en Colombia y en cualquier Estado latinoamericano que haya suscrito los pactos en materia de Derechos Humanos) la justiciabilidad consistirá en aquellos mecanismos que permiten materializar un derecho por vía de reconocimiento, restitución o restablecimiento de este.

Al margen de lo anterior, unificar criterios y permitir que las categorías se hagan a un lado y cedan paso a criterios universales como los Derechos Humanos, permitirían al derecho constitucional y al derecho procesal constitucional abordar las garantías consagradas convencional y constitucionalmente desde una perspectiva principalistas, lo cual facilitaría la consecución de los fines esenciales del Estado y una mejor proclamación del Estado Social de Derecho; esto, se traduce en garantías, instrumentos o técnicas que el Estado emplea en la materialización efectiva de los postulados constitucionales; por lo tanto, hablar de justiciabilidad implica, necesariamente, hablar de garantismo.

Entender entonces que la carta primaria contiene una serie de postulados que denotan garantías (compromisos estatales), sin embargo, estas garantías/derechos/acciones/mecanismos de participación ciudadana no son suficientes, pues, el frío papel no permite materializar los postulados constitucionales, por el contrario, son las acciones del Estado las que en realidad permiten, efectivamente,

materializar el “deber ser” que presenta el texto primario. Así pues, el garantismo puede percibirse a través de “las técnicas idóneas para asegurar efectividad tanto a las normas como a los principios” (Ferrajoli (2004)

La Constitución colombiana dedica 5 capítulos a los derechos que pueden exigirse por las distintas vías de Justiciabilidad que denomina, en aspectos generales: Derechos, Garantías y Deberes. En una primera lectura de la Carta política pueden vislumbrarse diversos mecanismos o acciones constitucionales mediante los cuales se puede exigir el cumplimiento, reconocimiento o restitución de los derechos consagrados en la Constitución. Sin embargo, todos los propuesto que contempla la Carta política atiende a una serie de intereses políticos, económicos o particulares (que se corresponden a un momento histórico particular en la que se gestó la constitución colombiana de 1991), pese que fueron inspiradas en ordenamientos constitucionales que, en su mayoría, procuraban la protección de los derechos del hombre y del ciudadano, el control frente al ejercicio del poder y la garantía de protección a tales postulados como lo son el caso norteamericano, francés, alemán, mexicano o italiano.

Tan es así que, mientras se reconocían derechos y se organizaban las ramas del poder público en concordancia a las Cartas políticas extranjeras que sirvieron de base para redactar el pacto interno, se dejaron de lado las bases filosóficas de los ordenamientos constitucionales externos para dar paso a un híbrido constitucional que mezclaba los pleonasmos extranjeros con los intereses nacionales. Los fundamentos filosóficos de

constituciones como las de Alemania, Francia, Italia, o Portugal se tergiversaron en el ordenamiento constitucional colombiano. Se tomaron los postulados filosófico-políticos que dieron origen a las constituciones extranjeras para organizar el poder y se dejó de lado, se omitió o se le restó fuerza a los mecanismos para hacer efectivos dichos postulados. Por ejemplo, en los países mencionados se abandonó la tradición de mantener a Dios en las constituciones como consecuencia necesaria en la declaración de los Estados Laicos, sin embargo, esa tradición -que no perdió Colombia en 1991 (preámbulo y artículo 192)- contradice su origen filosófico y dogmático de otras latitudes y que a todas voces si garantizan la libertad religiosa, de cultos o credos en los países ya mencionados.

Puede verse, por caso, el reconocimiento de acciones constitucionales que respalden y acompañen el reconocimiento de derechos a partir de 1821 donde apenas empiezan a surgir los primeros mecanismos de participación ciudadana más allá del voto y algunas acciones constitucionales más concretas que, si bien existían con anterioridad en alguna otra Carta política, imponía límites como las peticiones avocando la voz del pueblo en la mayoría de constituciones o el ejercicio de derechos en colectividad sin autorización de un juez.

Actualmente, la Constitución colombiana cuenta con una amplia gama de acciones que permiten garantizar el reconocimiento, la restitución o el restablecimiento de un derecho. Roux & Ramírez (2004) comentan que en Colombia dos vías judiciales existen para hacer justiciable un derecho, por un lado, la acción de tutela ya que dicho reclamo ante

el juez se da cuando hay una “violación o amenaza inminente de violación” a derechos fundamentales que consagra la Constitución y que esta debe tramitarse de manera expedita y sumaria en caso de no existir otra vía judicial; y por otro lado, la demanda que sanciona al responsable del agravio, ordena una reparación por los daños y restablece el derecho. Es menester mencionar que este estudio centra la idea de justiciabilidad al tema de los derechos fundamentales, sin embargo, no se pretende afirmar que las acciones constitucionales que protegen tales derechos sean la única vía de justiciabilidad y tampoco pretende afirmarse que el concepto de circunscriba a las acciones constitucionales; Roux & Ramírez (2004) explican este asunto al detalle.

De lo anterior puede vislumbrarse la idea de Justiciabilidad que proponen los autores, (i) por un lado se trata de una vía judicial que permite hacer reclamaciones ante un juez por la vulneración de un derecho fundamental, (ii) que dicha reclamación debe resolverla el juez de manera sumaria y expedita, (iii) que el juez ordene una adecuada reparación y (iv) que se sancione al responsable de la vulneración, esta es una de las nociones claves para identificar el derecho de petición o la acción de tutela en las constituciones provinciales o nacionales entre 1810 y 1886.

Finalmente, Roux & Ramírez (2004) solo hacen referencia a una de las acciones constitucionales para la protección de los derechos, sin embargo, son muchas más con las que cuentan las personas para hacer justiciables sus derechos además de la acción de tutela (artículo 86 C.P.) tales como el derecho de petición (Artículo 29 C.P.), el

habeas corpus (Artículo 30 C.P.), la acción de cumplimiento (Artículo 87 C.P.), las acciones populares (Artículo 88 C.P.), el habeas data (Artículo 15 C.P.) y las acciones de grupo (Artículo 88 C.P.).

CONCLUSIONES

Es necesario reevaluar la forma como se está accediendo al aparato jurisdiccional en búsqueda de la protección de derechos, especialmente los derechos que las cartas constitucionales reconocen como consecuencia de los pactos e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. La Acción de Tutela (o Amparo), por ejemplo, es un derecho/acción que permite al accionante exigir el cumplimiento de los mandatos constitucionales, sin embargo, en Colombia -jueces y abogados litigantes- la entienden como un mecanismo para la protección de derechos fundamentales como categoría especial de derechos en la Carta Política colombiana y no como instrumento para la materialización de los fines esenciales del Estado y el cumplimiento de los compromisos/garantías internacionales a cargo del Estado en materia de Derechos Humanos, lo cual -a juicio personal- resulta en un menoscabo de los derechos/acciones/ mecanismos de participación ciudadana que conforman la parte dogmática de toda constitución en un Estado Social de Derecho.

Finalmente, y atendiendo a lo expuesto, es imperativo superar las barreras que las categorías de derechos imponen a la justiciabilidad de los Derechos Humanos en aras de la satisfacción plena, expedita y suficiente de las garantías mínimas

que un Estado Social de Derecho debe, indiscutiblemente, aplicar como mandatos de optimización. La justiciabilidad de los derechos más allá de sus categorías depende tanto de las bases teóricas y conceptuales como de la aplicación por parte de jueces y abogados litigantes que, en el ejercicio del derecho, se permiten decidir, defender o poner en juicio derechos que son de imperativo cumplimiento.

REFERENCIAS

- ACNUDH (2018) ¿Qué son los Derechos Humanos? Naciones Unidas, Derechos Humanos, Alto Comisionado para los Derechos Humanos
- Aguilar, G. (2009) *Derechos fundamentales-Derechos Humanos. ¿una distinción válida en el siglo XXI?* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIII, número 127, enero-abril de 2010, pp. 15-71.
- Alexy, R. (2011) *Diálogos con el mundo. Justificación de una Jurisdicción Constitucional*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Colombia. Publicado el 19 de junio de 2012 por la Corte Constitucional de Colombia
- Alexy, R. (1997) Teoría de la argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudios constitucionales. Prisma Industria Gráfica, S.A. Madrid, España. (p.143)
- Castillo, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, tomo 139, pp.144-149. (pp.4-5)
- Comanducci, P. (2016) Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales. Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2016
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General número 9.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Diccionario de la Real Academia Española (2019) Justiciable
- Ferrajoli, L. (2004). Epistemología Jurídica y Garantismo. México: Fontamara.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009) La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo Embajada de la República Federal de Alemania -San José. C.R.: IIDH, 2008
- Jiménez, J. (1999) Derechos fundamentales: concepto y garantías. Editorial Trotta, Madrid, España.
- Marín, J. & Trujillo, J. (2016) *El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar*. Revista Jurídica Derecho, número 4, volumen 3, enero-junio de 2016, pp.53-70.
- Peces-Barba, G. (1995) Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascon, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, Madrid, España
- Pérez, A. (2006) La tercera generación de los Derechos Humanos. Editorial Thomson-Aranzadi, España.
- Robles, G. (1997) Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Editorial Civitas, Madrid, España.
- Roux, C. & Ramírez, J. (2004) Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad. Publicación de las Naciones Unidas, Serie Estudios en Perspectiva, Oficina de la CEPAL en Bogotá, noviembre de 2004. Bogotá, Colombia

CAPÍTULO 3

DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCUSIONES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Félix Mendoza de la Espriella
Abraham Zamir Bechara Llanos



DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: DISCUSIONES EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL¹

Félix Mendoza de la Espriella², Abraham Zamir Bechara Llanos³

RESUMEN

Palabras clave

Derechos Humanos,
Derechos
Fundamentales,
Filosofía del
Derecho e
Interpretación
Comparada.

Las distancias entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales posibilitan en la presente reflexión investigativa instalar un diálogo alrededor de las conexiones y relaciones existentes entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales, con la emergencia de diversas tendencias en la formación de un derecho de carácter cultural y político, que tiene origen en escenarios contextuales problemáticos diversos. Tales distancias existentes entre los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales, con repercusión en la decisión judicial, implica asumir la temática con exhaustividad para lograr expresar una posición con sentido crítico y argumentativo. A este efecto se ha requerido de una revisión documental con un gran bagaje de Teoría del derecho y Filosofía del derecho, al igual que se hizo necesario agregar un buen número de contribuciones teóricas que han permitido un acercamiento al tema, en el caso singular, explorar una posibilidad de interacción con autores reconocidos y con conocimiento de la temática a profundidad. Se ha recurrido a diversos autores con miras a realizar una prueba a modo de parangón académico alrededor del mismo y hacer visible a connotados autores.

-
1. El presente capítulo, es resultado del proyecto de investigación titulado: *Derechos Fundamentales y Región Caribe: un modelo de regionalización jurídica*. Financiado por la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Adscrito a su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y al Grupo de Investigación GISCER, vinculado a la línea: Derecho Público, sociedad y cultura.
 2. PhD. en Ciencias de la educación por la Universidad Simón Bolívar. Docente de pregrado y posgrado en el Programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Instituto de Posgrados de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR- Email: felix.mendoza@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2603-1887>
 3. PhD. en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente Tiempo Completo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR. Profesor de las asignaturas; de Filosofía del Derecho, Hermenéutica y Argumentación jurídica. Email: abraham.becharall@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6571-9804>

Keywords

Human Rights,
Fundamental
Rights, Philosophy
of Law,
Comparative
Interpretation.

ABSTRACT

The distances between human rights and fundamental rights make it possible in this research reflection to install a dialogue around the connections and relations between human rights and fundamental rights, with the emergence of various trends in the formation of a right of a cultural and political nature, which has its origin in various problematic contextual scenarios. Such distances between human rights and fundamental rights, with repercussions on judicial decisions, imply assuming the subject matter with exhaustiveness in order to be able to express a position with a critical and argumentative sense. To this effect, it has been necessary to review documents with a great deal of background in the theory of law and philosophy of law, as well as to add a good number of theoretical contributions that have allowed an approach to the subject, in the singular case, to explore a possibility of interaction with recognized authors with in-depth knowledge of the subject. Various authors have been called upon with a view to testing the subject as an academic paragon around it and making well-known authors visible.

INTRODUCCIÓN

En esta fase inicial del trabajo nos aproximaremos al concepto de Derechos Humanos. Para ello partiremos como ha señalado Pérez Luño (1988), del supuesto inicial de que con el concepto de derechos fundamentales nos referimos a “aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. Esta exposición descriptiva alude a la tradición, consistente en incorporar dentro de las constituciones una Declaración de derechos y libertades en la cual esencialmente se enlaza el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado. A partir de las postrimerías del siglo XVIII y tras un extenso proceso, los derechos fundamentales y las libertades públicas lograron gran relevancia, hasta lograr en la actualidad un papel central en el Estado constitucional, conformando un centro esencial de la parte dogmática de las constituciones, en las que por regla general se agrupan manifiestamente las garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales.

Asunto esencial es establecer la diferencia entre Derechos Humanos y Derechos fundamentales, concepciones éstas que en la práctica discursiva política y en la literatura científica son empleados asiduamente como intercambiables. Para un sector de la doctrina los Derechos Humanos y los Derechos fundamentales parecerían idénticos en su totalidad, con la advertencia de que los primeros estarían bajo la supervisión y castigo de los organismos supraestatales, ya sea a nivel regional o internacional, como la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos; en tanto que los Derechos fundamentales serían los vigilados por la preceptiva constitucional interna, *en cabeza de la Corte Constitucional*.

Tal afinidad en algunos aspectos llega a configurar un error de semejanza, considerando a los Derechos fundamentales como los derechos elementales o las condiciones mínimas que un ser humano requiere para realizarse como persona. Desde otra óptica la disimilitud entre Derechos Humanos y Derechos fundamentales se enmarcaría en el terreno de la jurisdicción: los Derechos Humanos se visibilizarían en los Convenios internacionales, en tanto que los Derechos fundamentales dimanarían en su forma de los sistemas constitucionales, y materialmente, de leyes orgánicas u ordinarias para reglar su protección. De acuerdo con esta conceptualización, los Derechos Humanos condensarían los anhelos e ideales del género humano, mientras que los Derechos fundamentales comportarían las posibilidades de una sociedad real para otorgar garantías a los individuos en su territorio.

Finalmente se podría señalar que los Derechos Fundamentales son los Derechos constitucionales, es decir, aquellos Derechos Humanos protegidos con jerarquía constitucional que se consideran como sustanciales en el sistema político, que la Constitución admite y que están especialmente ligados a la dignidad de la persona. Es decir, son los derechos que, incorporados al orden jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías de tutela y reforma.

METODOLOGÍA

El presente capítulo responde a una investigación eminentemente dogmática, dentro del componente iusfilosofico, realizaremos una análisis conceptual y bibliográfico de los principales autores, referentes teóricos y paradigmas conceptuales, sobre la relación problemática entre derechos fundamentales y Derechos Humanos, además se generara un espacio para la discusión, en torno a ser esta ponencia una construcción a dos manos, como desarrollo concreto, propondremos la aplicación de la Filosofía garantista del derecho, sobre la visión y noción de los derechos fundamentales, para finalmente estructurar su noción en el ámbito del Estado constitucional y democrático de derecho.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: RELACIONES, CONCEPTUALIZACIONES Y PROBLEMAS

Los Derechos Humanos están constituidos por aquellas libertades, facultades o valores elementales que, de acuerdo con diversas concepciones filosóficas o fundamentaciones, pertenecen a toda persona por el solo hecho de su naturaleza y condición humana, para la garantía de una vida digna. Por consiguiente, no cabe fijar una conceptualización de “fundamentalidad” para los derechos que sea válido universalmente, en cuanto que los Derechos fundamentales son los aceptados con tal carácter en un ordenamiento jurídico

positivizado. Se trata de derivar un concepto material y técnicamente operacional a partir de la positividad histórica de los derechos. Pese a que en algunos casos atiendan un requerimiento ético, aceptado universalmente, ni existen Derechos Humanos per se, como realidades independientes de los deseos y valores de las personas y los pueblos, así como de los elementos y circunstancias históricas de su emergencia, a menos que se acoja la óptica iusnaturalista, ni hay tampoco en consecuencia, una concepción doctrinal y dogmática universalmente válida de Derecho fundamental. He aquí el problema más importante que enfrenta hoy la doctrina y las jurisdicciones constitucionales: el de la idea misma de Derecho fundamental, así como la de su contenido y, por consiguiente, el de precisar qué Derechos deben ser asegurados y protegidos al más alto nivel.

Tomando como punto de partida un núcleo central de derechos y libertades clásicos, elementales y coincidentes, los Derechos Humanos que incorporan el más alto grado de consenso: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, a la libertad ideológica y religiosa, de asociación, de reunión, el sistema de derechos se presenta efectivamente oscuro. Con Bobbio (1991), se podría declarar que no es factible hallar un fundamento total, y único, irresistible, a los Derechos fundamentales, por cuya limitación histórica lo significativo no es fundamentarlos sino protegerlos. Afirma que son “los que en una determinada Constitución están atribuidos a todos los ciudadanos indistintamente, aquellos, en una palabra, respecto de los que los ciudadanos son todos iguales”.

En el entorno del pensamiento jurídico han sido diversos los patrones que se han puesto en juego para evaluar en qué consisten y cuáles son los Derechos Humanos, pues es una ineludible demanda precisar un criterio que nos posibilite conocer cuándo estamos realmente ante un auténtico Derecho humano, aspirando en efecto a su reconocimiento o garantía y cuándo ante solo intereses de grupos. Uno de estos patrones ha sido el iusnaturalista: partiendo de una definida mirada filosófica, ideológica o religiosa de la persona, del mundo y de la sociedad, se encuentran unos derechos que la persona invariablemente tiene por su carácter de tal y que están ligados a su dignidad, por lo que son entendidos como consustanciales a su propia esencia, anteriores al Estado, inalienables e inviolables, imprescriptibles, irrenunciables e intransmisibles. Esta mirada, que se ubica en el mismo origen de las primeras Declaraciones de derechos, no está libre de problemas y riesgos.

En primer lugar, porque asimismo la apelación totalizante y preconcebida a ciertos derechos que pretendidamente están sobre el Estado, a partir de una lectura única de su contenido, es susceptible de ser utilizada para deformar reivindicaciones personales o colectivas que se pretenden imponer al conglomerado social.

En segundo lugar, porque una principialística exclusivamente iusnaturalista de los Derechos Humanos corre el riesgo de establecerse en el terreno de los valores y no en el de su positivización.

En tercer lugar, porque su declaración difusa desde el ámbito valorativo puede comprometer el principio democrático,

imposibilitando, si su concepto se hace extenso y rígido, la existencia de un campo de desarrollo suficiente para la libertad de conformación del legislador.

En cuarto lugar, porque, como ha señalado Bobbio, igualmente está históricamente demostrado que el número y el contenido de los Derechos Humanos ha variado con el paso del tiempo según las necesidades e intereses de las clases en el poder, de los medios para su realización y de las evoluciones técnicas. Finalmente, porque no hay posibilidades de recurrir a ninguna instancia determinante o decisoria de cuáles sean o hayan de catalogarse como Derechos Humanos.

Otra manera de plantear el asunto, en tesis de Peces-Barba, (1994) es el denominado “escéptico”. Cabe incorporar en éste a los que rechazan la noción de Derechos Humanos como referido universal y declaran su duda ante la posibilidad de establecer un núcleo de derechos irreducibles de la persona. Para los que se han colocado al lado de estas posiciones, como Althusser y Foucault, el individuo y, en consecuencia, todo humanismo o individualismo, es el producto de un ideario muy concreto: el de la burguesía que empieza a manifestarse en el Renacimiento y termina en la configuración del Estado liberal. Esta postura conduce a una imposibilidad práctica de edificar cualquier teoría o doctrina acerca de los Derechos Humanos.

Un tercer patrón, que se puede llamar “positivista voluntarista”, opina que son Derechos fundamentales aquellos que el poderío escoge como tales, por lo que estaríamos frente a un Derecho humano o Fundamental cuando un señalado ordenamiento jurídico así lo establezca. El

Derecho pende en esta óptica, por tanto, del querer del Estado y obtiene su razón de ser desde el momento en que se instituye en precepto dentro del ordenamiento jurídico.

Uno de estos patrones, aislado y sin matices lleva directamente a una calleja sin salida para la cimentación y la determinación de los Derechos Humanos y por eso ciertos autores apoyan un criterio más pragmático, consistente en concentrarse únicamente en los aspectos técnicos y procesales de la protección de los Derechos, bien sea en el entorno internacional o interno. Este plano ha sido positivo en cuanto que a este se debe en gran proporción el alto grado de tutela que desde el punto de vista técnico han logrado algunos derechos; si bien separadamente no permite el levantamiento de un concepto convenientemente válido de los Derechos Humanos porque descuida los problemas generales que subyacen y resultan intratables desde apreciaciones de estricta técnica jurídica.

Cabe concluir que es posible salvar los problemas planteados y los reduccionismos si tomamos el modelo “dualista”, en la actualidad paradigmático en la doctrina jurídica, que se basa en fijar dos niveles de apreciación en el estudio de los Derechos Humanos: por un lado, el análisis de los Derechos Humanos como filosofía de los Derechos Humanos y por otro, el tránsito de los Derechos Humanos a Derechos fundamentales.

Desde la primera postura, es necesario encarar los factores sociales, económicos, ideológicos y políticos que han incurrido en la conceptualización de los Derechos fundamentales. Los derechos no se hallan

adscritos a ningún índice de validez universal, sino que se arraigan en la historia de las sociedades que han venido cimentando a través de diversas contingencias una teoría y una práctica de los Derechos Humanos. En esta cimentación han incidido de forma singularmente vehemente dos conceptualizaciones: el liberalismo y el socialismo. El liberalismo, porque la emergencia de la economía de mercado, del individualismo, de la teoría del contrato social, del Estado liberal modelan los factores que han posibilitado la aparición del pensamiento secular de un núcleo irreducible de derechos. El socialismo, porque denota ir más allá de enunciaciones solamente formales del liberalismo, a la par que la edificación de otros derechos y libertades hasta ese momento no enunciados: económicos, sociales y culturales.

En resumen, el concepto de los Derechos Humanos es una concepción histórica que se ha venido gestando, evolucionando y enriqueciendo con el transcurso del tiempo en cada sociedad específica, y en ello se separa y se contrapone el modelo dualista al iusnaturalismo. Aunque por su fundamento cultural los Derechos fundamentales tienen un origen preformativo en una estructura de valores compartida ampliamente por un conglomerado social, solamente consiguen su legítima naturaleza de derechos públicos subjetivos mediante su positivización. Además, sólo alcanzan la más plena garantía, incluso frente al legislador, con su constitucionalización. Únicamente en la Constitución consiguen los Derechos fundamentales, antes solo manifestos, las singularidades que definen en una colectividad al Derecho. Implica conexionar a todos los poderes públicos y, por consiguiente, ser

inoponibles para el legislador, que deberá acatar su contenido sustancial, y tener efectividad directa, siendo exigibles ante los tribunales y activando una dimensión objetiva institucional protectora del orden social y político.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTEMPORANEIDAD: DEFENSA DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO GARANTISTA

La fundamentación del concepto de derechos fundamentales en la contemporaneidad, y por ende en el Estado constitucional y democrático de derecho los presenta como ley del más débil, como resultado de la relación entre derechos y garantías. “En el sentido de que los derechos fundamentales promulgados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía”. (Ferrajoli, 2002, p. 16). En este entendido, se evidencia la preocupación del profesor italiano, primero por el cumplimiento en las obligaciones y deberes de las garantías primarias sobre la consagración misma de los derechos fundamentales en los órdenes normativos concretos, y segundo su inquietud teórica se centra en determinar los alcances por el cumplimiento de los derechos en la protección judicial de los mismos y en el resarcimiento de los daños ocasionados en la función de garantía primaria, ejercida en la actividad judicial y en la labor jurisdiccional de los derechos fundamentales, como despliegue efectivo de las garantías secundarias.

El papel preponderante de *los derechos fundamentales como leyes o ley de los más débiles*, va a estar concebido por la defensa fuerte de los mismos que no comprende un activismo judicial constitucional en sentido estricto, ya que desde esta “arquitectura constitucional”, los derechos fundamentales siempre van a estar inmersos en la *dicotomía primaria de cumplimiento y en la dicotomía secundaria de protección*. Se entendería por activismo judicial tal función si el poder judicial o el juez constitucional, se abrogara automáticamente tal función de tutela y judicialización iusfundamental, su despliegue institucional se posibilita por el diseño mismo de los derechos fundamentales antes de la relación derechos y garantías, garantismo primario-garantismo secundario, y la idea misma de positivización constitucional como un formalismo de los derechos fundamentales, dejando a un lado los elementos sustanciales de esta categoría de derechos esencial a los Estados constitucionales:

(El constitucionalismo garantista).

Este segundo modelo es el que, con sus matices, defiende Ferrajoli. En su opinión, los derechos fundamentales tienen una configuración de regla (no de principio), su aplicación es reconducible a un caso de subsunción (no de ponderación) y todo ello se enmarca en una teoría del Derecho positivista clásica, en el bien entendido de que el positivismo de Ferrajoli no es el «paleopositivismo» ajeno a la formulación de juicios de valor a la hora de la determinación de la validez de las normas jurídica. (García Figueroa, 2001. p. 128).

Ferrajoli explica la imperiosa necesidad de un constitucionalismo de los derechos fundamentales sustancial o en una dimensión sustantiva de los mismos como un *ius*. El *ius* como sustancia o dimensión sustancial es ampliamente descrito por Zagrebelsky (2004, pp. 11-24), como separación entre *lex* y *Ius*, separación entre el concepto de legalidad como derecho, y de justicia como derecho. De los derechos fundamentales específicos, con relación a un *ius* propio de los derechos fundamentales en su contenido sustancial. Lo que justifica el despliegue de un poder de garantía secundaria otorgado especialmente al juez constitucional dentro de la materialización misma del Estado constitucional y democrático de derecho, y a su vez fundamenta históricamente *la tesis de los derechos del más débil*:

Consiste en el hecho de que los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos —desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales— como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional. (Ferrajoli, 2008, p. 1138).

En la relación *derechos y garantías* el concepto de derechos fundamentales como

ley del más débil, implica más allá de un reconocimiento formal, expreso y explícito de los derechos constitucionales y de las normas procedimentales para su cumplimiento:

El punto de partida del discurso es la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos. Ferrajoli aclara que se trata de garantías reparatorias que tienen la finalidad de eliminar o reducir el daño producido, o de intimidar y castigar a los responsables, y que la jurisdicción no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias, pero asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos realizados en violación de las garantías primarias. (Taruffo, 2008, p. 384).

La consagración misma de las garantías en este punto de la teoría de Ferrajoli se evidencia como una crítica plausible al derecho internacional y a los mismos Derechos Humanos al no poseer garantías directas en el cumplimiento por parte de los Estados o sujetos del derecho internacional ante un incumplimiento de estos, así como la superación de la propuesta de Kelsen quien ya destacaba en sus construcciones teóricas sobre el derecho constitucional, la necesidad del establecimiento de unas garantías a la Constitución, que posibilitaran un refuerzo jurisdiccional para su cumplimiento estatal y normativo, de los derechos y su carácter supranacional. <<Esta tesis cuya formulación clásica se debe a Hans Kelsen. Se concreta en la afirmación de que, más allá de su

proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho>>. (Ferrajoli, 2010, p. 59).

Hoy en día los derechos fundamentales representan las normas jurídicas más importantes dentro de un Estado de derecho, en conjunto construyen el modelo de sistema jurídico en la aplicación de las garantías materiales de los derechos ciudadanos. Pueden considerarse como las supremas cláusulas de máxima reclamación moral tanto de los ciudadanos entre sí, como para los Estados que deben garantizar su cumplimiento.

Desde el punto de vista estructural, los derechos fundamentales se forman a partir de una visión jerárquica como normas de principio y esas normas tienen preminentemente una textura de normas abiertas, es decir son totalmente distintas a las normas tipo reglas, ya que las primeras dependen de las situaciones fácticas y jurídicas del caso concreto, de la interpretación al juicio del aplicador o juzgador del derecho, y del sistema de protección judicial de los derechos. “Los principios se caracterizan respecto de las otras [disposiciones] porque desempeñan en el ordenamiento jurídico en su conjunto y/o en algunos sectores específicos el papel de [disposiciones] “fundamentales”. (Guastini, 1999, p.151). Bajo este entendido, una de las propuestas esenciales del trabajo de Ferrajoli sobre su *visión garantista* de los derechos fundamentales y por ende de los desarrollos normativos de dichos enunciados jurídicos, va a hacer su fundamento teórico que construye la idea de los derechos fundamentales como reglas constitucionales positivizadas. La cual desde la perspectiva

de la filosofía del derecho podría verse como una tesis contraria a la configuración del *no positivismo principialista* defendido por Alexy.

Resulta vital identificar los aspectos teóricos en los que Alexy sienta las bases, de su *no positivismo incluyente*, donde directamente entra a debatir con Joseph Raz, uno de los teóricos del derecho actual más importante, cuyas tesis defienden el concepto del derecho desde el positivismo jurídico:

El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional. El no-positivismo sostiene no solo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que esta necesariamente incluida, por lo tanto, el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo. (Alexy, 2013, p. 16).

Como muestra de una posición superior entre los partidarios de esta tesis en un *constitucionalismo garantista* como estadio de refuerzo del *positivismo jurídico*, Ferrajoli frente a esta tensión no niega la existencia ni la presencia de un constitucionalismo de principios como una especie de constitucionalismo ético y sus relaciones conceptuales como el fenómeno neoconstitucional. Su teoría se orienta en no discutir los criterios clásicos de distinción entre normas tipo regla y normas tipo principio, centrándose concretamente en los órganos de producción del derecho, tendiente

a la consolidación del *paradigma del Estado constitucional*.

Al respecto es importante profundizar en la críticas que establece Ferrajoli sobre el constitucionalismo ético o moral, defendido en una parte por Habermas y en otra medida por Alexy:

La idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez-las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral (Ferrajoli, L. 2006)

En este orden de ideas, los derechos fundamentales se muestran como las garantías constitucionales de protección de los derechos, ya que muchas normas de este tipo no solo se consideran derechos fundamentales en sí mismos, sino garantías jurisdiccionales de protección y judiciabilidad de las mismas libertades:

La idea ético-constitucionalista de Habermas, que identifica en la constitución en cuanto tal el fundamento de la legitimidad moral, y la iusnaturalista de Alexy, que asume la justicia como condición de validez-las que yo no comparto, justo en virtud de la separación iuspositivista entre derecho y moral. (Ferrajoli, 2006, p. 29).

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU GESTACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional de derecho como paradigma superador del Estado liberal de derecho dentro de sus múltiples rasgos distintivos, pone de presente la incidencia de las *normas jurídicas de principio* en el desarrollo de la teoría del derecho contemporánea, como un modelo que plantea su construcción en la teoría del constitucionalismo. “La adhesión ideológica al Estado constitucional es una consecuencia del hecho de que tal forma de organización ius-política es considerada particularmente adecuada para realizar y tutelar valores determinados, como la democracia en sentido sustancial, la igualdad, los derechos fundamentales, etc.” (Pino, 2011, p. 205).

Sobre el neoconstitucionalismo se ha escrito mucho, y sobre diversos puntos de vista, desde un análisis estrictamente teórico, nos apoyamos en la lectura que al respecto hace Paolo Comanducci: “El neoconstitucionalismo representa por tanto una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que esta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos”. (Comanducci, 2002, p. 97).

En este sentido, la trascendencia del uso de la *teoría de principios* en los planos concretos de aplicación del derecho, han girado en torno a los *derechos fundamentales* y como estos a través de una *estructura distintiva* dentro del modelo del Estado constitucional, (Bechara, 2011, p. 65) posibilitan los *márgenes de acción* para la Constitución, y esta, no solo sea vista desde su fuerza normativa, sino desde los escenarios

reales para la construcción de la *decisión judicial*. (Molinares & Bechara, 2017).

Bajo esta perspectiva, los estudios contemporáneos de *teoría del derecho constitucional* giran en torno a la concepción de la Constitución y de los derechos fundamentales, algunos estudios como los que se han cuestionado por la idea de los modelos de interpretación y adjudicación del derecho en el Estado constitucional contemporáneo como la ponderación y el principio de proporcionalidad, mientras que otros trabajos desarrollados han conducido a la elaboración de las modernas tesis que han formado en la ciencia del derecho el actual constitucionalismo:

Resulta muy interesante constatar que la ubicación del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en diversos textos constitucionales es poco clara y muy debatida. En la Constitución española, por ejemplo, se discute su adscripción a los artículos 1.1, 9.1 y 10.2, este último en conexión con la convención europea de Derechos Humanos y su interpretación en la jurisprudencia de la Corte europea de Derechos Humanos. (Borowski, 2003, pp. 128-129).

El estudio que aquí proponemos muestra una coherencia y una pertinencia, en el estudio del derecho a través de los principios constitucionales, estudiando el derecho del Estado constitucional moderno. Así, bajo esta concepción entender cómo se dio el paso del Estado de derecho legalista y de tradición legislativa preponderante. Para mirar a un Estado donde se desmitifica la ley como única fuente del derecho, con apoyo a la propuesta

de *los principios y los derechos fundamentales* pensada para la construcción del derecho no solo constitucional sino en su sentido general, posibilitando reflexiones que construyen el derecho de nuestros días:

Para comprender el Derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el Derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada. No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos aspiran a ser. (Moreso, 2008, p. 285).

En este orden de ideas, como posición contraria a la defendida por la *corriente del positivismo jurídico*, se pensó que el derecho debía contener como modelo de validación contenidos y estándares de justicia, siendo el *principio de justicia en el derecho* el que integrara un modelo para la ciencia jurídica contemporánea, Bechara (2019, p. 92). Como ciencia de la jurisprudencia constitucional y ordinaria. La no observancia de la justicia en el derecho era el sustento que permitía considerar al derecho como tal, es decir, un derecho extremadamente injusto no podía ser considerado derecho, estructurándose el argumento de que la justicia extrema no es ni puede ser considerada derecho, lo que Alexy ha denominado como *la tesis de la injusticia extrema*. “Lo que tiene de particular esta fórmula es que deja que el Derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto. Tan sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas establecidas validez jurídica”. (Alexy, 2009, p. 77).

Al separar la ley del derecho, los principios jurídicos o principios constitucionales toman un papel preponderante, estas normas tienen condiciones totalmente distintas como las normas básicas, normas-reglas, ya que los principios en sí mismos, constituyen un marco u orden fundamental que integra todo el sistema jurídico. “El derecho, como disciplina práctica, está anclado en la realidad al ser esos criterios de valor, parte de esta; sin que por ello pretenda que exista una preeminencia de lo fáctico sobre lo normativo”. (Rodríguez, 2005, p. 34). Esta relación generó un cambio en la concepción del *constitucionalismo clásico*, el cual presentaba grandes inquietudes no descifradas o resueltas, por sus marcos fundamentales. Y era precisamente la necesidad de que aquellos derechos, que tenían una categoría especial referida a la fundamentalidad, gozaran de garantías materiales de protección, predicando además de altos contenidos de fuerza normativa, traducándose en una protección efectiva de los mismos.

Lo que configura a los principios como las normas características de los derechos fundamentales, y es en ese sentido, que las normas de principios actúan como valor fundante del Estado constitucional de derecho, con un fuerte valor axiológico, reclamado en su integridad por el derecho constitucional que vive en tiempos de constituciones normativas:

El derecho constitucional es en su integridad un ordenamiento fundamentalmente axiológico y por tanto orientado a la garantía de determinados valores, señaladamente la separación de poderes, los derechos

fundamentales y la democracia. (Díaz Revorio, 2009, p. 225).

CONCLUSIONES

En la primera parte se analiza el concepto de Derechos Humanos en el sentido de Derechos Fundamentales y como ha señalado la doctrina, cabría concluir que con el concepto de Derechos Fundamentales nos referimos, en palabras de Pérez Luño (1988) a “aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. Esta conceptualización descriptiva lleva a la tradición que consiste en incorporar en las Constituciones una declaración de Derechos y libertades donde esencialmente se enlaza el sistema de vinculaciones entre el individuo y el Estado. De la misma manera en el estudio se hace referencia a las diferentes tendencias existentes en materia de establecer el concepto de Derechos Fundamentales, así como se ha pretendido analizar brevemente la diferencia entre Derechos Humanos y Derechos fundamentales, como la transición de aquellos a éstos.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, los derechos fundamentales se estructuran concretamente como normas de principio. Los principios constitucionales no solo se instituyen en las normas jurídicas más importantes dentro de los sistemas de derecho actuales, su labor busca superar los índices concretos de adjudicación del

derecho, ya que estos (los principios) *corrigen el sistema* de manera *intra-sistémica*, pues el valor axiológico-deóntico de estas normas, supera la pretensiones personales o particulares de aplicar el derecho, y se integran en la pretensiones universales de materialización de la justicia en sentido unificador del mismo sistema de derecho, ya que desde la axiología de valores superiores dentro del Estado constitucional, precisamente desde la dignidad humana, posibilitan las esferas de realización, de los postulados reales de justicia material de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Alexy, R. (2012). "Law, morality and the existence of human rights" en *Ratio Iuris*, Vol. 25, No. 1.
- Alexy, R. (2011). "The existence of human rights" in *Law, Science, Technology*, Plenary lectures presented at the 25th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Frankfurt am Main.
- Alexy, R. (2013). *El no positivismo incluyente*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N°. 36.
- Batista, J. (2018). *Derechos Humanos y Derechos Fundamentales*. En *IUS Labor*, pp.186-213. <https://www.upf.edu/documents/3885005/214133705/5.Batista.pdf/c2bdc633-455e-c287-f7d9-9ec2e1393acf>
- Bechara, A. (2011). *Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Saber Ciencia y Libertad. v. 6, N°. 2. pp. 63-76.
- Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios. Metodología para la interpretación judicial de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia & Universidad del Norte. Barranquilla, Bogotá. D.C. Colombia,
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Sistema. Madrid.
- Bustamante Donas, J.: *La Sociedad de la Información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica*. Ed. Digital en: www.oei.es/revistactsi/numero1/bustamante.htm
- Catalina Ayora J. I. y Ortega Terol J. M. (2003). (Coord.): *Globalización y Derecho. Reflexiones desde el Seminario de Estudios Internacionales «Luís de Molina»*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Comanducci, P. (2002). *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Isonomía. N°. 16. pp. 89-112.
- Cruz Villalón P. (1989). *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, "Revista Española de Derecho Constitucional", n° 25, 1989.
- Díaz Revorio, F. (2009). *Justicia constitucional y justicia electoral: un examen comparado México-España*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Núm. 13, Madrid. pp. 223-266.
- Fariñas Dulce, M. (2000). *Globalización, ciudadanía y Derechos Humanos*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas». Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. 2000.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Cabo A. y Pisarello G. (EDS), Editorial Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2002). *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Isonomía. N. 16. pp. 7-20.
- Ferrajoli, L. (2006a). "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales" en *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 29.

- Ferrajoli, L. (2006b). *Garantismo*. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Ferrajoli, L. (2007). “Sobre los derechos fundamentales” en Teoría del Neo constitucionalismo. Ensayos escogidos, CARBONELL M., (ED), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2008). *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLI, núm. 122. mayo-agosto. pp. 1135-1145.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez & Andrea Greppi. Séptima edición. Editorial Trotta. Madrid, España.
- Fraguas, L. (2015). Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud. N.º 21, pp. 117-136.
- García Figueroa, A. (2001). *Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo juspositivista de Luigi Ferrajoli*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 34. pp. 121-137.
- García García E. (1999). Derechos Humanos y calidad de vida, en Graciano González (ed.), *Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid: Tecnos.
- García Morales A. (2002). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*. Madrid. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, España.
- Julio A, (2013). Pluralismo jurídico y Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, (9), pág. 62-85.
- Molinares, V; & Bechara. (2017). *Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional*. Revista de Derecho. No 48, pp. 163-188.
- Moreso, J. (2008). *Ferrajoli o el constitucionalismo optimista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º. 31. pp. 279-287.
- Peces-Barba G, (1994). La universalidad de los Derechos Humanos. Revista Doxa. Universidad de Alicante. pp.613-633
- Pérez Luño, A. E. (1988). *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1988.
- Pino, G. (2011). *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º. 34. pp. 201-228.
- Polanyi K. La Gran Transformación (Ed. La Piqueta). Se publicó por vez primera en Nueva York en 1944,
- Quiroga R. (2015) Las concepciones centrales del liberalismo y del socialismo sobre la nación en Europa: 1850-1914. *Revista Derecho del Estado* n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 255-287. DOI: 10.18601/01229893.n34.12
- Rodríguez-Zapata, J. (1996). *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid: Tecnos.
- Solozábal Echavarría J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales, *Revista de Estudios Políticos*, N.º 71.
- Taruffo, M. (2008). *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 31. pp. 383-392.
- VVAA: (2005). *Derechos Humanos. Manual para parlamentarios*. N.º 8. ed. por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ed. Digital en: http://www.ipu.org/PDF/publications/hr_guide_sp.pdf
- Zagrebelsky, G. (2004). *La ley, el derecho y la constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm. 72. septiembre-diciembre. pp. 11-24.

CAPÍTULO 4

ESTADO SOCIAL DE DERECHO. UNA COMPRENSIÓN METAJURÍDICA

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa
Aida Marieth Rodríguez Avendaño



ESTADO SOCIAL DE DERECHO. UNA COMPRENSIÓN METAJURÍDICA¹

Ferney Asdrúbal Rodríguez-Serpa², Aida Marieth Rodríguez Avendaño³

RESUMEN

Palabras clave

Estado Social
de Derecho,
Antropología,
sociología, ciencias
políticas y jurídicas.

Una de las categorías centrales de los modelos de Estado durante los últimos cien años estriba en torno a la idea del Estado que profundiza en lo social. No obstante, tal desarrollo no ha sido para nada pacífico, ha sido producto de las tensiones y aporías entre los reclamos sociales y la capacidad prestacional del Estado por alcanzar su legitimidad. Para comprender la complejidad de este fenómeno, el presente capítulo de libro tuvo como objeto la realización de un análisis amplio del Estado Social de Derecho desde una perspectiva metajurídica, que dio cuenta de las diferentes lecturas interdisciplinarias y transdisciplinarias que explican esta figura, al margen de los avances del derecho. El abordaje de tal estudio fue de corte cualitativo, y en consecuencia de naturaleza epistemológica histórico hermenéutico. Para la materialización metodológica del enfoque descrito, fue necesario un riguroso análisis de texto. Como resultado de ello, se evidencia en los subtítulos del presente trabajo, las diferentes miradas, desde la antropología, la sociología, las ciencias políticas y el mundo jurídico.

1. El presente capítulo de libro, se deriva de los resultados parciales de la tesis doctoral titula: “La legitimidad democrática de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional Colombiana”, adelantado en el programa doctoral en Filosofía con orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México. Esta investigación es apoyada y financiada por la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia a través del grupo de investigación científica “Derechos Humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas” y en colaboración con el proyecto index “El contenido de la norma fundamental desde el paradigma interpretativo”, dentro del grupo de Investigaciones en Derecho, Política y Sociedad, de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia.
2. PhD (c). En Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México; Magíster en Derecho Procesal; Abogado; Sociólogo; Editor de la Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar, de Barranquilla-Colombia; docente-investigador vinculado al grupo de investigación “Derechos Humanos, tendencias jurídicas y socio jurídicas contemporáneas” de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia. Email: rodriguezserpaabogados@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8197-7010>.
3. Estudiante de tercer semestre del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Simón Bolívar, vinculada en calidad de auxiliar de investigación del semillero perteneciente al grupo “Derechos Humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas” de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia, en la línea de investigación “Perspectivas y retos del Derecho Constitucional y Administrativo” Email: aidamarieth15@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4894-3000>

Keywords

Social state of law, anthropology, sociology, political and legal sciences.

ABSTRACT

One of the central categories of state models over the last hundred years has been the idea of the state that delves into the social. However, such development has not been at all peaceful, it has been the product of the tensions and apories between social demands and the capacity of the State to achieve its legitimacy. In order to understand the complexity of this phenomenon, the object of this book chapter was to carry out a broad analysis of the Social Rule of Law from a metajurídica perspective, which took into account the different interdisciplinary and trans-disciplinary readings that explain this figure, apart from the advances of law. The approach of such study was of qualitative cut, and consequently of epistemological historical hermeneutic nature. For the methodological materialization of the described approach, a rigorous analysis of text was necessary. As a result, it is evident in the subtitles of the present work, the different views, from anthropology, sociology, political sciences and the juridical world.

INTRODUCCIÓN

La existencia del Estado Social de Derecho ha de constituirse en la reciente historia de nuestra contemporaneidad como la salida más progresista del Estado en los últimos cien años a las diferentes tensiones sociales del siglo XIX, XX y del presente. En tal sentido, dicho progresismo ha de interpretarse como una versión recargada del Estado de Derecho o una autopoiesis (Rodríguez & Torre, 2003) de este, o en el mejor de los casos como una superación de este, pero invirtiendo las cargas de responsabilidad. Esta nueva responsabilidad implicaría cambiar el centro de cohesión social del Estado-Nación, pues ya no serían los súbditos o en su mejor versión los ciudadanos los que debieran respeto y obediencia ciega al Estado y a la ley (Rodríguez & Ruiz, 2010, p. 201), sino que dicho Estado se centraría en la satisfacción de las demandas o necesidades sociales a través de la prestación de las herramientas para posibilitar el desarrollo pleno del ser humano. En este orden de ideas se dice que el Estado Social de Derecho es un Estado antropocéntrico, pues ubica como epicentro del Estado al ser humano y la naturaleza; y en sentido amplio la sociedad la cual sin duda corresponde a este en términos de legitimidad en la medida que se encuentra representada en los fines esencial que ha determinado ese modelo de Estado (Prada, 2012, p. 36).

Pensar en el Estado Social de Derecho por sí solo no implica problema alguno, no obstante comprenderlo resulta en palabras del profesor francés Edgar Morin (citado por Soto, 1999, p.14) profundamente complejo, de tal forma que resultan pertinentes las siguientes preguntas problemas ¿Es suficientes

una interpretación jurídica del Estado Social de Derecho para llegar a comprenderlo? ¿Desde qué perspectivas disciplinar se podría comprender mejor el Estado Social de Derecho? O ¿Es posible la comprensión del Estado Social de Derecho a partir de una mirada metajurídica? Es decir, más allá de los postulados clásicos y abundantes del derecho que han escrito sobre el tema. Frente a esto último se plantea en este trabajo varias perspectivas de análisis como la sociológica, las ciencias políticas, la antropológica y la economía que permiten comprender interdisciplinariamente -en mejor forma- la existencia del Estado Social de Derecho, ayudados por supuesto de una interpretación del mundo jurídico. Así las cosas, el presente capítulo tiene como propósito realizar un análisis que permita comprender desde diferentes perspectivas del conocimiento o interdisciplinarias el fenómeno del Estado Social de Derecho y sus multiplex vicisitudes a lo largo de mas de un siglo de existencia

Para tal propósito, se pretende en cinco partes desarrollar el presente capítulo. En el primero se realizará un acercamiento sustancial a los antecedentes del Estado Social de Derecho, en el segundo de ellos, se realizará un análisis sociológico que permita explicar los hechos sociales que posibilitaron los cambios sustanciales en el orden social y demandaron en efecto una nueva relación con el Estado. Sociológicamente se entiende como orden social el estudio inductivo de los fenómenos sociales, que observan la relación normal de los efectos y las causas que produce una estabilidad en tal modo regular, que se considera como el orden de las cosas sociales, el cual se compara con esa misma estabilidad, y con ese mismo orden que resulta de la

eficacia de las leyes universales de la Sociedad (De Hostos, 1904, pp. 83-84). En un tercer momento y no muy lejano de lo perspectiva sociológica se considera que las ciencias políticas a partir de las tensiones del poder, y en consecuencia de la política permiten entender porque el Estado Social de Derecho es una reconfiguración del poder.

En un cuarto momento de análisis, se asumirá una perspectiva económica innegable para comprender los cambios esenciales del paso del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, y en efecto de la génesis desde la economía; y por último, como garante de lo acordado o de la evolución de todo lo anterior el derecho con su respaldo no solo coercitivo, sino como garantía constitucional ha de ser necesaria para comprender la solides de los diferentes consensos nacidos en el seno del Estado Social de Derecho, que, si bien para algunos podría ya estar superado, para otros apenas empieza y en algunos países todavía lamentablemente no ha llegado.

METODOLOGÍA

Esta investigación se fundamenta epistemológicamente en el paradigma histórico hermenéutico, pues su finalidad es comprender ampliamente las características, de la naturaleza de la corte constitucional colombiana en todas sus dimensiones, En este sentido, el fenómeno objeto de estudio, es abordado desde diferentes tratadistas, escuelas y corrientes teóricas, que se refieren al tema de investigación. De igual forma, se estima abordar la presente investigación a través del método inductivo que desentrañe las diferentes perspectivas jurisdiccionales de la

Corte Constitucional. Por su parte, el enfoque metodológico empleado para la investigación se cimienta en el enfoque mixto o total. No obstante, es este avance de investigación solo da cuenta parcialmente de los progresos cualitativos. Esta última, resulta necesario ante la complejidad teórica del objeto de estudio, donde sus categorías ameritan de un riguroso análisis hermenéutico para su comprensión. En cuanto al desarrollo de los métodos a utilizar en esta tesis doctoral se tendrán en cuenta. El método hermenéutico, el análisis de contenido y los grupos focales. En este caso el segundo de los métodos descritos resulta determinante en este estudio.

ANTECEDENTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La génesis esencial del Estado Social de Derecho es el Estado de derecho. En este el individuo es estrictamente particularidad, o individual, y se constituye en el centro de la vida política y social. Su plena realización o auto despliegue es el fin último de las agendas políticas. El principio de legalidad y sus valores fundantes – libertad, igualdad y seguridad jurídicas – logran limitar el ejercicio de la autoridad que tiene el poder político sobre los individuos. El lugar central de la particularidad es hoy en día, después de la derrota del socialismo realmente existente, un hito cuyo desplome no parece estar a la vista. (Quintero, 2002, p. 64).

Por su parte la idea de Estado Social, propiamente tiene su origen, como la del Estado de derecho en Alemania y entre sus precursores más notables debe mencionarse a Lorenz Von Stein (1815-1890), para quien

el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles (Villar, 2007, p. 85) Sin embargo, para Silva (2012), el Estado Social de Derecho surge con posterioridad a la superación del Estado Liberal, donde los derechos han de adquirir una dimensión e interpretación diferente, buscando la realización de una vida en relación con el conglomerado social, donde se hace mutuo el auto interés de protección bajo el principio de solidaridad frente a los ataques de terceros. Los derechos en óptica social ya no son determinados, en tanto se centran en la protección de cada uno de los miembros de la sociedad según sus necesidades, pudiéndose exigir al Estado la garantía de ciertos derechos prestacionales. Se trata de derechos que garantizan a la persona un mínimo de bienestar, que lo ampare de la miseria y le proporcione condiciones mejores que las que tenía en el Estado de Naturaleza, además de mitigar la desigualdad de clases (Atria, 2005, citado por Silva, 2012, p. 146).

La llegada a la idea del Estado Social de Derecho, es la muestra infinita de la necesidad de reconocernos en la diferencia, de saber que no somos iguales y de comprender que la igualdad no puede ser formal debe ser conforme a la desigualdad para equiparar las cargas de la diferencia humana. Por ello, la evolución que se plantea respecto del contenido de los derechos liberales parte de los principios de igualdad, fraternidad y libertad, propios de la Revolución Francesa; al considerarse al marginado como un ciudadano más con derechos y deberes. En esta forma surgen la asistencia social y el Estado toma como una obligación inherente a su propia concepción, la protección de los desvalidos. En

este momento histórico ubicado en los albores del siglo XIX, el mundo se encuentra ante una acción benéfico-asistencial que da respuesta a necesidades de tipo material de primera necesidad; más no se pretende eliminar la situación de marginación, considerando que la desigualdad es un elemento propio de la sociedad (Valverde, 1988, citado por Silva, 2012, p. 147); se resalta que esta concepción de derechos se orienta más a los ideales de beneficencia o caridad, dejando de lado el concepto de dignidad humana (Valverde citado por Silva 2012, p. 147), se trata de una intervención filantrópico asistencial aleatoria que no ataca los factores que generan la miseria sino solo sus síntomas visibles. En este recorrido histórico con el aumento de los sectores marginados en las grandes ciudades, debido a una industrialización vertiginosa en la segunda mitad del siglo XIX, y la migración masiva sin mayor planeación, se genera un nuevo avance en el campo de los derechos sociales, impulsados por la iniciativa del movimiento obrero, que genera una forma propia de protección social a los trabajadores, basada en el principio de previsión social frente a los riesgos de enfermedad, paro e invalidez, como precursores del Sistema de Seguridad Social. Su primera manifestación se produce en la Alemania de Bismarck en 1881 (Ferrari, 2012, p. 4).

En suma, las condiciones históricas en las que se configura el Estado Social de Derecho, surgen con la crisis social y política del Estado liberal desde mediados del siglo XIX y prolongada durante todo el siglo XX, a causa del individualismo y el abstencionismo estatal que obligando a diseñar políticas de bienestar social para paliar la difícil situación social de las clases trabajadoras. (Rodríguez &

Ibarra, 2009, p. 10). Como se ha descrito es Alemania durante el gobierno del Canciller Bismarck, quien promulga las primeras leyes de seguridad social y más tarde se consagran en la constitución de Weimar, los derechos sociales y económicos adquiriendo rango constitucional, pero por ausencia de desarrollo legislativo quedaron como simples cláusulas formales. (Rodríguez & Ibarra, 2009, p. 10).

UNA LECTURA SOCIOLÓGICA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Una comprensión sociológica al Estado Social Derecho centra su análisis en lo que se denomina fundamentalmente sociología industrial o sociología de la organización, pues siendo esta una de los diferentes objetos de estudio de la sociología, es sin duda alguna la forma como mejor se ha de entender algunos cambios importantes en el orden social constituido que permiten que la sociología explica la figura del Estado Social de Derecho. Para tal fin, se parte del nacimiento del Estado de Derecho, que se construyó después de la revolución francesa (BreWer-Carías, 2011, p.128), Dicho Estado como es bien comprendido se desarrolló durante el siglo decimonónico. No obstante, su desarrollo no fue idílico, tuvo muchos tropiezos en su trasegar desde los difíciles acuerdos internos y externos en la construcción de los Estados nación pasando por las diferentes guerras civiles internas que lucharon con los vestigios del viejo estamento gubernamental (Forero, 2009). Pero si bien existieron dificultades, también es cierto que en el siglo XIX se dieron avances sociales importantes, uno de ellos, es sin duda la revolución industrial y con ello, los procesos migratorios del campo a las fábricas en las ciudades, lo cual afectaría ruidosamente

la tranquilidad de las ciudades incipientes de aquella época y modificaría los hábitos y costumbres de muchos pueblos donde habría de llegar el desarrollo industrial (Míguez, 2009).

De esta forma se llega a una modificación de la cotidianidad, y con ello, el desarrollo desenfrenado de un progreso que desconocería la condición humana, con el fin de maximizar la producción. Por ello, en aquellos tiempos se hablaba de capitalismo salvaje, pues el desarrollo en sí, se había vuelto despiadado con la fuerza de trabajo de sus empleados desprotegidos de cualquier derecho, no por ineficaces, sino porque simplemente no había garantías jurídicas que pudieran establecer límites a la explotación del hombre por el hombre.

En otros términos, como asegura Aura Parra (2006):

Quando usted le pone un adjetivo a un sustantivo, el sustantivo sigue siendo el sustantivo, por lo tanto, si usted dice capitalismo salvaje, capitalismo solidario, capitalismo con rostro humano o capitalismo del siglo XXI, los adjetivos cambian, pero el núcleo sigue siendo el mismo. Hago énfasis en este aspecto porque es esta la manera de diferenciar capitalismo de socialismo. ¿Qué es lo que quiere decir capitalismo? Lo que quiere decir capitalismo es que de alguna manera usted va a preocuparse por el aumento del capital (p. 86).

Esto explica porque el siglo XIX bailo con el adjetivo más cruel del capitalismo, el salvaje, razón está que sería causa suficiente para que mujeres y hombres del siglo XX reivindicaran nuevas formas de desarrollo en

las relaciones laboral con el fin de superar las contradicciones y desventajas en contra de los trabajadores decimonónicos. En consecuencia, el Estado Social de Derecho es la respuesta al abuso del progreso, y con ello se buscó la posibilidad de humanizar las relaciones de trabajo a través del otorgamiento de beneficios derivados del esfuerzo laboral. En este sentido las prestaciones sociales o de la seguridad social buscaron y siguen buscando hoy que el trabajador no solo tenga salario como prestación de su trabajo, sino unos beneficios extras del esfuerzo derivados de sus labores.

En tal dinámica la jornada laboral se disminuyó y pasa hacer algo razonable, los ambientes de trabajo se modificaron para que la producción rindiera mejor a partir de tal mejoramiento de las condiciones laborales. En este sentido, los trabajos sociológicos de Max Weber (citado por (Duek, 2012) propone investigar el trabajo industrial desde la perspectiva de la economía, lo que para él significa, explícitamente, desde el criterio de la rentabilidad. Quiere determinar cuáles son los fundamentos de las diferencias de aptitudes laborales entre los obreros (origen social, cultural, étnico, geográfico, educación, caracteres hereditarios), cómo son sus rendimientos individuales y cómo son esos trabajadores, en definitiva, rentables para las empresas (p.78).

UNA MIRADA DESDE LAS CIENCIAS POLÍTICAS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En este punto se pretende explicar desde la ciencia del poder (ciencias políticas) la existencia del Estado Social de derecho, el cual, tiene que ver con los intereses políticos

que se esconden en el fondo de tal modelo. Para tal propósito, desde esta perspectiva de las ciencias políticas ha de tener mínimo dos (2) explicaciones; una relacionada con las tensiones que se dieron en el periodo llamado entre guerra, es decir entre la primera y la segunda guerra mundial; y una segunda que se explica desde la guerra fría entre Estados Unidos y la antigua Unión Soviética. Como bien se sabe en los registros históricos, finalizada la Primera Guerra Mundial los alemanes la perdieron, y fue así, como este país resultó condenado en el tratado de Versalles y como efecto de estos dos hechos le permitió a la izquierda Alemania (Monedero, s.f) llegar al poder y con ello instaurar una nueva constitución. De esta forma, se recuerda la famosa constitución de Weimar de 1919 (Restrepo, 2015). ¿Por qué fue famosa esta constitución? ¿Dónde radica su importancia? En respuesta a lo planteado la constitución de Weimar fue la primera carta política que asume decididamente un corte estrictamente social, lo que significó que fue la primera en vivenciar lo que el teórico alemán Herman Héller describe y determinaría como Estado Social de Derecho, el cual no es más que una “reacción directa al Positivismo extremo, al Fascismo y al Colectivismo que se generaba en Europa en los años veinte. Se constituye este Estado en la fórmula salvadora de la estabilidad de la propia Democracia” (Gómez, 2006, p. 79).

Ahora bien, ¿porque entre guerra, seda esta figura? Se produce como consecuencia de la progresiva distinción entre izquierdas y derecho. No obstante, como bien se ha explicado en los antecedentes del Estado Social de Derecho, la materialización de este modelo no depende de las banderas, ni del

color racial, depende de la grandeza de la voluntad, sin esta no hay acción y en efecto no hay historia que contar. Las izquierdas y las derechas (Bobbio, 1995) permiten sin embargo hacer una distinción pedagógica del Estado Social de Derecho, por una parte, las izquierdas buscan mayor empatía en el valor de la igualdad y el bien común, los derechos solidifican la idea que el Estado puede proveerlo todo, pero siempre y cuando prime el valor del orden y el respeto a la autoridad del líder. Lo anterior se da en el contexto del desarrollo de la revolución bolchevique de la URSS de José Stalin, en contra posición de la derecha del fascismo italiano en cabeza del duce Benito de Mussolini (Lozano, 2012), quien logro condensar en su autoridad la figura del Estado, pero con el otorgamiento notorio de un bienestar para sus ciudadanos, es mas en las oscuras relaciones del Fascismo se reconoce por estos el Estado de Vaticano (Leoni, 1983).

En resumen las izquierdas asumen una camisa llamada Estado Social y las derechas una camisa aunque no expresa del modelo social, si una camisa que la hacen sentir para la cohesión social de la postura ideológica que defienden, de un modelo de Estado con gran asistencialismo social, sin olvidar por supuesto lo que una década después aria Adolfo Hitler en la Alemania Nazi, que nació en parte como fruto del pauperismo de la sociedad alemana y el incumplimiento de las promesas de la constitución de Weimar, y le permitió al Führer alemán una amplia satisfacción de las demandas sociales (Leidenfrost, s.f), sobre la base de una economía de guerra donde seguramente los ciudadanos alemanes no eran conscientes de su devenir en aquellos años de los olímpicos de Berlin de 1936 (Solar, 2011).

De otra parte, una segunda explicación metajurica sobre el Estado Social de Derecho, se desprende del periodo de posguerra, o como dirían los más crudos escritores de la memoria histórica, después del horror de Auschwitz o del holocausto judío en aquellos tiempos del “non, rien de rien, non, je ne regrette rien” de Edit Piaf, para pasar a los tiempos de “La Vie en rose” de la misma cantante francesa. Vida en rosa que traería un nuevo renacer, prosperidad y unas ganas de vivir nunca antes descripta ¡pero! Que no duraría mucho, se vendría para la posterioridad las tensiones en el seno de la guerra entre la URSS y EE. UU, tensión que permite comprender teóricamente el Estado social de Derecho desde el postulado clásico de Nicolás de Maquiavelo, para quien no existes más razón de ser después de conquistado el poder, que mantener el poder (Fernández, 2015) ¿Cómo era posible estos? Pues sin duda era diáfano, el Estado debía ser benefactor, el estado debía preverlo todo entregar bienestar y evitar a toda costa descontento social que permitieran brotes de sublevación y descontento social, que pudieran cuestionar la legitimidad del poder Estatal (Rodríguez, 2012)

UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Desde esta perspectiva metajurídica, el Estado Social de Derecho surge como una respuesta de superación del modelo económico del Estado liberal Burgués, el cual no es otro que el mismo Estado de Derecho, pero con la connotación económica liberal ¿Qué implicaciones tuvo en su momento tal concepción liberal-burgués?

Permitió una distinción inconciliable entre la esfera de lo público y la esfera de lo privado, en lo que se refiere a las instituciones políticas y jurídicas: la misión del Estado se circunscribía a los casos que no podían ser resueltos por la iniciativa particular. Sus funciones eran de coyuntura: administración de justicia, policía y ejército. La burguesía que reivindicó los derechos de propiedad y libertad, derechos con contenido prioritariamente económico, asumió los derechos políticos en nombre del pueblo o de la nación, pero no en ejercicio de intereses colectivos sino propios. Esta sociedad promovió en el individuo la actitud de “un ser capaz”, suficiente para la transformación de su realidad y de su entorno social; para ello contaba no sólo con la razón, sino con la autonomía de su voluntad, lo que promovió una actitud de optimismo en la constante búsqueda del conocimiento. Esta sociedad no entrará sólo en una crisis económica sino también, en una crisis política: la crisis y la quiebra de la democracia liberal. De los 28 Estados Europeos sólo 12 preservan la democracia hacia el año de 1938 y sólo 5 la conservarán en 1941 (Gómez, 2006, p.76).

Este modelo si bien también es hijo de la “liberté” francesa, no fue capaz de cumplir las promesas por la cual fue creado de modo que las crisis que presentaría en el siglo XX harían necesariamente que dicho modelo de estado sufriera una metamorfosis. En este sentido, los registros de esta crisis se ubican según María Cristina Gómez (2006) en tres procesos

que pusieron fin a los valores del modelo económico del Estado Liberal Burgués:

La aparición de las ideologías antisistema (comunismo, variantes autoritarias y’ fascismo); el avance de las fuerzas irracionales es en las construcciones científicas y filosóficas que asestaban un duro golpe a la creencia en un orden racional en el mundo. “Las funciones que en la tarea cognoscitiva correspondían a la razón, la abstracción y el principio de la causalidad son ahora desempeñadas por la relatividad y el vitalismo, a la vez que se redescubre el valor de la intuición y el instinto”, y el inadecuado funcionamiento del sistema económico internacional que pretendía restaurar el modelo de desarrollo capitalista de la preguerra. La gran depresión anuncia el fin de la economía capitalista mundial” A los procesos anteriores se les suma la crisis de Europa; su supremacía entra en declive luego de la primera guerra mundial. Por esta época anterior a la guerra, Europa dominaba la economía mundial gracias al poder financiero de Londres y la fuerza industrial y comercial de Berlín, luego de esta guerra el poder económico y financiero se traslada a Estados Unidos (New York y Chicago). Aparece el americanismo como cultura a imitar que trasciende del sistema productivo al sistema de consumo (p. 76)

Ahora bien, desde las correcciones internas del modelo liberal no asumirían literalmente el modelo de Estado Social de Derecho, sino otras denominaciones como Estado de Bienestar, o de Welfare State. Este modelo fue

defendido principalmente por Keynes, que defendía la posibilidad de una mutación de la política estatal por vía democrática respetando la economía de mercado capitalista (Carvajal, & Guzmán, 2017)., así como el derecho de propiedad sobre los bienes de producción. Se acepta, no obstante, un abandono del dogma del viejo Estado Liberal-Burgues *laissez faire* y se asume una intervención de los poderes públicos en el proceso económico tendiente a un incremento constante de la producción, que permita garantizar el pleno empleo y el aumento de las rentas de trabajo (Sánchez, Quintero & Ardila, 1995, pp. 81-82).

Otra perspectiva contraria a la precedida afirma que el Estado Social de derecho nace de la gran crisis económica sufrida por el sistema capitalista mundial de 1929, que se replanteo nuevas relaciones entre el Estado y los procesos económicos del mercado, produciéndose un viraje hacia el intervencionismo de Estado para conjurar la crisis y proteger a los sectores más débiles de la sociedad, de esta forma se perfila un nuevo modelo de Estado conocido como Estado Bienestar. (Rodríguez & Ibarra, 2009, p. 10). Adicionalmente a lo predicado, se afirma que las teorías económicas Keynesianas y las formulaciones jurídicas del jurista Hermann Heller en su obra *¿Estado de Derecho O Dictadura?* Sirven de soporte teórico de lo que se conoció más tarde como Estado Bienestar. Heller se propone darle unas nuevas dimensiones al Estado de derecho, incorporando elementos de la seguridad social (derechos laborales y políticas distributivas) con el objeto de salvar la civilización (Rodríguez & Ibarra, 2009, p. 10). Si nos preguntamos ¿lo anterior que es? Seguramente en términos de materialización

se está hablando del mismísimo Estado Social de Derecho, no obstante, para otros quizás, se está en una profunda equivocación y se estaría hablando de una evolución del modelo liberal burgués, ósea del modelo neoliberal, el cual:

Mantiene un hilo conductor con el liberalismo clásico y decimonónico, sin embargo, es la respuesta a circunstancias concretas al interior del sistema-mundo capitalista, producidas por la disputa por la regulación entre la planificación y el libre mercado surgida a inicios del siglo XX y que cobran fuerza luego de la crisis del capitalismo de 1929-32 (...). El neoliberalismo, como tal, nace en su disputa contra la planificación expresada en dos formas: como planificación central (estado socialista), o como planificación descentralizada (estado de bienestar). Es decir, en la coyuntura histórica del New Deal del Presidente Roosevelt (1935), el Plan Beveridge, de Churchill (1942), y la planificación centralizada de la URSS, y los planes quinquenales de los años treinta (GOSPLAN). (Dávalos, s.f.)

UNA OBSERVANCIA JURÍDICA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Por su parte, la versión jurídica del Estado Social de Derecho tiene varios rostros y en consecuencia multiplex interpretaciones, siendo una de ellas y en efecto, una de las más sobresalientes la derivada de la evolución de los Derechos Humanos y la democracia occidental después de los profundos horrores de la razón durante la Segunda Guerra Mundial. En el primero de los casos, se llega al Estado Social de derecho gracias a la superación de los derechos fundamentales

de primera generación. Ambos para ser comprendidos en su evolución necesitan ser comprendidos a partir de la necesidad de legitimidad del Estado. Así las cosas, los derechos fundamentales de primera generación, se comprenden como derechos civiles y políticos, también se conocen como derechos de libertades, por ello vemos que de ellos se desprenden derechos como libre desarrollo de la personalidad, libertad de culto, libertad de conciencia, libertad de asociación, libertad de locomoción, libertad de expresión y otras formas de manifestación de las libertades. Como bien se sabe la libertad implica un derecho político, de tal forma que de ahí se desprende su denominación de derechos civiles y políticos. En cuanto a la civil, es en respuesta al estatus de ciudadanos reconocidos en la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, el cual superó la peyorativa e insignificante concepción de súbditos que se había generalizado siglos atrás en las monarquías absolutistas.

Estos derechos civiles y políticos no se pueden interpretar al margen de los derechos económicos y culturales, pues los primeros son condición para la observancia de los segundos. Cuando uno de ellos es violado, los demás también lo son. Los Derechos Humanos componen, así, una unidad indivisible, interdependiente e interrelacionada, capaz de conjugar el catálogo de derechos civiles y políticos con el catálogo de derechos sociales, económicos y culturales. Así pues, se consagra la concepción integral de los Derechos Humanos (Piovesan, 2003). Continuando con Flavia Piovesan (2003) la violación a los derechos económicos, sociales y culturales propicia la violación a los derechos civiles y políticos, puesto que la vulnerabilidad

económico social lleva a la vulnerabilidad de los derechos civiles y políticos (p. 22). O como dice Amartya Sen (1999, citado por Piovesan, 2003) “La negación de la libertad económica, bajo la forma de la pobreza extrema, hace a la persona vulnerable a violaciones de otras formas de libertad. (...) La negación de la libertad económica implica la negación de la libertad social y política” (p. 38).

Pero ¿cómo se llega al reconocimiento de derechos? Se llega a través de la necesidad de justificación del poder del Estado, en lo que históricamente se conoce como legitimidad. En tal sentido, El Estado Social de Derecho es una respuesta al desgaste y a la incapacidad del Estado de justificarse a través del reconocimiento de los derechos civiles y políticos a los ciudadanos. En este caso, el Estado Social de Derecho es el resultado de la necesidad de reconocer más derechos acordes a las nuevas necesidades sociales. Verbigracia para un ciudadano del siglo XX ya no es suficiente que el estado le reconozca derechos de libertades, sino tiene la posibilidad de tener trabajo, salud y educación. Estas últimas características, tratan de responder a las necesidades y reclamos colectivos, de ahí su sinónimo como derechos de reclamación. El otro rostro jurídico del Estado Social de Derecho, se comprende desde la democracia. En esta lógica el estado social de derecho es la materialización de la democracia y en efecto la superación de la democracia formal, estrechamente vinculada a la versión ortodoxa de Estado de Derecho.

Sin distraer, solo centrándonos en la democracia para comprender el Estado Social de Derecho, vemos que la evolución de esta marca la pauta de quiebre en la superación

de la representación democrática por una participación democrática, que no es más que la ampliación de los canales de participación directa de la ciudadanía. En la lógica mental de Bastidas (2009), esto permite:

La realización de la justicia por medio de la libertad política y la igualdad económica, mediante la configuración democrática y pluralista del poder público. Se trata de un Estado Constitucional, Republicano – Democrático, con cuatro elementos clave: una res pública, que ha roto el tipo de reino dinástico con un republicanismo democrático; una ley fundamental que legitima y limita el poder estatal, la Constitución, creada normalmente por una asamblea constituyente que reclama una prioridad frente a otras leyes; una estructura basada en la división de poderes y un catálogo de derechos fundamentales (p.50).

Sumado a lo anterior, el Estado Social de Derecho introduce un catálogo amplio de mecanismo de participación ciudadana como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa popular, la revocatoria del mandato, entre otros que no figuran expresamente como mecanismo de participación ciudadana pero que indudablemente responden al espíritu de una ciudadanía viva, como son la acción de cumplimiento, la acción de repetición, la acción de tutela, el derecho de petición, la acción de constitucionalidad, la consulta popular y de grupo; y porque no la consulta previa (Cifuentes Sandoval., Herrera Tapias., Mantilla Grande, & Carvajal Muñoz, 2018),

como el reconocimiento especial a las minorías étnicas de un país pluralista y multiétnico. (Valencia, 2012).

Si se observa en detalle, solo faltó el voto, sin embargo, no se nombra este debido a que es el mecanismo alfa y omega de la democracia, que ha viajado a lo larga de la historia de este y sin el cual difícilmente podríamos ponernos de acuerdo sobre lo que se pretende decidir y lo decidido. Aunque su criterio mayoritario no implica necesariamente acuerdos racionales, es indispensable para hacer memoria del cierre de una discusión, mas allá de buscar la racionalidad de los acuerdos en la democracia procedimental de los profesores alemanes Jürgen Habermas (Mejía, 1997) y Robert Alexy (Sobrevilla, 2007). En suma, la democracia permite que los ciudadanos:

Se encuentran provistos de derechos de participación política, las leyes sólo se consideran válidas cuando cuentan a su favor con la presunción, garantizada por vía de participación democrática, de que expresan un interés general y de que, por tanto, todos los afectados tendrían que poder asentir a ellas. Esta exigencia es satisfecha mediante un procedimiento que liga la legislación a un proceso de decisión parlamentaria y a la discusión pública. La juridificación del proceso de legitimación se implanta en forma de derecho de voto, universal e igual, y de reconocimiento de la libertad de organizar y pertenecer a asociaciones y partidos políticos (Habermas, 1999, p. 509).

En suma, no hay mejor forma de hacer realidad un Estado Social de Derecho que a través del ofrecimiento amplio de un catálogo

de mecanismo de participación ciudadana donde los posibles afectados por las normas que gobiernan dicho Estado, participen en las normas que posiblemente los pudieran afectar o beneficiar.

CONCLUSIONES

Una de las primeras conclusiones a las que se llega en este estudio, es que la figura del Estado social de derecho nace de las insuficiencias del Estado de Derecho, lo que explica por qué el proyecto ilustrado en abstracto condensado en este último tarde que temprano entraría en crisis, y como consecuencia, habría la necesidad de pensar en un adjetivo más para el Estado moderno para evitar el colapso, si es que no colapsó con la Segunda Guerra Mundial y como respuesta a ello, emergió el Estado Social de Derecho.

Otra de las conclusiones y quizás no menos importante que las demás, estriba en que la materialización del Estado de Derecho, no es del siglo XX, creo que aquí hay un grave error cronológico, y por lo tanto una negación a los hechos tangibles de la historia. En este sentido, el siglo XX fue el siglo de la teorización del Estado Social de Derecho, no obstante, la versión o la preocupación gubernamental por hacer del Estado algo social ya se había gestado en el siglo XIX desde los tiempos del canciller Bismarck

Ahora se concluye, que muy a pesar de respuesta de materialización del Estado Social en el siglo decimonónico, también es cierto que en aquel tiempo la dinámica en términos sociológicos de la sociedad se dispara gracias a los progresos acelerados de la industria o de lo que se llamaría el fenómeno de la revolución

industrial, los cuales no fueron para nada noble con la clase trabajadora emergente que bien describe Karl Max como proletariado y del cual omitimos en este ensayo por cuestiones de tiempo y simplemente porque para Marx no tiene sentido el Estado y en consecuencia no sería lógico hablar de Estado Social de Derecho desde una perspectiva marxista. En este sentido, el siglo XIX se dieron avances importantes, sin embargo, dichos avances se dieron al margen de la humanización, de modo que se dio una profunda instrumentalización de las relaciones de trabajo sin importar los aspectos sociales que se acentuarían más adelante en el reclamo colectivo (Herrera, 2014).

De otra parte, desde la perspectiva de las ciencias políticas el Estado Social de Derecho es una reacción a las tensiones ideológicas entre izquierda y derecha por las conquistas del poder y por el mantenimiento del poder que se explica en dos fases, una la tensión entre guerra entre bolchevique vs fascistas y Nazis; y posteriormente superada la segunda Guerra Mundial, entre la URSS vs los EE. UU en aquello que se denominó como Guerra Fría hasta la caída del Muro de Berlín.

Otra de las conclusiones de mucho valor en este ensayo se deriva desde la perspectiva económica. En este plano como bien se recordará se asegura que el Estado Social de Derecho es una respuesta a la crisis del Estado Liberal burgués, visto con la insuficiencia del Estado para sostener el *laissez faire*, de manera que debido esto se dio una reingeniería al modelo económico del Estado y en consecuencia para mantenerse y superar la crisis debió asumir una mayor carga prestacional no en cabeza de los

derechos civiles y políticos, sino en cabeza de los derechos fundamentales de segunda generación.

Finalmente, el Estado Social de Derecho es observado desde una lectura estrictamente jurídica y con ella dos formas de comprensión, una desde los Derechos Humanos y la otra desde la democracia. En la primera queda claro que la progresividad de los Derechos Humanos permite legitimar el Estado, por ellos se pasa de los Derechos Civiles y políticos hacia los derechos sociales, ubicados en el modelo del Estado Social de Derecho. En el caso del segundo, la democracia es uno de los baluartes más poderosos del Estado Social de Derecho, pues en este contexto se da una profundización de la democracia (Rodríguez-Burgos, Martínez, & Rodríguez-Serpa, 2017) a través de la apertura de los canales de participación democrática, los cuales como se observó en sentido amplio van más allá de los estrictamente reconocidos como mecanismos de participación democrática e involucra otros acción o garantías constitucionales que permiten en términos materiales la realización del Estado Social de Derecho.

REFERENCIAS

- Bastidas, P. (2009). El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. En: Revista *Via Iuris*, núm. 7, pp. 45-59
- Bobbio, N. (1995). *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*. Editorial Taurus.
- BreWer-Carías, A. (2011). Los aportes de la revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX. En: *Ars Boni et Aequi* AÑO 7 Num 2, pp. 111 – 142
- Carvajal, J. & Guzmán, A. (2017). Economía de mercado y democracia: elementos para una crítica al discurso del desarrollo promovido por las Instituciones Financieras Internacionales. En *Justicia*, 31, 116-134. <http://dx.doi.org/10.17081/just.22.31.2602>
- Cifuentes Sandoval, G., Herrera Tapias, B., Mantilla Grande, L. & Carvajal Muñoz, P. (2018). La consulta previa en la jurisprudencia constitucional de Colombia: Análisis de línea entre 1997-2015. *Revista Justicia*, 23(33), 11-36. <https://doi.org/10.17081/just.23.33.2872>
- Dávalos, P. (s.f). Neoliberalismo político y Estado social de derecho. Extraído de <https://www.puce.edu.ec/documentos/NeoliberalismoyEstadosocialdederecho.pdf>. [Descargado el 28 de diciembre de 2017]
- Duek, M. (2012). El trabajo industrial en la perspectiva de Max Weber. Una confrontación con el enfoque marxista. En *Revista Conflicto Social*. Vol. 5 Num 7, pp. 69-89
- De Hostos, E. (1904)- *Tratado de Sociología*., Madrid. Imprenta De Bailly-Bailliere É Hijos Calle de la Cava alta, numero. 5, pp. 83-84
- Gómez, M. (2006). La historia del Estado Social de Derecho. De la serie Sombras: Sombrilla para aguas Néctar Mejía. Análisis de la doctrina de la Corte Constitucional Colombiana 1992-2003, inscrito en el CODI - Universidad de Antioquia.
- Fernández, J. (2015). *La Filosofía Política según Maquiavelo. Guía de estudio para estudiantes de Grado en Filosofía*. Madrid.
- Ferrari, D. (2012). *Aplicación de los principios de la seguridad social*. Universidad de Chile. facultad de derecho escuela de derecho.

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

- Forero, J. (2009). La formación de los Estados-nación modernos: modelos y enfoques interpretativos desde la perspectiva comparada. *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*. Vol. 36, Num 1, pp. 229-250
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid. Editorial Taurus.
- Herrera, B. (2014). Las acciones colectivas en Colombia frente a una realidad global: El derecho de consumo. En: *Justicia*, No. 25 - pp. 70-81.
- Leoni, F. (1983). El disenso católico en Italia durante el fascismo. En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 35.
- Lozano, A. (2012). *Mussolini y el fascismo italiano*. Editorial Marcial Pons Historia.
- Leidenfrost, R. (s.f). La vida alemana bajo Adolf Hitler. El relato verídico de un testigo de la época. Traducido por la Editorial Streicher.
- Mejía, O. (1997). La Teoría del Derecho y la Democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung. En *Ideas y valores*.
- Miguez, P. (2009). El nacimiento del estado moderno y los orígenes de la economía política Nómadas, Vol. 22, Núm. 2.
- Monedero, J. (s.f). *Sistema Político de la República Federal de Alemania*. Extraído de <http://www.juancarlosmonedero.org/wp-content/uploads/2013/07/Sistema-Político-de-la-República-Federal-de-Alemania.pdf> [Consultado el 5 de enero de 2018].
- Parra, A. (2006). El capitalismo debe tomar en cuenta la condición moral y espiritual de la gente *Compendium*, Vol. 9, Núm. 16, pp. 83-89
- Piovesan, F. (2003). Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos. Este texto se basa en la conferencia “Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos”, proferida en São Paulo, el 27 de mayo de 2003, en el III Coloquio Internacional de Derechos Humanos, cuyo tema central fue “Estado de derecho y construcción de la paz”.
- Prada, A. (2012). Antropocentrismo Jurídico: Perspectivas desde la filosofía del derecho ambiental. En: *Revista Criterio Libre Jurídico*. Num 17, pp. 29-43
- Quintero, D. (2002). El carácter normativo del estado social de derecho en Colombia. *Revista Precedente*.
- Restrepo, J. (2015). El Estado alemán durante la República de Weimar. En *Revista en Historia General Medellín*. Núm 1 pp.78-89
- Rodríguez-Burgos, K., Martínez, A. & Rodríguez-Serpa, F. (2017). Estudio empírico sobre los valores democráticos de tolerancia y respeto en la generación milenaria. En *Justicia*, 31, 135-150. <http://dx.doi.org/10.17081/just.22.31.2603>
- Rodríguez, D. & Torre, J. (2003). Autopoiesis, la unidad de una diferencia: Luhmann y Maturana. *Revista Dossier. Sociología porte alegre*. Año 5. Vol 9, pp 106-140
- Rodríguez, F. & Ruiz, P. (2010). De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho. En *Revista Republicana* Num 9, pp. 199- 215
- Rodríguez, I. & Ibarra, J. (2009). Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho. *Justicia Juris*, Vol 10, pp. 9-13.
- Rodríguez, J. (2012). La metateoría de la legitimidad del Estado Moderno. En *Revista Justicia* Num 21, pp 79-89
- Sánchez, F; Quintero, H & Ardila, J. (1995). *Modelo económico para un Estado Social De Derecho -caso colombiano*. Tesis de grado. Universidad de Antioquia. Facultad de derecho y ciencias políticas Medellín.

- Sobrevilla, D. (2007). La concepción habermasiana del derecho. Comentarios críticos En *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 563-579
- Solar, L. (2011). Nazismo y deporte. Los juegos olímpicos de Berlín, en 1936. En; *Revista Citius, Altius, Fortius*, 4 (1), pp. 73-106
- Soto, M. (1999). Edgar Morin. Complejidad y sujeto humano. Tesis doctoral. Universidad de Valladolid. España.
- Valencia, B. (2012). Los mecanismos constitucionales de participación ciudadana como herramientas de control social y político utilizados por la comunidad y los habitantes del municipio de filadelfia caldas.
- Villar, L. (2007). Estado de derecho y estado social de derecho. En: *Revista Derecho del Estado*. Num 20.

CAPÍTULO 5

EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA PROHIBICIÓN DEL DELITO DE TORTURA

David de Jesús Aníbal Guerra

Claudia Llinas Torres

Nadin Madera Arias



EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LA PROHIBICIÓN DEL DELITO DE TORTURA¹

David de Jesús Aníbal Guerra², Claudia Llinas Torres³, Nadin Madera Arias⁴

RESUMEN

Palabras claves

Derecho
penal, derecho
internacional, bien
jurídico, tortura,
Derechos Humanos

El presente trabajo se deriva de la investigación jurídica denominada: El bien jurídico tutelado del delito de tortura en la perspectiva penal latinoamericana. La obra aborda el estudio del impacto jurídico que se genera en los eventos en que desde el derecho penal se establecen bienes jurídicos al delito de tortura que no son compatibles con los bienes jurídicos que se reconocen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que en dicha distorsión se puede generar la responsabilidad del Estado por su inobservancia al deber de adoptar disposiciones de derecho interno de conformidad con el mandato derivado de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Para el desarrollo de la temática se partió de una introducción a la temática para, luego, realizar un análisis de las normas y de la jurisprudencia internacional que se refieren a la tortura. Posteriormente, se abordó la teoría del bien jurídico desde la perspectiva penal, para culminar con un examen detallado de los bienes jurídicos que en los distintos códigos penales de Latinoamérica se han establecido para proscribir la tortura. La metodología empleada para la investigación científica que originó este resultado de investigación, fue liderada bajo los lineamientos del paradigma hermenéutico en conjunto con el enfoque cualitativo y el método inductivo. El diseño o tradición de investigación empleado fue el de la teoría fundamentada y como técnicas de recolección de la información se emplearon la observación, el análisis de contenido y la entrevista.

-
1. Capítulo de libro derivado de investigación científica
 2. Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar, Especialista en Derechos Humanos de la Escuela Superior de Administración Pública de Bogotá, Magister en Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá, Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Belloso Chacín. Docente-Investigador Asociado y escritor. Abogado litigante. Correo: danibal@unisimonbolivar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1671-8469>
 3. Abogada egresada de la Universidad del Atlántico, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar Humanos de la Universidad de Alcalá, Candidata a Doctora en Ciencias de la Educación de la Universidad Simón Bolívar. Docente-Investigador Asociado y escritora. Abogada litigante. Email: cllinas5@unisimonbolivar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2710-4358>
 4. Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Docente-investigador y escritor. Abogado litigante. Email: nadin_madera@corposucre.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1998-3284>

Keywords

Criminal law,
international law,
legal good, torture,
human rights

ABSTRACT

This work is derived from the legal investigation called: The legal good protected from the crime of torture in the Latin American criminal perspective. The work deals with the study of the legal impact that is generated in the events in which from the criminal law legal assets are established to the crime of torture that are not compatible with the legal assets that are recognized in International Human Rights Law and, which Such distortion may generate the State's responsibility for its failure to comply with the provisions of domestic law in accordance with the mandate derived from international human rights treaties. For the development of the theme, we will start by introducing the proposed theme and then perform an analysis of the norms and international jurisprudence that refer to torture. Subsequently, the theory of legal good will be approached from the criminal perspective, to culminate with a detailed examination of the legal assets that have been established in the various criminal codes of Latin America to outlaw torture. The methodology used for scientific research that originated this research result was led under the guidelines of the hermeneutical paradigm in conjunction with the qualitative approach and the inductive method. The research design or tradition used was that of grounded theory and as information collection techniques, observation, content analysis and interviewing were used.

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores anhelos deseados por la humanidad, ha sido el reconocimiento de los Derechos Humanos como límite al actuar del Estado y su poder punitivo. Desde la conquista de los Derechos Humanos en la modernidad y, su apogeo en la edad contemporánea, estos se han mostrado como un escudo que impide que la intervención del Estado en la persona humana sea injustificada, desproporcional e inadmisibles. Es decir, los Derechos Humanos han podido ser entendidos hoy en día, como el primer criterio de legitimidad de la actuación Estatal, cuestión esta que se ve reforzada por un derecho constitucional ligado a las bases de la dignidad humana, en el cual, no solo se busca que las actuaciones del Estado se produzcan dentro de un marco normativo, sino que, además, ese actuar no detrimento en manera alguna la dignidad del ser humano y, a la vez que, se vea al Estado como una construcción al servicio de las personas sujetas a su jurisdicción a través del deber de respetar y garantizar los derechos.

Es por lo anterior, que, dentro del deber de garantizar, los Estados deben determinarse a decidir sobre las medidas más convenientes para el libre y eficaz ejercicio de los Derechos Humanos y, para ello, deben tener en cuentas sus obligaciones internacionales y la manera en que estas inciden en el ordenamiento jurídico interno. De tal suerte que, la acción estatal no es ajena al derecho internacional. Ahora bien, como quiera que el objeto de estudio en este trabajo recae sobre la prohibición del delito de tortura se considera que dentro de las medidas tendientes a garantizar los Derechos Humanos, se deben disponer de medidas legislativas que

se encuentren a tono con el efecto útil de cada figura de derecho y, que a su vez, la medida no sea incompatible con el derecho internacional, ya que de serlo, se puede llegar a comprometer la responsabilidad estatal en un caso de violación de Derechos Humanos por la indebida adecuación del ordenamiento jurídico interno al internacional a sabiendas de la vinculatoriedad del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

En ese orden de ideas, al realizar un examen sobre los códigos penales de los países de la región en relación con la prohibición del delito de tortura, se observa una discusión en torno al bien jurídico tutelado que se protege al penalizar esta conducta, encontrándose como resultado que no existe un criterio uniforme para dicho asunto y, que el mismo, tampoco tiene en cuenta el bien jurídico que desde el derecho internacional de los Derechos Humanos se protege.

NORMAS INTERNACIONALES DE LA PROHIBICIÓN DEL DELITO DE TORTURA, SENTIDO Y ALCANCE

En materia de instrumentos de Derechos Humanos que prohíben la tortura y resultan aplicables sea por vía interpretativa, cuasi jurisdiccional o jurisdiccional, a los países que conforman la región latinoamericana, se pueden mencionar seis:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político de 1966,

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969,
4. La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1975,
5. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes de 1984 y,
6. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.

De estos seis instrumentos solo tres precisan que entender por el termino tortura. Estos son a saber: 1) La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1975; 2) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes de 1984 y, 3) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985. Estos instrumentos, al definir la tortura lo hacen de manera similar a través de una serie de requisitos: Un primer requisito es el objetivo o material y, comprende, la realización de un acto o método, se aclara en este punto que, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, también considera como tortura la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. intencionado y destinado a producir penas, dolores o sufrimientos, sean físicos o mentales, importante mencionar que:

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles,

Inhumanos o Degradantes de 1975 y, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes de 1984, emplean la expresión penas, dolores o sufrimientos “Graves”. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, no emplea dicho termino, razón por la cual apoyado en el principio *pro personae* y en la doctrina *iusinternacionalista*, nos apoyaremos en la interpretación más benéfica que resulte a la prohibición de la tortura.

El segundo requisito es el teleológico. Es decir, la finalidad que se persigue con el empleo de la tortura sobre la persona, la cual a su vez puede ser:

1. Obtener una información o una confesión,
2. Castigar a una persona por un acto cometido o que se sospeche se ha cometido,
3. Intimidar o coaccionar a una persona o a otras,
4. Investigación criminal,
5. Servir como medio intimidatorio,
6. Servir como medida preventiva,
7. Cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación y,
8. Cualquier otro fin (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2014a).

Un tercer elemento es el subjetivo, lo cual se traduce en que la tortura para efectos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede ser cometida por:

1. Un funcionario público,

2. Cualquier persona en ejercicio de funciones públicas,
3. Particulares sometidos a instigación de funcionario público o, cualquier persona en ejercicio de funciones públicas y,
4. Particulares que cuenten con la aquiescencia de funcionario público o, cualquier persona en ejercicio de funciones públicas.

El cuarto requisito, la condición de vulnerabilidad de la víctima durante la duración de los procesos, empleado por algunos Tribunales Internacionales en materia de Derechos Humanos, permite tener en cuenta a la hora de estudiar un posible caso de tortura, una serie de factores como la edad (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], 2004a), el sexo (Corte IDH, 2006b), el estado psíquico y mental, el grado de escolaridad y la cosmovisión cultural de la víctima (Corte IDH, 2011c), entre otros. Es de resaltarse, que estos requisitos son esenciales a la hora de determinar si una determinada violación de Derechos Humanos pertenece al grado de tortura o de otra conducta lesiva de la integridad personal. Ahora bien, estos requisitos no son limitables de las formas de tortura que puedan llegarse a producir en la actualidad, sino que, establecen un derrotero a través del cual se puede inferir razonadamente si se está en presencia de un caso de tortura o no (Corte IDH, 2016d).

Nótese que, la definición de tortura que, recogida por estos tres instrumentos, no categorizan puntualmente que acto específico puede considerarse por tortura y, que no debe entenderse o considerarse por ella. Ello ha sido una tarea que han desplegado, mayoritariamente, los órganos cuasi-

jurisdiccionales y jurisdiccionales en materia de Derechos Humanos. Sin perjuicio de lo anterior, se puede afirmar que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, se encuentran rigurosamente proscritos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, sea física o psicológica, pertenece al dominio del *jus cogens* internacional (Comité Contra la Tortura [CAT], 2008a; Corte IDH, 2015e). Cuestión que implica que, la alegada prohibición subsista aun en las circunstancias más difíciles dentro de un Estado, tales como: la guerra, la amenaza de guerra, la lucha contra el terrorismo y cualesquiera otras calamidades públicas (Corte IDH, 2006f; Corte IDH, 2015g).

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1978a; 2008b) ha establecido en casos como *Ireland vs. United Kingdom* y *Chitayev & Chitayev vs. Rusia* que, atendiendo al Convenio Europeo de Derechos Humanos se prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. Por ende, no se establece ninguna excepción, ni se admite derogación ni aun en el caso de un peligro público que amenace a la vida de la nación o, circunstancias que configuren el crimen organizado a gran escala (TEDH, 2000c; TEDH, 1999d; TEDH, 1996e; TEDH, 1992f). Bajo esos supuestos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha advertido que, la circunstancia de terrorismo por las cuales atraviere un Estado, no debe acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona (Corte IDH, 1997h). Razón por la cual, cada Estado está en el deber de prevenir e investigar los

actos de tortura cometidos bajo su jurisdicción (Corte IDH, 2016i).

Así las cosas, se puede puntualizar que en su posición de garante de los Derechos Humanos y, del correspondiente efecto vertical que de los mismos se predicen, el Estado tiene la obligación primaria de evitar que en su jurisdicción se cometan actos de tortura sobre cualquier persona, so pena, de ser responsable por el hecho ilícito. Haciendo referencia a la naturaleza y sentido de la prohibición de la tortura, con especial atención a los instrumentos de Derechos Humanos que la proscriben y, de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, se puede precisar que, lo que se busca proteger con esta prohibición es prioritariamente el derecho a la integridad personal (Corte IDH, 2016j). En efecto, ello se desprende del análisis estructural y finalista sobre:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,
2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y,
3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969;

De los cuales sus respectivos textos hacen alusión a la integridad personal, y no a otro bien jurídico diferente. Prueba de ello es que en sus Observaciones Generales No. 7 de 1982 y No. 20 de 1992, el Comité De Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precisa que la finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es: proteger la dignidad, la integridad física y mental de la persona; pronunciamiento este al que se le suman, los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH,

1995g), la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, la Comisión Interamericana De Derechos Humanos (Comisión Interamericana De Derechos Humanos [CIDH], 2001a), en sus respectivos instrumentos, en el sentido que, la prohibición de la tortura asegura la integridad física, psíquica y moral de la persona, y prohíbe la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares en esos atributos individuales (Corte IDH, 2011k).

En esa misma línea, el Comité Contra la Tortura ha sido del criterio que la finalidad que tiene la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes es, sin duda alguna, la prohibición del flagelo de la tortura, pero que a su vez el bien jurídico tutelado con la prohibición de dicha práctica es la integridad personal del individuo (CAT, 2008b). Igualmente, se han pronunciado tribunales domésticos como es el caso de Corte Constitucional de Colombia (CCCO, 1992a), la cual en sentencia C-587 señala:

(...) La tortura es una de las muchas formas como se puede vulnerar el derecho a la integridad personal. Los tratos y las penas crueles, inhumanas o degradantes son, por ejemplo, otras formas de vulnerar ese derecho (...).

El mismo Tribunal (CCCO, 2002b) en sentencia C-1076 señaló que, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura se encaminaba a proteger un derecho humano intangible, como lo es la integridad física y, que a su vez, gozaba de un contenido más garantista que el de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes (Pellet y Daillier, 1999; Díez de Velasco, 1999).

Por otra parte, y, con el ánimo de puntualizar en el alcance de los casos que dan origen a la tortura, debe precisarse en un primer lugar que, actos que anteriormente eran considerados como tratos crueles, inhumanos o degradantes, han podido alcanzar el grado de tortura. Muestra de ello, es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1981b) en uno de sus informes sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, detalló una lista de posibles conductas que pueden llegar a constituir tortura y, entre ellas se mencionan:

(...) plantones al sol en el día y al sereno en la noche; ahogamientos y sumergimientos en agua; aplicación del submarino; venda en los ojos hasta por doce, diez y siete y veinte días; vendado y amarrado por cuarenta y siete días en cimitarra; sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas; impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo; apisapiamenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos; colgaduras atado de las manos; prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos; simulacro de dispararles en la cabeza; esposados de las manos; tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos; incomunicación; palpitación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo; ejercicios hasta el agotamiento; permanencia desnudos y de pie; provocación de asfixia; lavadas; caminar de rodillas; torturas psicológicas; sumergimiento amarrados en un lago; quemaduras con cigarrillos; entre otras (...).

Seguidamente y, atendiendo a que según los tres instrumentos que definen la tortura, ésta puede comportar un sufrimiento psíquico o moral agudo sobre la víctima, se ha precisado que una forma de tortura psicológica es la mera amenaza de un peligro inminente sobre la vida o integridad de una persona. En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un trato inhumano (TEDH, 1982h). En esos términos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se existe violación a la integridad personal, no sólo el sufrimiento físico, sino, también, la angustia moral (TEDH, 1989i), ya que aun en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas, pueden ser considerados como tortura. El carácter degradante en esos eventos, se expresa en un sentimiento de miedo, ansia, inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (TEDHa).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, calificó la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una tortura psicológica (Comité de Derechos Humanos [CDH], 1983a), cuestión también avalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011).

En cuanto al tema, el Comité Contra la Tortura de las Naciones Unidas (2007c), ha extendido el alcance de la prohibición de la tortura a otras conductas que anteriormente no se señalaban como tal, ejemplo de esto es el caso *V.L vs. Suiza* en el cual el

comité señaló que la violación sexual hoy en día constituye un método moderno de tortura. Bajo esos mismos parámetros ya se habían tomado decisiones anteriormente en la esfera de algunos Tribunales Penales Internacionales, como es el caso de la Corte Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY, 2000) en el caso de Anto Furundzija, y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, 1994) en el caso de Jean Paul Akayesu. El atraso en adoptar este delito como nuevo método de tortura, se dio por el carácter prematuro de estos tribunales penales internacionales que optaron por tomar dicha consideración atendiendo en que en sus respectivos estatutos la violación sexual es un crimen de lesa humanidad.

A raíz de lo anterior, otros organismos internacionales han adoptado esta postura, de entre los cuales se resaltan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2004a) en el caso *M.C vs. Bulgaria*; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Ana, Beatriz y Cecilia Gonzales Pérez vs. México (2001a) y, la Corte Interamericana De Derechos Humanos (2006b; 2011c; 2016d) en los casos del Penal Miguel Castro Castro Vs Perú, Rosendo Cantú vs México y Espinoza Gonzales vs Perú, afirmando que, la violación sexual constituye una afectación a la integridad física, psíquica y moral de la víctima, toda vez que es realizada dolosamente y sin su consentimiento. Cuestión última que produce un sufrimiento físico y mental a la víctima (Corte IDH, 2004m; Corte IDH, 2004n; Corte IDH, 2003o) que perdura en el tiempo ocasionando un trauma psicológico que resulta, del hecho de ser humillada y victimizada (CIDH, 2001a). Por ello, se ha entendido que la violación sexual es una

experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias (Comisión de Derechos Humanos [CDDHH], 1995) y deja a la víctima humillada física y emocionalmente (TEDH, 1997j). En ese sentido el Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura ha señalado que la violación sexual es uno de los métodos de tortura física, utilizada en algunos casos para castigar, intimidar y humillar. Por todo lo anterior, puede concluirse que se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura que, abarcan un abanico de nuevas conductas en busca de proteger la integridad personal del individuo y combatir la impunidad en estos casos.

TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA PENAL

El derecho penal puede ser comprendido como aquella parte del Derecho que se encarga de estudiar las conductas constitutivas de delitos y las sanciones que a estas se les puedan endilgar en calidad de pena. En el entendido de Jiménez de Asúa, el derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora (Jiménez, 1950).

Por su parte, Cervini (2016) considera que el derecho penal es el que se ocupa de estudiar el conjunto de infracciones que afectan gravemente el orden social sin una razón en derecho y, que, por tal cuestión, son merecedoras de sanción. En ese mismo

sentido, Sánchez (2016) es del criterio que el derecho penal es el sector del ordenamiento jurídico o el conjunto de normas jurídicas que define delitos y faltas y prevé o asocia como consecuencia de la comisión de dichos delitos o faltas la imposición de penas y otras consecuencias penales o se trata del sector del ordenamiento jurídico que contiene las reglas jurídicas relativas a las infracciones penales y sus correspondientes consecuencias jurídicas. Requena y Díaz (2015) afirman que el objeto de estudio del derecho penal lo constituyen los hechos y omisiones que la ley reprocha y los considera como delitos.

Lo cierto es que, para cumplir con su cometido, el derecho penal se vale de normas que incluyen una serie de elementos y que, a su vez, cumplen con unas funciones que demuestran su legitimidad y necesidad dentro de la política criminal de un Estado. En términos generales, la norma penal tiene un precepto y una sanción. Por el primero, se entiende la descripción taxativa del comportamiento que resulta repudiable y al que se le considera delito; es la acción u omisión prohibida objeto de sanción. La sanción por su parte, es la pena que acarrea el delito y que, implica un juicio de reproche. De estos elementos se puede observar que, la norma penal no se libra al azar, ni es producto de los caprichos del legislador. Ella, “es el fruto de un raciocinio basado en circunstancias que dan origen a la inclusión de determinada conducta como delito y que, además, cumple una función” (Zugaldia, 1993, pp. 55). Es decir, se trata de una fuente material.

Dentro de las funciones que cumple la norma penal, se pueden señalar tres. La primera, una función valorativa que se

traduce en que la norma penal se somete objetivamente a una “estimación de valor negativo, producto de la conducta que ella considere indeseada por afectar bienes jurídicos de vital importancia. Se hace referencia aquí, de una valoración negativa que tiene en cuenta el daño merecedor de la pena criminal”. (Fernández, 2011a, p. 227).

La segunda una función motivadora que, se dirige a los destinatarios de la norma penal con “capacidad de orientarse a la comprensión de la misma. Es decir, de adecuar su comportamiento a los que la norma prohíbe, para lo cual, el destinatario ha de internalizarla y aceptarla para así dirigir su conducta al querer del legislador”. (Fernández, 2011a, p. 229). Por último, la norma cumple una función protectora que, se traduce, en “lo que busca la norma preservar a través de las prohibiciones que ella crea. En resumidas cuentas, ello es, un bien jurídico”. (Muñoz, 2001a, p.93).

Origen y concepto del bien jurídico

“La teoría del bien jurídico aparece en el siglo XIX con una motivación liberal y con la visible intención de limitar la obra del legislador penal” (Antolisei, 1939, p. 3), describe el “catálogo de hechos susceptibles de pena únicamente a lo socialmente dañoso” (Stella, 1973, p. 4). “Este concepto fue acuñado por J.M.F Birnbaum en 1834 y, se le ha identificado como “derecho subjetivo, ligado a la idea de interés vital”. (Álvarez, 1991, p. 5). En otros términos, “el bien jurídico puede ser entendido como la base necesaria que requieren las personas para su autorrealización en la vida social” (Muñoz, 2001, p. 91) o, como el “punto de partida y la idea que preside la formación del tipo,

cuyo objetivo es lograr mantener custodiados intereses supremos” (Hans, 1981, p. 350). El bien jurídico, no se refiere a cualquier bien; como bien apunta Fernández Carrasquilla (2011), “se trata de un bien del derecho justo, necesario por el desenvolvimiento de la sociedad y de los individuos que en ella coexisten”. (p. 296).

El bien jurídico se denomina de formas diversas, tales como: “derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico” (Pisapia, 1965, p.43). Asimismo, algunos autores identifican el bien jurídico tutelado como “todo valor de la vida humana protegida por el derecho” (Cobo, 1988, p. 249). No es otra cosa que, el querer del legislador de darle protección a ciertos valores del ser humano o de la sociedad, y que se conviertan en intereses generales dentro del Estado, pero que, a su vez, dichos bienes jurídicos han de ser protegidos y definidos no únicamente por el contexto social que requiere de intervención del legislador a fin de evitar daños al individuo, sino, por los compromisos adquiridos en virtud de normas supranacionales. En otros términos, es definir el bien objeto de protección desde la esfera del contexto social, sin desligarse de las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos que, para ciertas prohibiciones, han determinado bienes jurídicos.

Bienes jurídicos protegidos en Latinoamérica con la prohibición del delito de tortura

De lo expuesto anteriormente, se ha afirmado que la normatividad internacional para la prohibición de la práctica de la tortura ha establecido un bien jurídico tutelado, el

cual es, la integridad personal. Sin embargo, se ha observado que los códigos penales de la región que fueron abordados en este estudio, difieren abiertamente de dicho bien jurídico. Asimismo, se nota que existe una posición mayoritaria en considerar que con la prohibición del delito de tortura debe ampararse la libertad individual. Ejemplo de estos códigos penales son los de: Colombia, Argentina, Bolivia, Guatemala y Honduras, entre otros.

Otros códigos sugieren que con la prohibición de la tortura debe ampararse a la humanidad. Ejemplo de estos países son: Perú y Uruguay. A su vez, países como Costa Rica y República Dominicana *-Protege a particulares ligándolo a la integridad personal-*, sugieren que el bien jurídico a tutelar con la prohibición de la tortura es la integridad personal. En Chile, la Integridad moral; en el Salvador los derechos y garantías fundamentales de las personas; en Nicaragua el orden internacional; en Paraguay, las funciones del Estado; otros países no tienen tipificado aun el delito o por lo menos, lo tienen subsumido a otra conducta. Para determinar el bien jurídico adecuado a tutelar, con la prohibición del delito de tortura en la perspectiva penal latinoamericana, se partirá por estudiar los distintos bienes jurídicos que nos ofrecen los códigos penales de los países abordados, para así pronunciarse al respecto.

Libertad personal

Frente a la posición mayoritaria de países que, con la prohibición de la tortura amparan el derecho a la libertad personal. En este trabajo se disiente respetuosamente de tal posición. Para ello, se hará las precisiones al respecto. La libertad personal es la facultad

que tiene toda persona humana al desarrollo de su potestad personal, es decir, al desarrollo de sus potencialidades como individuo para el cumplimiento de su proyecto vital. Es un “principio y derecho fundante que comprende, la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás, ni entrañen abuso de los propios”. (CCCO, 2001c). Se trata de un derecho subjetivo, que “abarca todas las manifestaciones de la libertad constitucionalmente protegibles, no específicamente protegidas por derechos fundamentales autónomos”. (Cámara, 2012, p. 8). Al igual que los demás derechos, es susceptible de limitación, razón por la cual, toda interferencia que se haga sobre el mismo debe ajustarse a lo contemplado en los convenios internacionales y en la ley.

Este derecho, se encuentra establecido en múltiples instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De él, hace mención la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en su artículo 5 y la Carta de Banjul en su artículo 6.

De los mencionados instrumentos, se desprenden una serie de garantías específicas en cuanto a este derecho, tales como: 1) la prohibición de detenciones o encarcelamientos ilegales y arbitrarios (Corte IDH, 2012p); 2) el deber de informársele a una persona, las

razones de su detención y a recibir notificación oportuna de los cargos que se le formulan (Corte IDH, 2008q); 3) la facultad de ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (Corte IDH, 2008r); 4) la facultad de ser juzgado dentro de un plazo razonable; 5) el derecho de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que se decida, sin demora, sobre la legalidad del arresto o de la detención y a que se ordene la libertad si el arresto o la detención fueran ilegales (Corte IDH, 2008s); 6) la prohibición de ser detenido por deudas y, 7) el derecho a contar con asistencia consular, en el caso de extranjeros detenidos en el país receptor (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares [CVRC], 1967).

Dichas garantías específicas, “han permitido establecer un consenso en el sentido de que el contenido esencial de este derecho, es la protección de la libertad del individuo” (O’Donnel, 2004, p. 280) contra la “interferencia arbitraria o ilegal del Estado” (CDH, 1982b), y a su vez, la “garantía del Derecho de defensa del detenido” (Corte IDH, 2012t).

En referencia a este derecho, y la prohibición de la tortura, se concuerda en este trabajo por lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH, 2001c), el cual, ha señalado que para aquellos que han sido privados de su libertad, el artículo 10 del Pacto es quien complementa la prohibición de tortura y no, el artículo 7 del mismo. Según el Comité, las personas privadas de libertad, gozan del derecho positivo de ser tratados con respeto. Esta disposición implica que, los detenidos no pueden ser sometidos a

penurias o a limitaciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad; razón por la cual, debe garantizarse el respeto de la dignidad a los privados de la libertad en las mismas condiciones que a las personas libres (CDH, 1992d).

Asimismo, del análisis de la jurisprudencia citada (CDH, 1992d) se observa que, comúnmente se aplica a las condiciones generales de detención, el artículo 10.1 del Pacto y, se reserva, la aplicación del artículo 7 del mismo para aquellas situaciones en las que un individuo sufre ataques específicos a su integridad personal. Ejemplo de ello, es que en el caso *Kennedy Vs. Trinidad y Tobago*, el Comité estimó que:

Las golpizas a las que fue sometida la víctima por parte de la policía, mientras se encontraba privada de libertad, constituían una violación del artículo 7 del Pacto-*integridad personal*-; mientras que las condiciones generales en las que se encontraba detenido, que incluían hacinamiento durante la etapa de prisión preventiva y la incomunicación coactiva, violaban el artículo 10.1 del mismo (CDH, 2002e).

Seguidamente, en su Observación General No. 35 aprobada en su 107° periodo de sesiones de 2013, el Comité (CDH, 2014f), haciendo una interpretación del derecho a la libertad y seguridad personal establece que:

El derecho a la seguridad personal es independiente del derecho a la libertad personal y, protege a las personas de no ser lesionados en el cuerpo o en la integridad personal, estén éstas o no privadas de su libertad por parte de la autoridad pública. En esa misma

oportunidad, el Comité insiste, tal y como lo hizo en su observación general No. 7 y en la observación general No. 20 que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protege a las personas de no ser objetos de tortura, entendiendo por esta última, una conducta que afecta la integridad personal.

Por lo expuesto, se disiente con los códigos penales que sugieren tutelar el derecho a la libertad personal con la prohibición de la tortura. Ello, toda vez que se podría concluir de forma errónea, que una persona que no se encuentre privada de su libertad no pueda ser objeto de esta práctica aberrante; estableciéndose así, un límite inapropiado para esta forma de conducta. Máxime, cuando ni la normatividad internacional ni la jurisprudencia hasta ahora existente, en la materia, condicionan la procedibilidad de la tortura previa privación de la libertad.

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD O DE LESA HUMANIDAD

En la actualidad, dos códigos penales latinoamericanos consideran que, con la prohibición de la tortura, se tutelan los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad. Estos son a saber: el código penal de la República del Perú y, el código penal de la República de Uruguay. Como bien es sabido, por el término crimen de lesa humanidad, se puede hacer referencia a aquellos actos delictivos que, por su naturaleza monstruosa, ofenden o injurian a toda la raza humana en su conjunto (Rueda, 2001). Sobre este tipo de crimen, se hace referencia en la Carta de Londres de 1945, en la cual, se establecieron las reglas que se observarían

en los juicios de Núremberg. En su contenido material, la Carta dispuso que el Tribunal de Núremberg fuera competente para conocer de los crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz.

Respecto de los crímenes contra la humanidad, se encuentra una muy limitada definición en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, en su artículo 6.C que los define así: el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

Una definición sobreviniente a la anterior, se vislumbró con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el cual estableció en su artículo 5 que eran crímenes de lesa humanidad: 1) Asesinato; 2) Exterminio; 3) Esclavitud; 4) Deportación; 5) Encarcelamiento; 6) Tortura; 7) Violación; 8) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y, 9) Otros actos inhumanos. Sin embargo, para ser considerados crímenes de lesa humanidad, existía la condición que debían haber sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional. Cuestión que supondría, una remisión directa a las normas del derecho internacional humanitario y que, en últimas, podría haberseles confundido con los crímenes de guerra.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, en su artículo 3,

establece como crimen de lesa humanidad, aquellos que hayan sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso. Cabe resaltar que, este Estatuto también incluye como delitos de lesa humanidad, los que contempló el Estatuto del Tribunal Internacional para la EX Yugoslavia.

En cuanto a este punto y, observando que tanto la República del Perú como la Republica del Uruguay, son Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se considera necesario observar los requisitos que consagra el mencionado Estatuto, para que se configure un crimen de lesa humanidad. Respecto a ello, el Estatuto hace referencia a tres requisitos: 1) que se cometa un ataque generalizado o sistemático, 2) que el ataque se cometa contra la población civil y, 3) que exista conocimiento del ataque, es decir, de su entidad por quien lo ejecuta.

Atendiendo a lo expuesto, podemos afirmar que proteger con la prohibición de la tortura a la humanidad, de los crímenes que más la afecten a esta, es limitable de cualquier forma de tortura en estos países. La razón es sencilla, toda vez que, por un lado, la definición de crimen de lesa humanidad es propia del derecho internacional y no del derecho constitucional o nacional y, en los eventos en los cuales un determinado Estado pretenda definirlos, no puede hacerlo en contravía de instrumentos internacionales en detrimento de principios como el del *pacta sunt servanda*; por el otro, se descartaría toda comisión del delito de tortura, originado por fuera de los ataques generalizados o sistemáticos contra

la población civil y, con conocimiento de dicho ataque. En otras palabras, no existiría la posibilidad de poder hablar de la tortura ocurrida con ocasión de hechos aislados, cuestión última que generaría la impunidad frente a este tipo de situaciones.

INTEGRIDAD PERSONAL, INTEGRIDAD MORAL, DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS

Se decidió unir estos tres diferentes bienes jurídicos bajo un mismo análisis, dado que, corresponden a los tutelables con la prohibición del delito de tortura en Costa Rica, República Dominicana, Chile y el Salvador. El motivo de hacer este estudio conjunto, es por la estrecha relación que existe entre la integridad personal y la integridad moral, la cual se encuentra subsumida en la primera, pero que, ambas, se encuentran insertas en los derechos y garantías de las personas.

El derecho a la integridad personal, es un derecho innato al igual como acontece con los demás Derechos Humanos que se les reconocen a las personas. Con él, se busca el respeto y garantía de la integridad física, psíquica y moral, prohibiendo con ello, la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares en esos atributos individuales. Este derecho implica un sentido positivo derecho a gozar de integridad física, psicológica y moral, y un sentido negativo (CCCO, 1998d) el cual es el deber de no maltratar, no ofender, no torturar y no comprometer o agredir la integridad física y moral de las personas (TEDH, 1995g).

De conformidad con el contenido de este derecho en el Pacto de San José, así como en

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la integridad personal implica en consecuencia, el conjunto de condiciones que permiten que una persona pueda gozar de su vida, con plenitud de las funciones orgánicas, psíquicas y morales (Corte IDH, 2006). En el aspecto físico, la integridad personal hace referencia a la conservación del cuerpo humano en su forma anatómica y al equilibrio funcional y fisiológico de los diferentes órganos que lo integran. Este derecho protege la integridad física de las personas de ataques injustos contra el cuerpo o la salud, que produzcan incapacidad para trabajar o para desplazarse, o que le causen enfermedad, deformaciones físicas o mutilación a cualquiera de sus miembros (Pérez, 1991).

En lo concerniente al ámbito psicológico del ser humano, la integridad personal busca garantizar al individuo las plenas facultades mentales propias de su actividad cerebral, tales como la razón, la memoria, el entendimiento, la voluntad etc. El normal funcionamiento físico y psíquico de una persona asegura un despliegue de sus facultades humanas de una manera completa (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2001, p. 18). En el aspecto moral, la integridad se refiere a la autonomía del individuo para mantener, cambiar y desarrollar sus valores personales. Cualquier tipo de atentado que “humille y agrede moralmente a una persona, como los insultos, la trata de personas, la prostitución o las violaciones carnales, puede comprometer no solo la dimensión física y psicológica de un individuo, sino también la dimensión moral del mismo” (Reyes, 2001, p. 17).

Por su contenido, muchos instrumentos internacionales colocan a este derecho en el

núcleo inderogable de derechos que, no puede ser suspendido en casos de guerras, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia, o seguridad de un Estado. Respecto al derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos colocan a ésta, como una de las prohibiciones que afectan la integridad personal. Es decir, dentro del contenido de este derecho, se inserta la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, con el fin de que los Estados se comprometan a no torturar y, a garantizar que ni sus agentes ni los particulares afectaran este derecho. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012p; TEDH, 1995g), ha remarcado con especial énfasis que toda conducta constitutiva de tortura es violatoria del derecho a la integridad personal.

Por lo anterior, en este trabajo se comparte la idea de que, con la prohibición de la tortura, se ampara el derecho a la integridad personal en todas sus vertientes. Posición que, a nuestra vista, refleja una postura más garantista, al no exigir o requerir un condicionante previo para que pueda afectarse la integridad personal. Es decir, según los instrumentos de Derechos Humanos y la jurisprudencia citada, no es necesario que una persona se encuentre privada de su libertad para ser objeto de tortura, así como tampoco es requerido de que se deba cometerse el delito de manera sistemática o generalizada en contra de la población civil, ni con afectación a las funciones del Estado.

CONCLUSIONES

La tortura es un flagelo cuyos orígenes se remontan al comienzo de la historia de la humanidad. Ella, ha estado presente en todas las culturas que se han destacado por los logros que han alcanzado. En sus inicios, la tortura fue una pena que se derivaba de las conductas que, para los gobernantes eran una máxima ofensa; luego fue empleada con el fin de cumplir las exigencias de la iglesia y así lograr purgar los pecados. Con el advenimiento de la edad moderna, se observa uno de los más grandes cambios que permearon muchas instituciones y, resaltaron el valor del ser humano en la atención a su dignidad. Fruto de lo anterior, fue que en la edad contemporánea la tortura o penas crueles inhumanos o degradantes fuesen proscritas en todas sus vertientes.

Como garantía de dicha proscripción, se crearon una serie de instrumentos internacionales que garantizan la eliminación del flagelo de la tortura para toda la humanidad; instrumentos estos que, en su mayoría, forman parte del bloque de constitucionalidad de muchos Estados y, los cuales a su vez, exigen la aplicación de un control de convencionalidad. Los instrumentos de Derechos Humanos que prohíben la tortura, tutelan con esta prohibición el derecho a la integridad personal, toda vez que este protege al individuo en una dimensión física, psíquica y moral.

Razón por la cual, tutelar un derecho diferente con esta prohibición, impediría la persecución de este delito en la jurisdicción del Estado al no poderse demostrar la afectación del bien jurídico exigido por el legislador y, se haría imposible la investigación,

enjuiciamiento y castigo efectivo frente a este delito. Asimismo, ello generaría limitaciones al cumplimiento de los tratados internacionales de conformidad con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

REFERENCIAS

- Alain Pellet y Patrick Daillier. (1999). *Droit International Public*, París, Edit. LGDJ.
- Álvarez García, F.J. (1991). “Bien jurídico y Constitución”. Cuadernos de política criminal. No. 43.
- Antolisei, F. (1939). Il problema del bene giuridico. En *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Edit. Giuffrè, Milano.
- Cámara Arroyo, S. (2012). Libertad personal. Publicado en el diccionario de Derechos Humanos de la Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2012, pág. 8. disponible en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/21.
- Cervini, R. (2016). Derecho penal econômico. Concepto y bien jurídico. Instituto de Derecho Penal, (1).
- Cobo del Rosal, M. y Vives, A. (1988). Derecho penal. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, España.
- Comisión de Derechos Humanos. (1995). Cuestión de los Derechos Humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos.
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (1981b). Informe sobre los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.53. doc.22.
- Comisión Interamericana De Derechos Humanos. (2001a). Informe No. 53/01, caso 11.565 de Ana, Beatriz y Cecilia Gonzales Pérez vs México.
- Comité Contra La Tortura. (2007c). Caso V.L vs. Suiza.
- Comité Contra La Tortura. (2008a). Observación General No. 2.
- Comité Contra La Tortura. (2008b). Observaciones Finales del 43º periodo de sesiones respecto de ARZEBAIJAN.
- Comité de Derechos Humanos (2001c), Observación General N° 29. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7. C
- Comité de Derechos Humanos. (1982b). Observación general No. 8. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7
- Comité de Derechos Humanos. (1983a). Caso. Miguel Angel Estrella vs. Uruguay
- Comité de Derechos Humanos. (1992d). Observación General N° 21. UN Doc. RI/GEN/1/Rev.7.
- Comité de Derechos Humanos. (2002e). Case of Kennedy c. Trinidad y Tobago, Comunicación N° 845/1998.
- Comité de Derechos Humanos. (2014f). Observación General No. 35. UN DOC. CCPR/C/107/R.3.F
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. (1967).
- Corte Constitucional De Colombia. (1992a). Sentencia C-587.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998d). Sentencia T-427.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001c) Sentencia C - 774.
- Corte Constitucional De Colombia. (2002b) Sentencia C-1076.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997h). Caso Loayza Tamayo vs Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003o). Caso Maritza Urrutia vs Guatemala. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004m). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui vs Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004n). Caso Tibi vs Ecuador. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006b). Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006f). Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006u). Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008q). Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008r). Caso Bayarri Vs. Argentina. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008s). Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011c). Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011k). Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011l). Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012p). Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012t). Caso Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014a). Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015e). Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015g). Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016d). Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016i). Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016j). Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Fondo.
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2001). Derecho a la integridad, Bogotá, Colombia.
- Díez de Velasco, M. (1999). Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, España, Tecnos.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). Derecho penal parte general: principios y categorías dogmáticas, Bogotá, Ed. Ibañez.
- Jescheck Hans, H. (1981). Tratado de derecho penal, parte general. Traducción y adiciones de derecho penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. (1), Bosch, Barcelona.
- Jiménez de Asúa, L. (1950) Tratado de derecho penal, Tomo II. Filosofía y ley penal, Buenos Aires, editorial Losada S.A.
- Muñoz Conde, F. (2001). Introducción al derecho penal, buenos aires, Argentina. Euro Editores, 2º Ed.

- O'donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los sistemas Universal e Interamericano*, Bogotá, Colombia. Ed. Tierra Firme.
- Pérez, L. (1991). *Derecho Penal*. Bogotá, Colombia. Ed Temis.
- Pisapia, G. D. (1965). *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova.
- Requena, I. G. Amuchategui y Díaz, I. (2015). *Derecho penal. Banco de preguntas*. Oxford University Press.
- Reyes, A. (2001). *Derecho a la integridad*. Bogotá, Colombia.
- Rueda Fernández, C. (2001). *Delitos de derecho internacional: tipificación y represión internacional*. Madrid, España. Ed. Bosch.
- Sánchez, B. F. (2016). Sobre el contenido y la evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000. En *Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*.
- Stella, F. (1973). La teoría del bene giurídico. Fatti inoffensivi conformi al tipo. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1982h) Case of Campbell and Cosans. Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1989i). Case of Soering v. United Kingdom, Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1992f). Case of Tomasi v. France, Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1995g). Case of Ribitsch v. Austria, Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1996e). Case of Chahal v. United Kingdom, Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1997j). Case of Aydin v. Turkey (GC), Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1999d). Case of Selmouni v. France, Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2000c). Case of Labita v. Italy, Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2004a). Case of M.C vs. Bulgaria. Judgment.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2008b). Case of Chitayev & Chitayev vs. Rusia. Judgment.
- Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. (1998). Case of Prosecutor v. Anto Furudzija.
- Zugaldia Espinar, J. M. (1993). *Fundamentos del derecho penal*, Valencia, España.

CAPÍTULO 6

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN BAJO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Andrés Antonio Alarcón Lora
María José Anaya Luna



DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN BAJO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Andrés Antonio Alarcón Lora¹, María José Anaya Luna²

RESUMEN

Palabras clave

Protección,
proceso penal, ley,
jurisprudencia,
menores de edad.

En el presente escrito se realizó un análisis tanto normativo como jurisprudencial sobre los derechos de las víctimas bajo el proceso penal acusatorio, con el objetivo de identificar y analizar cuáles son las formas de garantizarlos y la efectividad de estos. Partiendo de la relevancia de que estas personas son de especial protección dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al presentarse casos dentro de nuestra sociedad en que se podrían ver vulnerados.

-
1. Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena, Líder del Semillero de Investigación “Reorganización Empresarial” adscrito al Grupo Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Jefe Departamento de Postgrados y Educación Continua, Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad de Cartagena - RUDE Colombia. Magister en Derecho Universidad del Norte, Especialista en Derecho Comercial Universidad Externado de Colombia. Email: analarcon28@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1297-7049>
 2. Estudiante de séptimo semestre del Programa de Derecho de la Universidad de Cartagena. Perteneciente al semillero “Reorganización Empresarial”, adscrito al Grupo de Investigación de Derecho del Trabajo y Seguridad Social bajo la dirección de Josefina Quintero Lyons. Email: Marijoanlu98@hotmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1050-1039>

Key words

Protection, criminal procedure, laws, jurisprudence, underage.

ABSTRACT

In the present article, it is an analysis from the law and the jurisprudence about the rights of the victims in the criminal process, with the objective of identifying and analyzing the ways of an effective guarantee of them. Starting from the relevance of the special protection of these people in our laws, are occurred some cases in our society when they could be violated.

INTRODUCCIÓN

Cuando nos encontramos con la noticia criminal, se advierte la presencia de distintos actores sobre los cuales recae la responsabilidad objeto de las consecuencias del ilícito, que deben responder con la pena impuesta por su actuación delictuosa y la víctima sobre la que pesa un daño producido a través del actuar de los responsables. En un sistema penal amparado por una constitución garantista como la colombiana, no solo se debe contemplar la pena en miras del respeto a los derechos de las personas, sino, la debida protección de derechos y el resarcimiento integral a las víctimas menores por el daño causado de tal forma que satisfagan las necesidades personales que surgen del injusto penal.

El Estado debe propender por una política de protección y resarcimiento efectivo de los derechos de los menores al ser de mayor interés tanto a nivel nacional como internacional por la circunstancia de debilidad manifiesta que los ampara, la víctima ha adquirido un papel importante en el proceso adversarial. Así pues, se busca una protección jurídica de esta en el proceso, teniendo en cuenta que muchas ocasiones la escasa diligencia de los actores en el curso del proceso. Para ser efectivos estos derechos pueden traer que el afectado desista o se retracte de sus declaraciones, el daño se perpetúe, exista impunidad, a veces se obvia por parte de los distintos actores dentro de un proceso, el procedimiento para conseguir de forma efectiva la garantía de los derechos e intereses, lo cual es objeto de esta investigación.

El desarrollo de la presente investigación tiene como presente el papel preponderante que tiene la víctima dentro de un proceso, y aún más si se trata de un menor de edad en los casos de violencia sexual contra su persona y la importancia que tiene la protección de sus derechos en la sociedad que vigila sobre la efectiva protección de estos. Por lo cual es importante el determinar las herramientas con las que cuenta para velar por el amparo de sus derechos, por lo tanto primeramente resulta conveniente definir el concepto de víctima tanto en la ley como en la jurisprudencia, su papel dentro de un proceso, las facultades de la fiscalía por mandato constitucional para la defensa de estos intereses, establecer mecanismos para la efectiva defensa de sus garantías, examinando las leyes, la jurisprudencia al respecto en este tipo de casos.

Para eso cabría preguntar ¿se aplican efectivamente las facultades y garantías y se protegen los derechos que contempla la ley para con las víctimas menores de edad en los casos de violación?, apreciando el contexto social se presentan casos en donde la lentitud de los procesos puede agravar sus condiciones, causar más perjuicio, conllevar a la impunidad, discriminar a la víctima, llegando a ser una situación de especial importancia en un estado social de derecho que consagra la constitución. ¿Qué facultades tiene la víctima menor de edad para hacer valer sus derechos en los casos de violación?, a raíz de tantas cuestiones la presente investigación se plantea como pregunta problema la siguiente: ¿en el proceso de la ley 906 de 2004 se garantizan efectivamente los Derechos fundamentales de los menores de edad en los casos de violación?, para darle cumplimiento a la pregunta

problema no trazamos como objetivo general, Estudiar de forma exhaustiva el proceso de la ley 906 y si esta efectivamente garantiza los derechos fundamentales de los menores en los casos de vulneración de los mismos, así mismo para materializar el objetivo general propuesto se diseñaron tres objetivos específico, establecer mediante estudio de la norma y jurisprudencia que mecanismos tienen las víctimas para las garantías de sus intereses en el curso de la investigación penal, establecer si el Estado ha propiciado una política para la protección de los Derechos Humanos de los menores identificando que medidas ha adoptado para investigar, castigar y reparar al menor de edad de un delito sexual.

METODOLOGÍA

El desarrollo de esta ponencia se desarrolla desde punto de vista jurídico, se enfoca desde el punto de vista dogmático, con el objetivo de analizar el marco normativo y jurisprudencial en el tratamiento de victimas menores de edad, sus derechos y facultades para proteger sus intereses, destacando aspectos fundamentales a lo largo del desarrollo de un proceso penal derivado de la comisión del delito que afecte contra la libertad sexual de la infancia. La técnica de recolección de información es la del análisis de información de carácter secundario.

LA VÍCTIMA

El origen de esta palabra tiene connotaciones religiosas, y a lo largo de la historia ha ido evolucionando dependiendo la forma de gobierno tratando de ser clasificada bajo distintas etiquetas dependiendo del ámbito social en que se encuentre, es necesario

precisar que no necesariamente una víctima es la que sufre un daño directo e inmediato porque pueden afectar no a una persona determinada sino a un colectivo, cabe destacar que esta figura es importante en las conductas delictivas que se encuentra en el opuesto de la relación con el victimario encontrándose una clara diferenciación entre estos. Se encuentra configurada esta figura en la Constitución de 1991, artículo 250 numeral 6 en donde señala como un deber de la Fiscalía “disponer del restablecimiento del derecho y los afectados por el delito”. Seguidamente su numeral 7 les otorga el carácter de intervinientes siendo una capacidad especial ya que pueden ejecutar las actividades tendientes a defender sus adquiere las mismas herramientas y relevancia que las partes.

Antes de la ley 906 de 2004 los derechos del sujeto pasivo se consagraban y regulaban a través de distintas jurisprudencias de la Corte Constitucional en donde esta figura estaba consagrada como una parte civil dentro del proceso penal, los derechos del sujeto pasivo de un delito son la verdad, justicia y reparación, que se instauraron desde el 2002 en el Acto legislativo 03 y fue desarrollado ampliamente por la Corte mereciendo la pena subrayar la sentencia c- 228 de 2002 que marca un antes y después en el tratamiento de la víctima durante el proceso, se la define como “la persona respecto a la cual se materializa el delito, se diferencia del termino perjudicando en que este comprende un alcance mucho mayor, es decir todo aquel que resulte afectado directamente por el delito”. Su intervención siguiendo a la Corte dentro de este proceso no puede reducirse solamente a pretensiones de carácter pecuniario, si no que va más allá y abarca todos los entornos

que rodean a la víctima. Ya en el 2004 cuando surge la ley 906, en su artículo 132 consagra: “Se entiende por victimas las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derecho que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto”.

A partir de este punto se manifiesta la Corte Constitucional en otra serie de jurisprudencias respecto a la consagración de la víctima en el proceso penal destacando la C-370 de 2006 como “la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste o del delito que lo ocasiona” agrega también que el grado de consanguinidad deja de ser el factor más importante para definir a las personas legitimadas para intervenir en el proceso penal. Por su parte la sentencia C-209 de 2007 consagra los derechos de las víctimas al determinar:

Que quien ostenta los derechos de verdad justicia y reparación como consecuencia de haber sido perjudicados por un delito que genere un daño real, concreto y específico no necesariamente patrimonial, esto se ha sostenido tanto en procesos penales como en otras jurisdicciones. La víctima a su vez tiene el derecho a acceder a la administración de justicia, a la reparación integral, así como a obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para obtener la reparación del daño ocasionado con el delito.

En reciente pronunciamientos como en la sentencia T-347/13 los derechos de las víctimas se reconocen al punto en que sus

intereses dentro del proceso penal influyen en los fines del proceso que deben apuntar al restablecimiento de la paz social.

JUSTICIA RESTAURATIVA

Dentro de la ley 906/04 se propende hacia una justicia restaurativa siguiendo los lineamientos internacionales, que no solo abarca pretensiones monetarias, también reparaciones simbólicas, tratamientos psicológicos, busca que la reparación sea acorde a los perjuicios causados, por esta razón consagra distintos mecanismos como la mediación, conciliación procesal y el incidente de reparación integral. En su artículo 518 la definiría como:

Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. En búsqueda de una forma más efectiva de retribución entre las partes de manera alterna al proceso penal que busca la restauración de la dignidad de la víctima, reincorporar al sujeto activo dentro de la sociedad, reparar el daño; se pronuncia al respecto la Corte en sentencia C-979 de 2005:

La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario. El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituiría una especie de consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.

A su vez la justicia restaurativa implica no solo la resocialización, sino la condena al delincuente siguiendo a Ketarina Bach “la afrontación del daño por parte de la víctima y la racionalización de la conducta preventiva para la sociedad.”

MEDIACIÓN

Consagrada en el artículo 523 del código de procedimiento penal la podríamos definir como el intercambio de opiniones frente un afectado y un ofensor ante un 3º neutral en lo referente a la restauración, reparación, restitución de los perjuicios; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o el ofrecimiento de disculpas.

Debe ser de libre concurrencia de las partes, y la pueden pedir ambas ante fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento dependiendo de en qué etapa del proceso se encuentra, el termino para pedirla es desde la formulación de la imputación hasta antes de la audiencia de juicio oral, aplicable tanto a delitos de carácter querellables como los que se persiguen de oficio que su pena no exceda los 5 años. Su uso excluye al incidente de

reparación integral ya que ambos apuntan a un mismo objetivo.

CONCILIACIÓN

Se aplica en el ámbito de los delitos que son investigados a petición del agraviado como un requisito de procedibilidad. Es un acuerdo que realiza tanto la víctima como el victimario para superar los conflictos a través de unos compromisos que adquieren las partes. La conciliación puede ser antes del proceso cuando son celebradas antes de la audiencia de formulación de la imputación y procesal cuando es posterior a esta (Sentencia C-975/2005).

Puede surtirse ante fiscal y si se llegare a un acuerdo se archiva en caso contrario se inicia la acción penal. La conciliación realizada dentro del incidente de reparación integral puede considerarse como un mecanismo de la justicia restaurativa. Este incidente propicio a una conciliación entre las partes y en caso tal de que fracase tal conciliación el juez decide de plano según las pruebas presentadas ambas formas de terminación del incidente se incluirán en la sentencia condenatoria (Sentencia C-975/2005). Siguiendo lo planteado en la sentencia C-228 de 2002 se señalan los 3 tres derechos fundamentales de una víctima en el proceso que son el de verdad, justicia y reparación.

DERECHO A LA VERDAD

En base a esta jurisprudencia puede definirse como la posibilidad de conocer lo que sucedió y buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Y lo amplía la sentencia C-454 de 2006 al derecho a la verdad, a saber y el deber de recordar, de lo contrario se afectaría la dignidad humana,

existiendo así un claro vínculo entre el respeto a la dignidad humana, de la víctima y su memoria.

DERECHO A LA JUSTICIA

Esta misma sentencia (c-454/ 06) nos señala el derecho a la justicia como lo que congloba el deber del estado e investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo y el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. Dentro del ámbito de este derecho encontramos inmerso otros, consagrados en distintos instrumentos internacionales protectores de los derechos de las personas como la Declaración Universal de Derechos Humanos que comprende el derecho a un recurso judicial efectivo, al debido proceso cuando existe un tribunal competente, la igualdad, la imparcialidad, la efectividad de los derechos.

DERECHO A LA REPARACIÓN

Siguiendo lo expresado por la corte en la sentencia C-454 de 2006 lo define como las medidas individuales relativas al derecho de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición. Su fundamento político tiene como punto de partida el reconocimiento positivo de la disposición del autor en asunción de su responsabilidad ante las víctimas y ante la sociedad (Sampedro, 2014). Según la ley de víctimas entendemos por restitución la devolución de la víctima a su estado anterior antes de la comisión del delito, por indemnización lograr el resarcimiento de los daños ocasionados por el ilícito, la satisfacción será entendida como las medidas simbólicas

para compensar el daño moral causado, la rehabilitación como la prestación de atención médica necesaria.

GARANTÍAS DE VÍCTIMAS MENORES EN CASOS DE VIOLACIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES ESTATALES Y EN EL PROCESO

Al ser un sector de la población con debilidad manifiesta que no se encuentra en igualdad de condiciones que los demás, bajo la constitución de 1991 el Estado puede implementar medidas orientadas para beneficiar a determinado grupo de personas eliminando así algunas barreras existentes. Se hace necesario y urgente las medidas necesarias para salvaguardar los intereses de estas personas ya que la afectación de sus derechos según lo conceptuado por el ICBF no solo va desde el punto de vista físico, sexual y psicológico, sino también refiere al potencial daño en el desarrollo integral y la construcción de la identidad de niño, niña y adolescente.

La ley 1146 de 2007 consagra una definición de violencia sexual en su artículo 2 como:

Todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor.

En nuestra legislación penal encontramos tipificados delitos que atentan contra la libertad sexual de los menores, creados en la base de la especial protección y preponderancia de sus derechos por encima

de los demás. El Código de Infancia y Adolescencia en sus artículos 192 y 193 se hace referencia cuando el afectado sea menor resulta importante de tener en cuenta su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados, su opinión, su calidad de niños, se les dé respeto. La misma ley de procedimiento penal consagra los distintos medios de conocimiento para probar la autoría, la existencia de injusto, las circunstancias e tiempo, modo y lugar. Medios como “la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico.”

Para evitar la impunidad la jurisprudencia y la ley reglamentan casos en donde la actuación de la víctima es válida en aras de evitar la impunidad del perpetrador.

Declaración de menores

Se hace necesarias, e importantes en muchos casos porque puede que la evidencia física sea insuficiente, para una mejor apreciación de lo ocurrido, una mayor recolección de información sobre los hechos, una determinación de los posibles autores del injusto, logre formarse una visión de los hechos, de las personas que participaron, de las posibles motivaciones. En el caso de entrevista que realiza el médico forense al menor, se amplía también a los padres o representantes y contará con la autorización debida tanto para la entrevista como para el examen médico legal, se pueden utilizar dibujos, figuras y requiere que sea realizada por un especialista, se apreciará la entrevista

de acuerdo al grado de capacidad de entendimiento y el manejo del lenguaje.

El testimonio de menores a su vez es aceptado dentro del proceso penal, no están obligados a prestar juramento al momento de declarar y deben estar acompañados por sus padres o parientes mayores de edad. El juez para valorarlo se basará en las reglas de la sana crítica y en los criterios de la ley penal para valorar el testimonio, para lograr la protección del interés superior la jurisprudencia de la Corte Suprema ha manifestado varias veces la flexibilización de las pruebas generales de la prueba testimonial “lo que se traduce en la posibilidad de incorporar como pruebas sus declaraciones anteriores, así el niño comparezca en el juicio oral” (SP2709-2018).

Continúa la Corte en el caso de imposibilidad de contradicción de la parte contra quien se aduce la prueba, esta tomará el carácter de prueba de referencia. Siguiendo esta línea el testimonio de menores no puede tener una valoración parcial ni prejuiciosa dependiendo de la edad del declarante sus dichos se evaluarán en conjunto con las otras pruebas y se les otorgará el valor debido. Dentro de este medio de conocimiento cabe la retractación que consiste en el cambio parcial o total que hace una persona sobre la versión de los hechos realizada anteriormente, y se valorará de forma comparativa ambos testimonios ya que esta figura no destruye de forma completa el testimonio, ni considera como única verdad lo expresado posteriormente. En el caso de las investigaciones de delitos sexuales es necesaria la prueba pericial donde es imperativa la dignidad humana, no se le privará de su

consentimiento para este tipo de casos y el juez de control de garantías decidirá sobre la práctica o no prevaleciendo la decisión de la víctima.

En el caso de los menores para establecer posibles secuelas consecuencia del injusto se debe remitir al psiquiatra o psicólogo, su grado de precisión y credibilidad. En algunos casos la falta de formación de los expertos con llevan a una victimización del afectado, lo cohiben de expresarse libremente, pueda sentir culpa, sentir miedo o vergüenza, haciendo así necesario la utilización de especialistas adecuados para evitar una revictimización, lograr confianza en el menor para denunciar, evitar que las consecuencias se perpetúen en el tiempo. Para garantizar los derechos de los menores el ministerio público se encuentra facultado para solicitar medidas cautelares que protejan a estos.

A lo largo del proceso penal encontramos plasmados los tres derechos fundamentales de la víctima que son verdad, justicia y reparación. Empezando por la etapa de indagación en donde tiene derecho a la atención, protección inmediata mediante los distintos órganos estatales como la Fiscalía, a que se le comuniquen los derechos, el estado del proceso, pueden actuar sin necesidad de abogado excepto cuando inicia la etapa de la audiencia preparatoria. Pueden a su vez acorde con la sentencia C-454 de 2006 acceder al expediente del proceso llevado por la fiscalía. La víctima también puede solicitar la práctica de pruebas de forma conjunta con las partes, esto según la jurisprudencia no afecta la estructura del proceso, pueden presentar recursos contra las decisiones que atenten contra la sentencia, la víctima puede

oponerse a los preacuerdos realizados por las partes.

En la etapa de investigación las víctimas pueden solicitar medidas de aseguramiento o medidas cautelares ante juez de control de garantías en base a la sentencia c- 297 de 2007 esta facultad no afecta la igualdad, ni genera un desequilibrio. En la audiencia de formulación de la acusación esta sentencia extiende sus facultades al permitirle a la víctima realizar observaciones, pronunciarse sobre nulidades, en la misma forma que las partes. Con el fin de que se materialicen sus derechos se les permite a las víctimas en la misma forma que las partes pedir pruebas, solicitar descubrimiento de elementos materiales probatorios y evidencia física. En el caso de la audiencia de juicio oral la víctima no puede participar en el curso de ella, ya que sus intereses se encuentran protegidos por la Fiscalía al presentar la teoría del caso y realizar el descubrimiento probatorio, solamente el representante de víctimas puede presentar alegatos de conclusión acorde a lo dicho por la fiscalía.

CONCLUSIONES

Con la entrada de la nueva constitución se procuró la defensa de los Derechos Humanos, principalmente la dignidad que es la base de donde surgen los demás derechos, la víctima asume un papel importante dentro del proceso y se puede observar que actualmente las leyes se vuelven más garantistas de los intereses de estas dentro de la acción penal. Sus intereses ya no solo se limitan a un resarcimiento pecuniario, sino que abarca el aspecto moral y psicológico para evitar una ruptura de la

sociedad, donde el Estado adquiere un gran compromiso al velar por estas garantías, la Corte por su parte entra a regular los distintos mecanismos con el que cuentan las partes en vista de un vacío en la legislación.

Se da una especial protección por parte de las distintas entidades estatales a las víctimas menores de edad, al ser personas con una debilidad manifiesta y que sus intereses adquieren un carácter superior con respecto a los demás derechos. Encontramos que el Estado en busca de propender por la efectiva protección de estos, sus entidades estatales establecieron un protocolo especial para proseguir cuando se cometen este tipo de delitos, propendiendo que esta debilidad sea subsanada para que adquiera condiciones de igualdad con el resto de grupos sociales. Por su parte dentro de las instituciones es necesario contar con equipo especializado para evitar que dentro de la misma diligencia se evite una revictimización agravando así la condición psicológica del afectado, para prevenir este tipo de situaciones el programa metodológico tanto del ICBF abarca un programa interdisciplinario entre distintas entidades en aras de restablecer el derecho y permitirle al menor una adecuada educación y crecimiento para que pueda desarrollarse como una persona normal dentro de la sociedad.

Por su parte la Fiscalía en su programa para atender este tipo de situaciones, determina la forma en cómo deben ser llevados a cabo los distintos procedimientos para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, como deben llevarse a cabo las entrevistas, la práctica de exámenes periciales, la toma de muestra en base al respeto de la persona, la dignidad, en

condiciones de higiene. A lo largo del proceso el afectado cuenta con distintos mecanismos para garantizar sus derechos fundamentales, evitando así la impunidad y la efectiva reparación de las secuelas producto de las consecuencias del injusto, considero finalmente que podría avanzarse aún en la protección de los derechos del sujeto pasivo, tener más garantías y distintos mecanismos que puedan hacer un efectivo cumplimiento de los derechos de las víctimas consagrados en la jurisprudencia.

REFERENCIAS

- Acosta, L. & Medina, R. (2015). La víctima y su resarcimiento en los sistemas penales colombianos. *Jurídicas CUC*, 11(1), 39-58. doi: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.11.1.2015.2>
- Amaris, C. (2011). *Evolución Jurisprudencial de los derechos fundamentales de las víctimas en el sistema acusatorio colombiano*. (Tesis para optar por el título de pregrado). Universidad de Cartagena, Cartagena.
- Ardila, H. (2012). *Los derechos de las víctimas: Estudio sobre los derechos sustantivos y procesales de las víctimas*. Bogotá: Nueva Jurídica
- Corte Constitucional (2002). Sentencia C-228/02
- Corte Constitucional (2005). Sentencia C-979/05
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C-454/06
- Corte Constitucional (2007). Sentencia C-209/07
- Corte Constitucional (2007). Sentencia C-297/07
- Corte Constitucional (2013). Sentencia T-347/13
- Corte Constitucional (2014). Sentencia T-309/14
- Corte Constitucional (2003). Sentencia T-554/03
- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia SP5290-201844564

- Corte Suprema de Justicia (2011). Radicado 34568
- Delgado, C (2015). Derechos y facultades de las víctimas en el proceso penal colombiano a partir de la puesta en marcha de la ley 906/04. (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. Recuperada de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/7656/DEL-GADOPATI%20CARLOS%20JULIO2016.pdf;jsessionid=65E7F304D033C2D67AD-27747FE54B160?sequence=1>
- Mejía, M. (2014). La participación de las víctimas en el sistema penal acusatorio colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (Tesis para optar por el título de pregrado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1619/1/Monograf%C3%A1Da%20Mate%20Mejia%20Gallego%20PDF%2019%20de%20marzo%20de%202014.pdf>
- Ortiz, D. y Castañeda, N. (2013). Dictámenes periciales en delitos sexuales dentro de la legislación colombiana. (Tesis de Maestría). Universidad Libre, Bogotá. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7535/OrtizFlorezDiegoAndres2013.pdf?sequence=1>
- Peña, C. (2015). La retractación de los menores de edad y sus consecuencias en los procesos de delitos sexuales. (Tesis de especialización). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. Recuperado de: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6655/LA%20RETRACTACION%20DE%20LOS%20MENORES%20DE%20EDAD%20Y%20SUS%20CONSECUENCIAS%20EN%20LOS%20PROCESOS%20DE%20DELITOS%20SEXUALES.pdf;jsessionid=2DC9B9FA75D-28372F405E65883B2E87D?Sequence=1>
- Sampedro, J. (2014). Los Derechos Humanos de las víctimas Apuntes para la reformulación penal. *Int. Law: Rev Colomb. Derecho Int. Ildi Colombia.* (12) 353-372. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n12/n12a13.pdf>

CAPÍTULO 7

LINEAMIENTOS DEL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA ESTABLECIDOS POR LAS CORTES COLOMBIANAS FRENTE A LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO Y DE DERECHO DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Yucelis Garrido Ochoa
Bexi Cruz Torrado
Yaneth Carolina Álvarez López



LINEAMIENTOS DEL ESTÁNDAR DE DEBIDA DILIGENCIA ESTABLECIDOS POR LAS CORTES COLOMBIANAS FRENTE A LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO Y DE DERECHO DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Yucelis Garrido Ochoa¹, Bexi Cruz Torrado², Yaneth Carolina Álvarez López³

RESUMEN

Palabras clave

Debida diligencia,
derechos de
las mujeres,
violencia sexual,
conflicto armado,
corpus iuris
interamericano,
Altas Cortes, María
la Baja-Bolívar.

En el texto se desarrolló una comparación entre los lineamientos establecidos por las cortes colombianas en relación al estándar de debida diligencia frente a las circunstancias de hecho y de derecho de mujeres víctimas de violencia sexual, pertenecientes al Municipio de María la Baja Bolívar. La finalidad de esta investigación fue analizar el cumplimiento del estándar de debida diligencia emitido por las altas cortes colombianas, Corte Constitucional Colombiana, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia frente al delito de violencia sexual ejercido contra mujeres, pertenecientes al Municipio de María la Baja Bolívar, en el marco del conflicto armado. Así mismo, observar el respeto y la garantía de los Derechos Humanos que brindan el estado como garante de Derechos Humanos.

1. Abogada y Magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Actualmente, se desempeña como docente investigadora del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, líder del Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Además, perteneció al programa Jóvenes Investigadores de Colciencias. Email: ygarrido@tecnologicocomfenalco.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7059-4401>
2. Trabajadora social, graduada de la Universidad Simón Bolívar, con estudios de Maestría en Conflicto Social y Construcción de Paz en la Universidad de Cartagena. Posee experiencia laboral como Agente de Desarrollo para el programa Desarrollo Local y Paz del Programa de las Naciones Unidas y fungió como Coordinadora Social en la Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad (LIMPAL, Colombia). Docente de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco e integrante del grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas. Email: bcruz@tecnologicocomfenalco.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4118-7647>
3. Abogada, egresada del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en Convenio con la Universidad de Medellín. Ex joven investigadora del Programa de Derecho, vinculada al semillero Justicia, Política y Derecho adscrito al Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas. Email: yanethalvarezlopez@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7596-120X>

Key words

Standard of due diligence, Women's Rights, Sexual Violence in Armed Conflict, Domestic Application of corpus juris Inter, High court, Maria la Baja- Bolívar.

ABSTRACT

The text presented contains a small comparison between the guidelines established by the Colombian courts in relation to the standard of due diligence dealing with the circumstances of fact and law for victims of sexual violence belonging to the municipality of María la Baja Bolivar. The purpose of this research is to analyze compliance with the due diligence standard issued by the high Colombian courts, Colombian Constitution, the Council of State and the Supreme Court to the crime of sexual violence exercised against women, belonging to the municipality of Maria low Bolivar, in the context of armed conflict. Also observe the respect and guarantee of human rights that give the state as guarantor of human rights.

INTRODUCCIÓN

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresada por la Organización de la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se conciben claros, evidentes e indiscutibles los derechos inherentes a todos los individuos de la humanidad. Derechos que nos brindan la oportunidad de exigir las cosas a las cuales tenemos derecho por ley. Sin embargo, el conflicto armado trae consigo constantes violaciones a los Derechos Humanos específicamente a mujeres las cuales son víctimas de violación sexual, sin desconocer que el principal órgano garantista de Derechos Humanos a nivel interno es el estado, el cual es el responsable de proteger e implementar o adoptar medidas para alcanzar la efectividad de estos derechos, generar cambios en la situación de estas personas afectadas y de alguna u otra manera resarcir el daño que han padecido.

Este deber deviene de la interpretación del alcance del art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en concordancia con el artículo 7 de la Convención de Belem Do Pará. La cual exige, en general, organizar el aparato estatal para asegurar el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos de toda persona e implica el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente todas sus violaciones. Teniendo en cuenta, que el Estado Colombiano ha suscrito tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la Convención de Belem Do Pará, además ha aceptado la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión para el conocimiento de casos

contenciosos por posibles violaciones de Derechos Humanos en los que el Estado sea demandado. De igual forma, es menester resaltar que a partir del artículo 93 de la Constitución Política Colombiana, el cual establece el Bloque de Constitucionalidad, tanto las normas internacionales de Derechos Humanos como las sentencias emitidas por la Corte en ejercicio de sus funciones contenciosas hacen parte integrante de la Constitución como norma de normas. Este texto es el resultado final de una investigación socio jurídica, de enfoque cualitativo y de tipo estudio de caso; no obstante, lo que se recoge en este documento da cuenta de una fase bibliográfica y un estudio de casos.

La pregunta que dio origen a esta investigación fue ¿cuál es el cumplimiento del estándar de debida diligencia emitido por las altas cortes colombianas frente al delito de violencia sexual ejercido contra mujeres, pertenecientes al Municipio de María la Baja Bolívar, en el marco del conflicto armado?, la cual germina de la percepción de incalculables transgresiones de Derechos Humanos de las mujeres colombianas víctimas de violencia sexual. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana a partir del Auto 092 de 2008 ha reconocido las especiales condiciones de vulneración de las mujeres en contextos de conflictos y en especial de las mujeres colombianas, demostrando que los cuerpos de las mujeres son entendidos y tratados como territorios de guerra. Este estudio por su carácter evaluativo permite la verificación del cumplimiento del deber estatal colombiano en casos precisos, coadyuvando a la divulgación de los resultados ante organismos nacionales de defensa de los Derechos Humanos, a partir del Convenio

con la Organización LIMPAL COLOMBIA, para fortalecer el acceso de las mujeres a los espacios de justicia efectiva. Es importante esbozar este proyecto de investigación por que contribuyen al desarrollo de la sociedad y es posible en razón a la situación actual que vive el país. Además, el proyecto alimenta las dos líneas de investigación establecidas por el Grupo de Investigaciones Sociales y Jurídicas del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, esto es la línea de “acceso a la justicia” y la de “Derecho y sociedad” en su sublínea de “Género y Derecho”, así como el trabajo del semillero de Investigación “Humana Iuris”.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Las obligaciones constitucionales que le asisten al Estado, son claras en señalar que las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia que vulnere sus Derechos Humanos, incluidas las sobrevivientes de violencia sexual, deben ser atendidas de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones, y que la cobertura de esta atención debe incluir a la familia de la víctima. De acuerdo con la Sentencia C-776 de 2010 emitida por la Corte Constitucional:

Las mujeres víctimas de violencia no sólo son destinatarias de valoración médica, tratamientos, procedimientos quirúrgicos o medicación, sino también de alojamiento y alimentación, durante el período que ellas requieran, bajo el entendido de que estos dos últimos

componentes hacen parte de su derecho fundamental a la atención integral en salud. Álvarez, Ferrer, Garrido (2014).

En la ley 1719 de 2014 el deber de debida diligencia frente a casos de violencia sexual está relacionado con tres aspectos específicos, que tienen como hilo conductor la implementación transversal del enfoque diferencial y de género

El enfoque de género, es un principio porque orienta una actuación en materia de política pública, criterio porque permite un análisis y es una herramienta en la medida que brinda unas directrices para implementar políticas públicas a través de programas, proyectos u acciones tendientes a garantizar la equidad entre hombres y mujeres, que toma como base la historia de dominación o exclusión que se haya presentado en razón del sexo, género, orientación sexual o identidad de género. (Cruz, B. 2018)

El enfoque de género se apoya en el enfoque diferencial cuando tiene en cuenta la diversidad de la población según su sexo, edad, etnia, clase social, discapacidad, orientación sexual, identidad de género o territorio en el que habita, y “responde al enfoque de Derechos Humanos en la medida que garantiza a toda la población sin ningún tipo de distinción el acceso a los mínimos vitales” consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en la Constitución Política (Cruz, B. 2018), que a saber establece:

- Derechos y garantías para las víctimas de violencia sexual, que están direccionados hacia la preservación de la privacidad, el acceso a la información, la no

discriminación, la atención humanizada, especializada y de calidad y la valoración del contexto en que ocurrieron los hechos.

- Recomendaciones a funcionarios/as judiciales, en el que se parte de la declaración de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad cuando así los elementos probatorios lo demuestren; igualmente se señala la necesidad de realizar investigaciones en plazos razonables, tener especial cuidado en la interpretación del consentimiento de la víctima, no condicionar los hechos a la existencia de pruebas físicas, no desestimar el testimonio de la víctima, introducir técnicas de investigación especializadas y “garantizar la hipótesis de la existencia del crimen por homofobia” cuando la víctima tenga una orientación sexual diversa.
- Medidas de protección, atención en salud y reparación, las primeras, extensivas a la familia y están relacionadas con el acceso a la justicia a fin de garantizar la no repetición de los hechos y la no revictimización; las segundas se enfocan en la atención gratuita en salud no sólo física, sino también psicosocial; y las últimas, destacan la importancia de la participación de las víctimas en la definición de las medidas de reparación a las que tiene derecho, incluyen “medidas de restitución, indemnización, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición a cargo del responsable del delito” (art. 25).

La violencia sexual en el marco del conflicto armado fue un hecho victimizante aplazado

por la víctima, en tanto, se mantuvo en silencio por temas de vergüenza, miedo, naturalización, priorización de otras problemáticas, entre otros, lo cual no indica que fue un hecho superado, por el contrario, sus consecuencias se reflejan en daños psicosociales que no han sido tratados, al respecto la Corporación Humanas (2018) establece:

La violencia sexual, dentro y fuera de los conflictos armados, debe ser considerada como un hecho atroz frente al cual los Estados deben comprometerse en materia de juzgamiento de los responsables, atención de las víctimas y prevención de su ocurrencia. Su atrocidad no solo radica en las violaciones concretas, las diversas formas como son usados los cuerpos de las mujeres y el número de agresores que cosifican y torturan dichos cuerpos; es también visible en la complejidad de las afectaciones que sufren las víctimas después de esta experiencia traumática, en cuanto se interrelaciona en muchos casos potenciando unos y otros daños —el daño físico; el daño a la vida emocional, psicológica y sexual; y el daño a la vida social y familiar— y las consecuencias adversas que generan dichos daños cuando se sostienen en el tiempo por falta de atención médica y psicosocial. (Corporación Humanas, 2018. p 81)

Es muy importante resaltar que la ley 1719 de 2014 hace especial énfasis en esos daños psicosociales que genera la violencia sexual no sólo en la víctima, sino en su familia, y que, por tanto, es vital la atención y acompañamiento de manera integral.

LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO

Según cifras del Registro Único de Víctimas (2019), en el marco del conflicto armado en Colombia se presentaron 28.641 delitos contra la libertad y la integridad sexual, de los cuales 26.098 ocurrieron contra las mujeres, 2.116 contra hombres y 427 contra la población LGBTI. Esto evidencia que la violencia sexual, ha sido una práctica ejercida por los actores armados en Colombia que ha afectado principalmente a las mujeres y en contextos de conflicto se presenta de manera sistemática como forma de dominación y control del territorio. “Esta violencia no ha sido esporádica, por el contrario, su ocurrencia es considerablemente alta y tiene unos patrones o prácticas de realización que se repiten en las distintas zonas donde ha habido presencia de actores armados”. (Corporación Humanas, 2009. p. 18). Distinto a lo que se puede creer, el fin de la violencia sexual en el marco del conflicto armado no está mediado únicamente por el deseo y la satisfacción sexual, por el contrario, hace parte de una estrategia militar para aniquilar o debilitar al enemigo, y por eso es considerada en el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad, “las mujeres fueron objeto de disciplinamiento, campo de batalla o botín de guerra y que, ... estas violencias tienen una finalidad específica en y para la guerra” (Corporación Humanas, 2009. p. 21)

En un estudio realizado por la Corporación Humanas, la violencia sexual en el marco del conflicto armado cumple 9 finalidades, “la de dominar; la información analizada permite reconocer que la violencia sexual también se ha usado para regular, callar, obtener

información, castigar, expropiar, exterminar, recompensar y cohesionar”. (2009. p. 24) En dicho estudio se establece que la comisión de la violencia sexual depende del contexto en el que se desarrolla que puede ser de ataque ya sea para ofender o defenderse del adversario; de control territorial, para ejercer autoridad; de privación de la libertad en la que se impide la libre circulación; o de intrafila por las normas del grupo o las relaciones de poder que se tejen en el mismo.

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LAS MUJERES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En Colombia, la violencia sexual es definida en la ley 1257 de 2008, conocida como ley de no violencias contra las mujeres, establece el concepto de violencia contra las mujeres, los daños cometidos contra estas en razón a su sexo y género, derechos para las víctimas de la violencia y una serie de medidas de sensibilización, protección, atención y agresión que contribuyan a disminuir dicha problemática, como un daño o sufrimiento sexual, producto de la “acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado” (art. 3), esto implica la satisfacción erótica y sexual de quien obliga o de una tercera persona a través del “uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal” (art. 3). Más adelante con la Ley 1719 de 2014, se adoptan una serie de medidas tendientes a garantizar el acceso a la justicia a las víctimas de violencia sexual sin importar su sexo o género, y hace especial énfasis en las víctimas con ocasión del conflicto armado colombiano. En esta norma, se amplía

el concepto de violencia sexual al considerar el componente psicológico y el abuso de poder como elementos claves para forzar a la víctima a realizar actos sexuales, así como especifica el acceso carnal, la prostitución, la esclavitud y la trata de personas como practicas a través de las cuales se ha venido ejerciendo dicho crimen, es decir, no parte de la satisfacción personal únicamente.

Otro aporte clave en esta norma es el establecimiento de unos tipos penales a través de los cuales se expresa dicho daño, en los cuales se puede evidenciar que el contacto sexualizado no necesariamente está ligado a la satisfacción erótica – sexual, sino que puede estar relacionado con la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, eso al considerar la esterilización, el embarazo, la desnudez y el aborto forzado como una práctica de violencia sexual ejercida en entornos de conflicto, entre otros. La ley 1719 de 2014 surge en un contexto de reconocimiento del conflicto armado colombiano, pero sobre todo de la violencia sexual como crimen de guerra, como una estrategia militar que se ha venido perpetuando por los actores en conflicto independientemente del grupo armado del que hace parte el perpetrador, en tal sentido, es una ley que reconoce a las víctimas de la violencia sexual, reconoce el daño que esta práctica ha dejado en sus vidas, reconoce unos derechos y unas medidas como mínimos que se deben garantizar al momento de que el aparato de justicia conozca del caso para la víctima y su familia.

EL DERECHO DE LAS MUJERES A VIVIR LIBRES DE VIOLENCIA Y DISCRIMINACIÓN

El derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación ha sido consagrado como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los Derechos Humanos a nivel regional e internacional. En esta medida, La promulgación de instrumentos internacionales que protegen el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, refleja el consenso y el reconocimiento por parte de los Estados del trato discriminatorio que éstas tradicionalmente han recibido en sus respectivas sociedades, lo que ha dado como resultado que sean víctimas y estén expuestas a diferentes formas de violencia, incluyendo a la violencia sexual, psicológica, física y el abuso de sus cuerpos. El hecho de que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”) sea el instrumento más ratificado del sistema interamericano, y de que la mayoría de los Estados americanos hayan ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como su protocolo facultativo, refleja el consenso regional de que la violencia contra las mujeres constituye un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación, de acuerdo a la relatoría sobre los Derechos Humanos de la Comisión interamericana de Derechos Humanos.

En este orden de ideas, La obligación que tienen los estados de investigar y sancionar graves violaciones de Derechos Humanos es sin duda un aporte significativo al estado

social de derecho porque con ello las altas cortes colombianas en materia de violencia sexual contra mujeres tienden a garantizar la efectividad y la protección necesaria frente a la vulneración de derechos fundamentales. Pues, respetar la dignidad en nuestra propia persona y en los demás significa que debemos tratar a los humanos siempre como fines y nunca como medios.

En el campo de la sexualidad y la reproducción la dignidad significa que todas las personas por el solo hecho de existir tienen derecho a ser respetadas en su realidad corporal, psíquica y moral. Ni los hombres ni las mujeres pueden considerarse instrumentos, ni ser usados como objetos o como cosa sexual o como instrumentos de procreación, es decir:

Ningún ser humano puede ser usado, vendido, comprado, traficado o explotado sexualmente. Así, se consideran vulneraciones a la dignidad humana en el terreno de la sexualidad, todas las formas de violencia sexual, incluidas la trata de personas, la pornografía y la prostitución.

Teniendo en cuenta que, como fuera consignado en la Declaración de Beijing, y en la misma línea, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, a la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. *Ibíd.* Párr. 118; Comisión Interamericana

de Derechos Humanos 20 de enero de 2007. Párr. 67).

Ahora bien, no siendo resultado de la casualidad, la violencia sexual expresa de manera fidedigna la desprotección en las que se encuentran las mujeres en materia de garantías de sus derechos. En el caso colombiano, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia C-025 de 2004 y en el Auto 092 del 2008 de seguimiento a la misma, se presenta una situación similar, en la que la violencia sexual es una práctica sistemática y reiterada ejercida por todos los actores del conflicto armado como el estado colombiano. Lo cual conlleva, a que la obligación del estado colombiano además de ser iluminado por el enfoque de género debe tener en cuenta los deberes mínimos de debida diligencia establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Adoptados por las altas cortes colombianas en la investigación, juicio y sanción de actos de violencia sexual en contra de mujeres, niñas, adolescentes y adultas mayores en el marco del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado.

La debida diligencia en la prevención de la violencia sexual por parte del Estado, parte de su compromiso internacional de adoptar todas las medidas necesarias administrativas, legislativas, judiciales, financieras y fiscales para la adopción, implementación y seguimiento de políticas públicas efectivas y adecuadas tendientes a eliminar toda manifestación de violencia y discriminación en razón del género. En términos generales y constitucionales las víctimas de violencia sexual tienen derecho, en los procesos judiciales, a ser protegidas

en su integridad, su seguridad y la de su familia. Así como a que se garanticen sus derechos fundamentales y derechos como a la verdad, justicia, reparación y no repetición establecidos en la normatividad colombiana, 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. En este entendido, se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° 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*.

No obstante, en nuestro país se vive una situación fehaciente, cada día el conflicto armado trae consigo muchísimas víctimas, dentro de ellas miles de mujeres sufren la violencia sexual por grupos al margen de la ley pues su cuerpo es considerado botín de guerra. Particularmente, encontramos al Municipio de María la Baja situado al norte del país, en el Departamento de Bolívar. Fundado el 8 de diciembre de 1535. Quien además, limita al norte con el municipio de Arjona, al este con Mahates y San Juan Nepomuceno, por el oeste con San Onofre (Departamento de Sucre), y por el sur con el Carmen de Bolívar y San Jacinto. Este municipio, ha sido uno de los principales afectados por el conflicto armado, en el encontramos un elevado número de víctimas de violencia de sexual, quienes a su vez no denuncian la vulneración de sus derechos por temor y miedo a perder a sus seres queridos pues estas son amenazadas por

los mismos actores que generan daño en su integridad, vida y salud.

Para el caso que nos ocupa nos hemos permitido constatar a tres mujeres oriundas de este municipio en calidad de víctimas de violencia sexual para lograr comparar los lineamientos establecidos por las Cortes colombianas en relación con el estándar de debida diligencia frente a las circunstancias de hecho y de derecho de las víctimas de violencia sexual, pertenecientes al Municipio de María la Baja Bolívar.

Este objeto de estudio lo vamos a distinguir de la siguiente manera:

Imagen No. 1 Desarrollada por el equipo, 2019.

NOMBRE DEL ENTREVISTADO (A):	Codificación
A	
B	
C	
DATOS DE IDENTIFICACIÓN :	
	Edad: 35 años Sexo: Femenino Estado civil: Unión libre Grado de Escolaridad: Ninguno Ocupación: Ama de Casa.
	Edad: 23 años Sexo: Femenino Estado civil: Soltera Grado de escolaridad: Bachiller Ocupación: Comerciante
	Edad: 40 años Sexo: Femenino Estado civil: Soltera Grado de escolaridad: Bachiller Ocupación: Campesina

- i). Estas mujeres fueron abusadas sexualmente por grupos al margen de la ley en el marco del conflicto armado en tiempos diferentes.

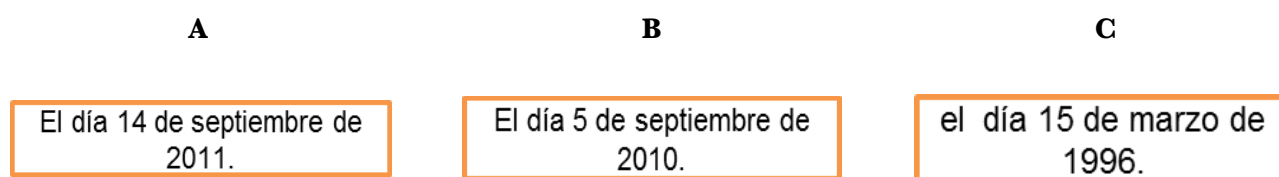


Gráfico 1. Desarrollado por el equipo, 2019

- ii). La Violación sexual fue producida por personas que pertenecen a diferentes grupos al margen de la ley:
- La guerrilla (2 mujeres).
 - Paramilitares pertenecientes al bloque montes de María (AUC) (1 mujer).
- iii). Antes, durante y después de consumir la violación sexual los agresores les mostraron a las tres víctimas que se trataba de los mismos.
- iv). Estas Víctimas fueron abusadas dentro de su mismo hogar, delante de su propia familia y siendo los agresores vigilados controlados y ayudados por personas que pertenecen al mismo grupo.
- v). De acuerdo a la información suministrada por las afectadas la finalidad de estos grupos, era violar sexualmente a estas mujeres y obligarlas a callar.
- vi). Al final de cada consumación del acto cada agresor terminaba llenando de temor a su víctima y advirtiéndole a cada una de ellas que si denunciaban acabarían con la vida de toda su familia.
- Así las cosas, teniendo la identificación del personal entrevistado, es menester identificar

los parámetros que en determinadas circunstancias han establecido las distintas altas cortes colombianas en relación al estándar de debida diligencia frente a las mujeres víctimas de violencia sexual y a su vez sus pronunciamientos para solventar o reparar el daño que sufre una mujer víctima de violencia sexual; esto nos ayudara a confrontar el fin de esta investigación. Ha establecido la Corte Constitucional en la Sentencia C-776 de 2010:

Las mujeres víctimas de violencia no sólo son destinatarias de valoración médica, tratamientos, procedimientos quirúrgicos o medicación, sino también de alojamiento y alimentación, durante el período que ellas requieran, bajo el entendido de que estos dos últimos componentes hacen parte de su derecho fundamental a la atención integral en salud

Al respecto, encontramos que a las mujeres A, B, C, en primera medida se les brinda por parte de una entidad del estado una valoración médica en la cual se constata que efectivamente estas fueron abusadas sexualmente, ello seguido del acto tal como lo establece esta misma jurisprudencia deben ser atendidas de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial, de forma gratuita y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas derivadas de las agresiones, y que la cobertura de esta atención debe incluir a la familia de la víctima, conforme a la Sentencia C-776 de 2010. De la Corte Constitucional colombiana, no obstante, es preciso notar que ninguna de las tres mujeres víctimas de violencia sexual ha recibido por parte del

estado alojamiento, alimentación y atención a sus familiares y menos durante el tiempo que ha sido necesario para ellas en relación a sus afectaciones psicológicas y físicas; veamos por qué:

- Vulneración directamente al derecho a la Salud, a la vida y afectaciones psicológicas en relación:

Entrevistada A: *“yo tuve mucha infección, yo no podía ni orinar. Tenía mucho problema para relacionarme después con las personas por que desconfiaba de todas las personas, todavía es y no me puedo adaptar a confiar en todas las personas”.*

Entrevistada B: *“consecuencias solamente las del alma y las del pensamiento que nunca se curan, no logro ni olvidar ni perdonar y eso ha marcado bastante mi vida porque ya no soy la misma persona luchadora como era antes, ha cambiado mi contexto de vida y todo, y también mis logros para esos días yo me graduada de bachiller y como que... Ha derrotado toda mi Vida, mis estudios y eso”.*

Entrevistada C: *“mi cuñado falleció debido a eso y mi menstruación desde ese día no ha sido la normal”.*

Siendo así, podemos establecer que este primer parámetro estipulado por la corte constitucional no está siendo cumplido en su totalidad, está yaciendo parcialmente. sin embargo, si analizamos el contexto del delito y la afección que este constituyen en si podríamos incluso inferir, que son más útiles esto presupuestos que no se han aplicado, que atender a un examen o valoración médica en primer momento para vislumbrar que efectivamente hubo violencia sexual y no mirar la evolución, el tratamiento y contexto en el queda el sujeto pasivo de esta transgresión de derecho humanos, tarea que

sin duda debe ser abarcada en su totalidad y efectivamente por parte del estado. Así mismo, no se cumplen normas que regulan el procedimiento a seguir cuando nos encontremos frente a estos casos, por ejemplo; mediante la Ley 360 de 1997 establece el derecho de las víctimas de violencia sexual, a tener acceso gratuito a exámenes y tratamientos, tanto para la prevención de enfermedades de transmisión sexual incluido el VIH/SIDA, como para la atención física y emocional. Y de otro, mediante el artículo 8) literal c) de la Ley 1257 de 2008 que establece el deber del Estado de garantizar a la víctima información clara, completa, veraz y oportuna en relación con la salud sexual y reproductiva, así como recibir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral, en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico para ellas y sus hijos e hijas.

En particular, la Sala hace énfasis en el derecho de las víctimas de violencia sexual a restablecer de manera plena su salud sexual y reproductiva, y en la obligación del Estado de proveer asistencia médica completa, gratuita y permanente. El Estado debe brindar a las sobrevivientes de violencia sexual los recursos integrales en salud, tales como: exámenes médicos completos y tratamientos de calidad, que por un lado, diagnostiquen de manera completa las afectaciones en la salud de las sobrevivientes, y por otro, ordenen las medidas y tratamientos necesarios para superar estas afectaciones. Por tanto, notamos que los preceptos constitucionales y legales que abarcan nuestro ordenamiento jurídico de manera directa están siendo inaplicadas y en su defecto desconocidos por las autoridades que administran justicia en nuestro territorio,

vulnerando de manera fidedigna derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta magna de 1991.

La Corte Constitucional Colombiana ordenó al Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio de Salud, la inclusión de la atención psicosocial permanente para atención a las víctimas del conflicto armado, con cobertura para la mujer víctima de violencia sexual, su núcleo familiar y su comunidad, hasta tanto la mujer, su núcleo familiar y su comunidad hayan restablecido su salud mental (Sentencia T- 045 de 2010. Corte Constitucional).

En relación con este lineamiento el Ministerio de Salud ha establecido en su página oficial, que la atención psicosocial de las víctimas en el marco de la reparación tiene tres modalidades: Individual, familiar y comunitaria; el cual se desarrollará en cuatro fases: focalización y contacto, caracterización, atención y cierre. Gráficamente se establece de la siguiente manera:



Gráfico 2. Fases de la atención psicocial Desarrollado por el equipo, 2019

De acuerdo a lo expresado por las tres entrevistadas A, B, C, después de la ocurrencia de los hechos y de la asistencia misma a sus primeros auxilios, estas no han recibido visitas domiciliarias, que evalúen las necesidades de atención en salud física o mental, así como tampoco se ha remitido a un equipo psicocial. De igual manera, ha transcurrido el tiempo y no se ha logrado identificar los daños e impactos psicociales sufridos a nivel individual, familiar y comunitario desde el significado, como también identificar los recursos o capacidades propias que puedan fortalecerse para mitigar el daño. Por ello, notamos falencias frente a una posible reparación a las víctimas, pues las mismas en ningún momento han recibido atención psicocial y por ende estas etapas no han cumplido con el fin para el cual han sido diseñadas.

La gráfica siguiente, muestra un conjunto de palabras clave dispuestas de manera ordenada en el interior de un espacio bi-dimensional. El espacio bi-dimensional está organizado por dos ejes (X-horizontal, Y-vertical). A partir de índice de Sammon que, dentro de los métodos no lineales, es uno de los más conocidos Mapping (NLM), y consiste en un proceso iterativo que parte con una configuración al azar de los puntos en el espacio de baja dimensión y los va ajustando mediante la minimización de una medida de preservación global de distancias euclidianas entre todos los pares de puntos, conocida como el estrés de Sammon. En términos generales mide que tan bien se preservan las distancias entre pares de puntos un valor de stress menor o igual a 0,10 se dice que tiene buen ajuste (Sammon, 1969). Todo ello, para observar 4 escenarios (el contexto de los hechos, el escenario posterior, la situación de alerta en la que se encuentran estas mujeres y su realidad actual).

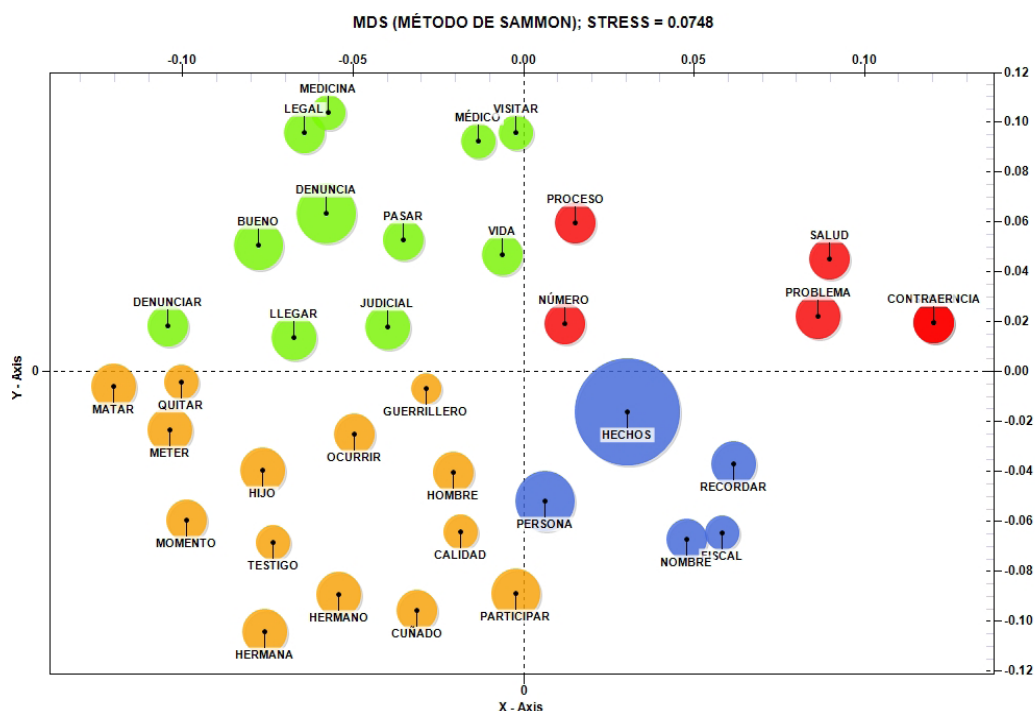


Grafico 3. Escalamiento Multidimensional. Asociación de palabras.
Elaboración propia, 2019.

El acompañamiento psicológico debe garantizarse durante la participación de las mujeres en el proceso judicial, desde el primer contacto con las entidades públicas encargadas de recibir la declaración o la denuncia de los hechos, hasta la culminación del procedimiento, a fin de que la mujer no sufra afectaciones adicionales derivadas de la presión del procedimiento judicial (Sentencia T- 045 de 2010. Corte Constitucional)

Al respecto, las mujeres A, B, C manifiestan lo siguiente:

Entrevistada A: ¿Usted alguna vez ha adelantado acciones judiciales, es decir ha presentado alguna denuncia? *Si*

¿En qué lugar presento la denuncia? *en María la Baja.*

¿Usted tiene el número del proceso? *Si.*

¿Recuerda el nombre del fiscal? *No me acuerdo.*

¿El número de la fiscalía? *no me acuerdo ahora. Creo que no lo tengo en la casa.*

¿Usted cuenta con representación legal? *no.*

¿Que documentos aportó usted? *nada más mi cedula.*

¿Usted aportó la información de medicina legal? *Si.*

Entrevistada B: ¿Usted alguna vez ha adelantado acciones judiciales, es decir ha presentado alguna denuncia? *se hizo la denuncia con la defensoría del pueblo.*

¿En qué lugar se presentó la denuncia? *la denuncia no la hicimos en si en la defensoría allá en Cartagena, pero ellos ósea por medio de cómo eran los*

casos y eso, ellos hicieron como una brigada por medio de movimientos por la paz.

¿Me podrías recordar el número del proceso? *no en el momento no lo tengo a la mano.*

¿Recuerda el nombre del fiscal? *eso pasó al fiscal en Bogotá, porque después que estuvo allí en Turbaco lo pasaron a Bogotá.*

¿Usted cuenta con representación Judicial? *no, solamente quien me apoyaba era la defensoría.*

¿Que documentos aportó usted? *informe de medicina legal, la denuncia en la sjin, todo lo que tuvo que ver con lo clínico, bueno lo de medicina legal si ya ellos mismos se encargaron de eso.*

Entrevistada C: ¿Usted alguna vez ha adelantado acciones judiciales, es decir ha presentado alguna denuncia? *sí, yo denuncie.*

¿En qué lugar se presentó la denuncia? *en barranquilla.*

¿Me podrías recordar el número del proceso? *en la fiscalía 10.*

Recuerda el nombre del fiscal: no lo recuerdo.

¿Usted cuenta con representación Judicial? *bueno en el momento si teníamos apoyo del estado porque allí estaba la unidad de víctimas.*

¿Qué documentos aportó usted? *nada más mi fotocopia de la cedula.*

Es preciso hacer notar que estas mujeres denunciaron la vulneración a sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución política que rige en nuestro país, tales derechos; como el derecho a la integridad personal, la honra, la dignidad humana, la intimidad entre otros, sin el debido acompañamiento hasta culminar el procedimiento que establece la Corte constitucional. Igualmente, es menester

mencionar que hasta la fecha estas víctimas de violencia sexual no han recibido ninguna ayuda o reparación integral por parte del estado colombiano. Aun, cuando ya bastante tiempo ha transcurrido pues en relación con la chica A ya han pasado 4 años de la ocurrencia de los hechos pues estos sucedieron el 14 de septiembre de 2011, con la chica B han transcurrido 5 años, los hechos acaecidos fueron el 5 de septiembre de 2010 y finalmente con la chica C han transcurrido 19 años su transgresión se produjo el 15 de marzo de 1996.

Así mismo, el Auto 009/15 establece el deber de adelantar investigaciones en tiempos razonables. Es decir, Las autoridades judiciales encargadas de adelantar investigaciones penales por delitos sexuales tienen la obligación de adelantar las investigaciones con la máxima diligencia, en tiempos razonables y oportunos. De acuerdo con la Sentencia T-843 de 2011, los funcionarios competentes deben impulsar estas investigaciones de manera oportuna y dentro de un plazo razonable, so pena de que el incumplimiento de este deber represente una degeneración material a la administración de justicia y, en consecuencia, el desconocimiento de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas. Lo que nos conlleva a ultimar que pasado ya varios años de la ocurrencia de los hechos de estas tres mujeres objetos de estudios, no ha existido una decisión de fondo que declare el estado en que se encuentran estas víctimas y por consiguiente se garantice y se permee una debida reparación integral.

El derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual a la igualdad y el deber correlativo de los operadores de las normas,

incluidas los defensores, de adoptar medidas para eliminar y prevenir la discriminación. La Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 23 de septiembre de 2009 dentro del radicado 2350827 (Corte Suprema de Justicia. Proceso N° 23508 de 23 de septiembre de 2009), resaltó la protección internacional de los Derechos Humanos de las mujeres y la obligación de los Estados de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de todos los derechos. De manera específica, destacó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 y aprobada en nuestro país mediante la ley 51 de 1981, así como reglamentada por el decreto 139 de 1990), la cual indicó que:

[...] la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

La Corte Constitucional ha señalado los Derechos específicos a favor de las víctimas en el marco del proceso penal y ha instituido lo siguiente, de acuerdo con algunas normas nacionales e instrumentos internacionales vinculantes para el Estado Colombiano, las sobrevivientes de violencia sexual cuentan con el derecho a participar en el proceso

penal que contra su agresor se adelante. Para tales efectos, se deben garantizar a las sobrevivientes, entre otros derechos:

(i) contar con asistencia jurídica gratuitas, (ii) recibir medidas de protección que garanticen su vida, seguridad e integridad personal, (iii) tener protección en su salud mental y física, su privacidad e intimidad, y (iv) ser informadas de las actuaciones que se surtan en el proceso y de los derechos que les asisten como víctimas, así como de los mecanismos para hacerlos efectivos, en materia de desplazamiento forzado-seguimiento al auto a092/08 (Sentencia T-025/04 de la Corte Constitucional)

En este sentido y de acuerdo a lo manifestado con anterioridad por las chicas A, B Y C podríamos determinar que todas denunciaron la vulneración de sus derechos, pero al mismo tiempo desconocen contar con representación judicial. Presentaron algunos documentos (fotocopia de su cedula (A, B Y C) y el informe de medicina legal (A y B) al momento de interponer la denuncia, pero a su vez desconocen la actuación judicial que se lleva a cabo en la fiscalía, no saben que paso con la denuncia.

A diferencia de los victimarios, no hay garantías de representación de los intereses de las víctimas en los procesos y por ende estas mujeres que han padecido la violencia sexual por grupos al margen de la ley y en el marco del conflicto armado sufren una transgresión directa al derecho a la igualdad y al acceso a la justicia, lo cual trae como consecuencia que no puedan ser reparadas integralmente por parte del estado como garante de

Derechos Humanos y así mismo no puedan ser merecedoras de una verdad, una justicia, una reparación y la promesa de no reparación que promete y ha contemplado el legislador colombiano específicamente en la ley 1448 de 2011(ley de victimas).Es este acápite el estado también olvida las Resoluciones 1888 de 2009 y la Resolución 1960 de 2010, ambas referidas a la violencia sexual en contra de mujeres y niños en los conflictos armados, por medio del cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace un llamado enfático a los Estados a poner fin a la impunidad por la comisión de crímenes sexuales.

Es esta misma línea, la Corte constitucional ha determinado en el auto de seguimiento 009/2015: El Derecho de protección a la vida, seguridad e integridad personal de las sobrevivientes de violencia sexual y de sus familiares; Sobre el Estado colombiano pesa la obligación de salvaguardar la vida, la integridad y la seguridad personal de las sobrevivientes de violencia sexual y de sus familiares, especialmente cuando se tramitan procesos penales que en sí mismos suponen la profundización del riesgo de violencia contra las mujeres y sus familiares. Sumado a lo anterior existe un desconocimiento al auto de Seguimiento 092/08 en el marco de la sentencia T-025/04 atreves del cual la corte constitucional establece que; el deber de debida diligencia es a su vez consistente con la obligación internacional de los Estados de proveer un recurso judicial efectivo, que permita a los ciudadanos y ciudadanas la posibilidad real de solicitar ante las autoridades competentes, en materia de desplazamiento forzado-seguimiento al auto a092/08 en el marco de la “(i) la declaración de que un derecho está siendo vulnerado, (ii)

el cese de la vulneración y (iii) la reparación adecuada por los daños causados” (Sentencia T-025/04 de la Corte Constitucional)

Lo antepuesto sitúa de presente la triste y cruel situación que viven muchas víctimas de violencia de sexual especialmente para el caso que nos ocupa las que han sido objeto de estudio en esta investigación, mujeres pertenecientes al municipio de María la Baja Bolívar que como todos los demás seres humanos tienen derecho al respeto como personas, a su dignidad como ente rector y a ser debidamente reparadas integralmente al recibir una afectación por parte del estado pues queda de presente que todas fueron víctimas de violencia sexual por grupos al margen de la ley.

RESULTADOS

1. En el municipio de María la Baja Bolívar no se cumplen las normas que regulan el procedimiento a seguir cuando nos encontremos frente a estos casos, por ejemplo.
 - Ley 360 de 1997 (Acceso gratuito).
 - Ley 1257 de 2008 (Garantías).
2. De acuerdo a lo expresado por las tres entrevistadas A, B, C, después de la ocurrencia de los hechos y de la asistencia misma a sus primeros auxilios, estas no han recibido visitas domiciliarias, que evalúen las necesidades de atención en salud física o mental, (Sentencia C-776 de 2010). Así como tampoco se ha remitido a un equipo psicosocial. (Sentencia T- 045 de 2010).

3. Ha trascurrido el tiempo y no se ha logrado identificar los daños e impactos psicosociales sufridos a nivel individual, familiar y comunitario desde el significado, como también identificar los recursos o capacidades propias que puedan fortalecerse para mitigar el daño. (Sentencia T- 045 de 2010).
4. Estas mujeres denunciaron la vulneración a sus derechos fundamentales sin el debido acompañamiento hasta culminar el procedimiento que establece la Corte constitucional. (Auto a092/08: Contar con asistencia jurídica gratuita).
5. Existen procedimientos y pronunciamiento ya emitidos por las altas cortes colombianas en relación a esta situación y en la actualidad específicamente bajo los casos de estudios solo se cumple con la formalidad de la presentación de la demanda.
6. AL no existir una decisión frente a la denuncia interpuestas por las chicas A, B Y C El Estado desconoce las Resoluciones 1888 de 2009 y la Resolución 1960 de 2010, ambas referidas a la violencia sexual en contra de mujeres y niños en los conflictos armados, por medio del cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hace un llamado enfático a los Estados a poner fin a la impunidad por la comisión de crímenes sexuales.
7. Hasta la fecha estas víctimas de violencia sexual no han recibido ninguna ayuda o reparación integral por parte del estado colombiano. Aun cuando el Auto

009/15 establece el deber de adelantar investigaciones en tiempos razonables.

- Chica A: (Ocurrencia de los hechos: 14 de septiembre de 2011) = **4 años**
- Chica B: (Ocurrencia de los hechos: 5 de septiembre de 2010) = **5 años**
- Chica C: (Ocurrencia de los hechos: 15 de marzo de 1996) = **19 años**

CONCLUSIONES

El carácter sistemático y generalizado de la violencia sexual contra las mujeres es una realidad permanente y denunciada a diario por diversas organizaciones y organismos nacionales e internacionales a favor de los Derechos Humanos, constatada por la Corte Constitucional Colombiana. No obstante, pese a existir múltiples denuncias frente a este delito se evidencian falencias, dilataciones, negligencia y hasta posible desconocimiento por parte del Estado en materia de justicia y reparación a las víctimas del Municipio de María la baja - Bolívar. Desde toda perspectiva, resulta inhumano la situación que padece este grupo poblacional por motivos ajenos a su voluntad, en un escenario que hoy afronta el país representando a la mujer como botín de guerra dentro del marco del conflicto armado por grupos al margen de la ley. Aun cuando su obligación como garante de Derechos Humanos es resguardar y garantizar en su plena totalidad los derechos fundamentales y constitucionales contemplados en la Constitución Política y ratificados por Colombia en razón al bloque de Constitucionalidad.

Es evidente, como las altas Cortes Colombianas no aplican los estándares de debida diligencia aun cuando el Estado Colombiano ha suscrito tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la Convención de Belem Do Pará, ha aceptado la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión para el conocimiento de casos contenciosos por posibles violaciones de Derechos Humanos en los que el Estado sea demandado. De la misma manera, estos altos tribunales han legislado en razón a la materia, tanto así que resulta vislumbrante y propicio dentro de un Estado de derecho la decisión de la Corte Suprema de Justicia al exhortar a los organismos competentes del Estado a investigar un sin número de casos de violencia sexual perpetrados contra las mujeres, en el marco del conflicto. Ultimátum, de esta investigación también podemos extraer la falta de políticas públicas tendientes a regular la situación que viven estas mujeres. Lo que se traduce a un imperativo absurdo por parte del Estado al contar con múltiples organismos cuya única misión es la protección, promoción y divulgación de los Derechos Humanos.

REFERENCIAS

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW). Recomendación General No. 19 de 1992.
- Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Fondo de Población de las Naciones Unidas. Promoción de los Derechos Humanos sexuales y reproductivos. Módulo pedagógico para formadores N° 2. Bogotá, 1999.
- Corte Constitucional Colombiana (2010). Sentencia C-776.
- Corte Constitucional Colombiana (2010). Sentencia T- 045.
- Corte Constitucional (2008) Auto de seguimiento 092.
- Corte Constitucional Colombiana (2004.) Sentencia T-025.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de septiembre de 2009 dentro del radicado 2350827 (Corte Suprema de Justicia. Proceso N° 23508 de 23 de septiembre de 2009).
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. *Ibíd.* Párr. 118; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 20 de enero de 2007.
- Ley 1448 de 2011. (Junio 10) reglamentada por el Decreto Nacional 4800 de 2011, reglamentada por el Decreto Nacional 3011 de 2013. Congreso de la Republica Colombia.
- Ley 1257 de 2008 (diciembre 04) reglamentada por el Decreto Nacional 4463 de 2011, reglamentada parcialmente por el decreto nacional 4796 de 2011, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 4799 de 2011. Congreso de la Republica Colombia.
- Relatoría sobre los Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO 8

PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES Y HOMOPARENTALES: UN RETO PARA EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

Ángel Andrés Torres Hernández
Francia Elena Martínez Anaya
Berónica Narváez Mercado



PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES Y HOMOPARENTALES: UN RETO PARA EL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS DERECHOS DE LA INFANCIA¹

Ángel Andrés Torres Hernández², Francia Elena Martínez Anaya³, Berónica Narváez Mercado⁴

RESUMEN

Palabras Clave

Familia, protección,
homoparental,
monoparental,
niños

El objetivo de este trabajo consistió en establecer la manera en que el sistema jurídico colombiano protege el surgimiento de nuevas manifestaciones de familia, diferentes a la familia tradicional o nuclear, como son, entre otras, las familias monoparentales y las familias homoparentales, teniendo en cuenta que este tipo de familias se han venido extendiendo tanto por razones económicas como sociales. Por tratarse de un trabajo teórico, se realizó un análisis de las fuentes normativas relativas al tema, tomando como bases las generalidades que originan el surgimiento de estas familias, revisando estudios y publicaciones sobre las condiciones sociales de estas familias emergentes, además, de la normatividad expedida por el Estado colombiano que tiene como énfasis la protección de los derechos que, de las familias, tanto las nucleares como aquellas que surgen. Por otra parte, se estudiaron las disposiciones contenidas en la Carta Magna, referente a la protección de los derechos de los niños como miembros del núcleo familiar, así como los pronuncia-

-
1. Capítulo resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los Derechos Humanos en el departamento de Sucre.
 2. Magíster en Derecho. Especialista en Derecho Tributario y en Gerencia de la Hacienda Pública Abogado y Contador Público. Docente Investigación de la Corporación Antonio José de Sucre. Email: angel_torres@corposucre.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1137-7466>
 3. Magíster en Familias, Universidad Simón Bolívar. Especialista en procesos familiares y comunitarios de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Psicóloga. Email: Franciaema04@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5969-5578>
 4. Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, Directora del Grupo de Investigaciones Socio jurídicas GISCER de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4161-9275>

mientos de la Corte Constitucional a través de sus sentencias, logrando concluir que resaltar esta evolución normativa que protege a las familias homoparentales, que basas en el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a la familia y los derechos de los niños, entre otros, buscan la inclusión de las minorías.

ABSTRACT

Keywords

Family, Protection,
Homoparental,
Single parent,
Children

The objective of this work was to establish how the Colombian legal system protects the emergence of new family manifestations, different from the traditional or nuclear family, such as, among others, single-parent families and homoparent families, taking into account that these types of families have been spreading for both economic and social reasons. Since this is a theoretical work, an analysis was made of the normative sources relating to the subject, taking as a basis the generalities that give rise to the emergence of these families, reviewing studies and publications on the social conditions of these emerging families, in addition to the regulations issued by the Colombian State which emphasize the protection of the rights of both nuclear and emerging families. In addition, a study was made of the provisions contained in the Constitution concerning the protection of the rights of children as members of the nuclear family, as well as the rulings of the Constitutional Court in its judgements, and it was concluded that this normative development protecting homoparental families, which is based on the right to human dignity, the free development of personality, equality, the right to family and the rights of children, among others, seeks to include minorities, should be highlighted.

INTRODUCCIÓN

Valorando la sabia frase: *“La felicidad no depende del tamaño de la casa, sino del amor que hay en la familia”*. Anónimo. En la presente investigación estudiaremos los diferentes tipos de familias emergentes diferentes a la familia tradicional o nuclear, en especial las familias Monoparentales y las familias Homoparentales, de tal manera que se pueda establecer los orígenes de este tipo de familia. Por otra parte, revisaremos de manera detallada, las protecciones contenidas en las leyes en cuanto a las familias monoparentales con jefatura femenina y la extensión de dichos amparos a las familias monoparentales con jefaturas masculinas, basadas en el derecho de igualdad y los derechos de protección especial del menor. Por último, analizaremos la familia Homoparental, ya sea la conformada por hombres, que se conocen como familias de paternidad gay, o aquellas conformadas por mujeres que se conocen como familias de maternidad lésbica, revisando las sentencias de la corte constitucional que esboza los derechos a las uniones y matrimonios de estas parejas para la conformación de familias, así como los derechos de adopción. En ese orden de ideas, corresponde resolver entonces la siguiente pregunta: ¿Protege el ordenamiento jurídico colombiano a las familias Monoparentales y Homoparentales como familias emergentes diferentes a la nuclear? Desde la adaptación de nuestro Código Civil a las normas del derecho común romano, es mucho lo que se ha evolucionado en este concepto, teniendo como máximos referentes actuales, la definición que nos ofrece la corte constitucional, la cual, de acuerdo con la T/070 de 2015, ha señalado que:

Se entiende por familia, “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 integrantes más próximos”. (Sáchina, 2015)

Haciendo un retroceso en la historia, desde la épocas de las colonias era la iglesia católica quien tenía un alto control no solo en la sociedad, si no en el sistema político del país, es por esta razón que al momento de realizarse una definición de familia, esta se concebía como aquella conformada entre un hombre y una mujer, por ningún motivo se le daba cabida a la familia conformada entre individuos de un mismo sexo, a consecuencia que esta unión era considerada como una aberración (Ballesteros, 2013, pág. 10).

Pero de acuerdo a los avances que ha tenido la sociedad este concepto ha ido evolucionando a través de la historia, dejando de concebir a la familia como aquella conformada por un hombre y una mujer, si no que esta puede ser constituida de una forma diversa. Ahora bien, nuestra carta magna en su artículo 42, prevé que la familia es el núcleo fundamental que tiene la sociedad, y es aquella que se encuentra conformada por un hombre y una mujer, ya sea de una forma natural o jurídica (Constitución Política de Colombia, 1991).

LA FAMILIA EN COLOMBIA

La familia es una institución social definida por normas para su constitución y su filiación

(Göran Therborn, 2007). La integran personas relacionadas por consanguinidad o afinidad. De acuerdo con Gutiérrez de Pineda (1975) “los distintos individuos – consanguíneos y afines – que conforman la familia, se integran a través de su estructura, que no solo los agrupa y reconoce nominándolos, sino que configura los roles que deben jugar” (pp.309). En esta misma línea, la Política Pública Nacional de Apoyo y Fortalecimiento a las Familias Colombia 2015-2025 afirma que: “...la “familia” es la organización social más general y a la vez más importante de los seres humanos”, ratificado por el Consejo de Estado quien define a la familia como:

Es una estructura social que se constituye a partir de un proceso que genera vínculos de consanguinidad o afinidad entre sus miembros. Por lo tanto, si bien la familia puede surgir como un fenómeno natural producto de la decisión libre de dos personas, lo cierto es que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor, lo que la estructuran y le brindan cohesión a la institución (Consejo de Estado, 2013, pág. 23).

Etimológicamente la palabra familia proviene del latín *Famulus*, que hace alusión al grupo de esclavos que eran patrimonio del jefe (AB, 2004). Ahora, de acuerdo a lo manifestado por la corte constitucional en el año 2011, Magistrado Ponente; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, ha manifestado que el concepto de familia se desprende del inciso primero del artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, que tal y como se precisó con anterioridad, es el núcleo

fundamental que tiene la sociedad. Esta corporación ha manifestado que:

La interpretación que se le ha realizado al artículo 42 de la norma en mención, se encuentra fundamentada jurídicamente en la decisión libre que tienen tanto un hombre como una mujer de contraer matrimonio, es decir de conformar una comunidad de vida permanente ya sea por medio de un vínculo natural o por medio de un vínculo jurídico, determinando de esta manera que la familia se constituye principalmente de la voluntad responsable que tienen las partes de conformarla, ahora, la corte ha manifestado que la interpretación que se le realice a este aparte no puede ser de ninguna manera limitado, a consideración de que la corte ha brindado su protección a las familias conformadas por parejas homosexuales (Sentencia C-577 de 2011, págs. 5-6).

En este orden de ideas podemos inferir que toda interpretación que se le vaya a dar al concepto de familia, debe realizarse desde el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, por tal razón toda modificación que quiera hacerse a este concepto debe ir en miras a los fundamentos constitucionales y legales. Aunque el artículo anteriormente mencionado, limita la conformación de nuevas familias, debido a que este es claro en indicar que la familia es aquella conformada por un hombre y una mujer, este no puede ser interpretado de una forma taxativa, ya que se estaría presentando un trato desigual entre las otras clases de familia preexistentes en el país, es por esta razón que la Corte

Constitucional en el año 2007, “se vio en la obligación de otorgarle a las familias homoparentales, los mismos derechos que las familias heterosexuales, frente a la unión marital de hecho” (Sentencia C-075 de 2007, pág. 61). Posterior a ello, en el año 2018 la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación, le confirió el derecho a las parejas del mismo sexo de unirse en el sagrado vínculo del matrimonio, este acto podrá ser realizado ante los notarios o los jueces de la república y estos de ninguna manera podrán oponerse a realizar con este mandato constitucional, debido a que por medio de este acto, se garantiza los derechos a la igualdad de conformar una familia (Sentencia SU214 de 2016).

Bajo ese concepto, hoy vemos diferentes clases de familias modernas, si se les puede llamar de esa manera, que tienen un origen atípico, es decir, “no se trata entonces de la familia conocida y tradicional que se origina con el matrimonio por el cual un hombre y una mujer que se unen para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (Código Civil Colombiano, 1873), sino de serie de uniones que el Estado venido aceptando y asume que se constituyen como ejes o pilares de la sociedad y que de una y otra manera gozan del reconocimiento jurídico, ya sea a través de la ley o por cuenta de la jurisprudencia de las altas cortes colombianas. Las familias aceptadas legalmente hoy en día, son la familia nuclear y la familia extensa, la familia monoparental, la familia compuesta, como familias tradicionales. Además de ellas existen otras manifestaciones como la familia homoparental, ya sea a través de la maternidad lésbica o paternidad gay.

Tipologías de Familia

Las familias en Colombia, al igual que en el resto de países de la región Latinoamericana, han sufrido transformaciones en las últimas décadas, asociadas a los procesos de transición demográfica, modernización, revolución sexual, transformación educativa, inserción de la mujer en la fuerza laboral, entre otros. Entre las principales transformaciones podemos mencionar algunas como son la reducción en el número de hijos, los aumentos en la maternidad precoz, el aumento de las uniones consensuales y de las rupturas conyugales, el incremento de hogares monoparentales, de hogares unipersonales, y de familias reconstituidas (Flórez y Sánchez, 2012).

De acuerdo con Arriagada (2001), los hogares familiares pueden clasificarse con base en: (i) la relación de parentesco entre sus miembros, (ii) la edad de sus miembros, o (iii) la etapa del ciclo de vida de la familia – en particular, la relación de dependencia a lo largo del ciclo de vida del hogar. De acuerdo con Ullmann, Maldonado Valera, y Rico (2014), estas clasificaciones alternativas generan tres tipologías de hogares que se denominan, respectivamente:

- a. Tipología de estructura familiar: basada en la relación de parentesco
- b. Tipología generacional: basada en la edad de los miembros
- c. Tipología de ciclo de vida: basada en la relación de dependencia

En Colombia existe diversificación de los arreglos familiares desde cualquiera de las tres tipologías consideradas, tanto en las zonas urbanas como rurales y en los diferentes niveles de ingreso. Surgen otras formas de organización, como son los hogares

monoparentales o unipersonales. También surgen nuevos arreglos biparentales diferentes al núcleo tradicional conformado por una pareja heterosexual y sus hijos, como son las familias biparentales conformadas por parejas del mismo sexo. Distintas clases de familias, entre las cuales tenemos; las familias nucleares, las familias extensas, las familias monoparentales, la familia nuclear poligenética, familia ampliada, y la familia homoparental. A continuación, desarrollaremos cada una de ellas (Departamento Nacional de Planeación, 2016).

- Familias nucleares: es aquella que conocemos desde tiempos históricos, la cual se encuentra integrada por un hombre, una mujer y los hijos que se encuentran legalmente reconocidos por ambos. Este tipo de familia también es conocido como familia elemental.
- Familias extensas: Esta familia se encuentra conformada por distintas generaciones, las cuales cohabitan en una misma habitación. Estos miembros pueden ser abuelos, padres, hijos, tíos y sobrinos
- Familias monoparentales: Esta se encuentra conformada por los hijos y un solo progenitor, es decir, que en esta familia solo se encuentra presente uno de los padres.
- Familia nuclear poligenética: También conocida como familia reconstituida, recompuesta, superpuesta o simultánea, es resultante de una anterior unión legal o de hecho en la que se tuvo uno o varios hijos. Esta familia se constituye de la nueva unión de uno o ambos miembros de la pareja, en donde se unen los hijos

de cada persona y los comunes. A esta familia corresponde el dicho popular: los tuyos, los míos y los nuestros.

- Familia ampliada: Se encuentra integrada por diversas familias que cohabitan en una misma habitación, es decir se encuentra conformadas por personas que no tienen ningún tipo de parentesco.
- Familias homoparentales: Las familias homoparentales son aquellas que se encuentran conformadas por parejas del mismo sexo, y esta puede ser conformada a través de una unión marital de hecho o por medio del sagrado vínculo del matrimonio, que tal y como se planteó con anterioridad, este puede ser celebrado ante los jueces y los notarios de la república. Por ende, toda legislación que sea expedida con relación a este tema de ninguna manera puede ser rechazada, sin que antes se le realice el respectivo control de constitucionalidad.

Familias Monoparentales con Jefatura Femenina

De manera general, vemos que la economía se constituye en un factor importante en la conformación de familias distintas a la nuclear, tal es el caso de las familias monoparentales, en donde podemos observar que:

La Nueva Economía del Hogar, enriquecida con los aportes de Gary Becker y todo el trabajo desarrollado en los años ochenta y noventa del siglo XX sobre los modelos de comportamiento intrafamiliar, logra avanzar en la superación de la familia como agente económico pasivo, cuya única actividad

era el consumo, y así dar paso a la familia como unidad de decisión de consumo, queriendo decir con ello que la función consuntiva no es un acto final, sino un acto consciente e intermedio orientado hacia la producción (Quintero, 2013)

Este tipo de familia es la conformada por uno de los padres, Alberdo las definió como aquella “formada por personas «solas» con niños o jóvenes dependientes económica y socialmente a su cargo, entendiendo por personas solas aquellas que no tienen pareja sexual estable con la que conviven, cualquiera que sea su estado civil” (Alberdo, 1988). En sí mismo, podemos manifestar que *es una variación de la familia nuclear de un solo adulto, compuesta por una madre o un padre* (Naciones Unidas, 1994). En otras palabras, existen dos tipos, en una de ellas la jefatura recae sobre el hombre y por su puesto la otra en que la jefatura recae sobre la mujer. La familia monoparental con jefatura femenina, se puede presentar cuando la mujer luego de una relación matrimonial o de unión libre, enviudase; otro origen, radica en que la mujer queda con la responsabilidad social de sus hijos por el abandono o separación con su pareja masculina y es a ella quien le corresponde asumir toda la responsabilidad de los hijos, que a la luz de la legislación colombiana se le conoce como mujer cabeza de familia o jefatura femenina de hogar, de conformidad con la ley 1232 de 2008 en su artículo 2 dispone:

Es una categoría social de los hogares, derivada de los cambios sociodemográficos, económicos, culturales y de las relaciones de género que se han producido en la

estructura familiar, en las subjetividades, representaciones e identidades de las mujeres que redefinen su posición y condición en los procesos de reproducción y producción social, que es objeto de políticas públicas en las que participan instituciones estatales, privadas y sectores de la sociedad civil.

En concordancia con lo anterior, es Mujer Cabeza de Familia, quien, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar” (Ley 1232, 2008).

Del artículo anterior, se puede colegir los requisitos que debe tener el hogar en cabeza de la madre, para ostentar tal condición y ser reconocida social y legalmente, teniendo en cuenta además que la jurisprudencia de la Corte Constitucional extiende la condición en cuando a beneficios, al padre jefe de hogar, al disponer:

La condición de padre o madre cabeza de familia se acredita cuando la persona (i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra

que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental” Corte Constitucional. (25 de enero de 2018) Sentencia T-003 [M.P Cristian Pardo Schlesinger] Expediente T-6.334.126.

Desde el punto de vista social, este tipo de familia tiene su origen en situaciones sociales como la participación de los hombres en la guerra, que marcaba una dependencia del hogar en la mujer; la profesionalización de la mujer, que la convertía en una persona productiva, capaz de trabajar por sí misma y sostener un hogar, la industrialización que trajo la oferta de trabajo masivo en donde la mujer desempeñaba un papel importante (Avilés, 2013). Lo anterior, ocasionó en la mujer una independencia económica y social, apartando el temor de divorciarse o separarse por miedo a esa dependencia económica que anteriormente padecía. Hoy por hoy, este tipo de familia no es solo aceptada sino protegida por el mismo Estado y sus políticas sociales, al punto que la madre cabeza de hogar en Colombia es sujeta de protección constitucional, por ejemplo, en cuanto al empleo:

La estabilidad reforzada de la que gozan los padres y madres cabeza de familia se extiende a la permanencia en el cargo, hasta tanto la entidad se encuentre liquidada, pero, una vez ocurrida dicha situación, el Estado debe mantener la protección, ya no con la permanencia en el empleo, sino, reubicándolos o indemnizándolos (Moreno, 2017)

La protección señala en el párrafo anterior, es una de las tantas consideraciones que la norma le otorga a este tipo de familia, en Colombia la Constitución Política, en su artículo 43, hace explícita la protección del Estado Colombiano a la mujer cabeza de familia:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de esencial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Uribe, 2007)

El ordenamiento jurídico colombiano es una muestra de la política social que el Estado propende por este tipo de familia, así, por ejemplo, encontramos la protección a la mujer cabeza de familia cuando esta es la propietaria de un único bien inmueble, en la ley 861 de 2003 “Por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia”. La norma pretende que se expulse del comercio el bien inmueble, asentando en la matrícula inmobiliaria del bien, la constitución de patrimonio de familia para que dicho inmueble no se pueda embargar, al disponer en su artículo segundo:

Artículo 2o. La constitución del patrimonio de familia a la que se refiere el artículo 1o de esta ley se hará ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Jurisdicción donde se encuentre ubicado el inmueble.

Para el efecto, será necesaria la presentación de los registros civiles de nacimiento de la mujer y de sus hijos, para demostrar su parentesco; declaración notarial de su condición de mujer cabeza de familia según lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2o de la Ley 82 de 1993; el título de propiedad del inmueble; y declaración bajo la gravedad del juramento de dos (2) personas honorables de la localidad donde se encuentre ubicado el inmueble, hecha ante notario o en su defecto ante el alcalde municipal del lugar o ante el Inspector de Policía donde testifiquen que la mujer cabeza de familia solo posee ese bien inmueble.

La presente norma fue objeto de estudio constitucional y se extendió la protección también al hombre cabeza de familia, propendiendo el derecho a la igualdad, porque en ambas situaciones se constituyen en familia y merecen las mismas garantías y protecciones, así como la protección especial del menor, al respecto la Corte Constitucional enfatizó:

Ha dicho la Corte, en desarrollo de los principios de igualdad y protección especial del menor, las medidas de protección de la mujer cabeza de familia resultan así mismo aplicables a los menores que estén a cargo de un hombre que se encuentre en las mismas condiciones que la ley ha previsto para la mujer cabeza de familia. Esto es, las medidas de protección que la ley ha previsto para los menores a cargo de una mujer cabeza de familia también se aplican en los eventos en los que sea un hombre quien tenga a su cargo, de

manera exclusiva, desde el punto de vida social y económico, el cuidado de los menores, y carezca de apoyo y de otros recursos” Corte Constitucional, Sala Plena (03 de agosto de 2004) Sentencia C-722 [M.P Rodrigo Escobar Gil] Expediente D-5047.

Existen dos elementos muy importantes en favor de las familias monoparentales contenidos en la ley y por supuesto en la jurisprudencia, que no puede pasar desapercibidos. En primer lugar, la norma que se había concebido para proteger exclusivamente a la mujer cabeza de familia, es condicionada por la corte constitucional, haciendo extensiva la protección al hombre que se encuentra en las mismas condiciones, con basamento en el derecho de igualdad entre el hombre y la mujer, además, en la protección especial del menor dado que se encuentran en las mismas condiciones. En segundo lugar y no menos importante, la ley y por supuesto la jurisprudencia, en esta ocasión no solo se limitan a proteger los llamados derechos personalísimos o inherentes al ser humano, sino que la norma va más allá, propendiendo por la protección de los derechos patrimoniales, esta vez del inmueble rural o urbano cuyo propietario es la mujer (o el hombre) que conforma con el mejor protegido, una familia monoparental.

En general, la mujer, en especial la madre cabeza de familia o jefa de hogar, goza de la protección del Estado, con una serie de normatividades que le favorece en el sentido que, según la ley, se encuentra en condiciones desfavorables a la familia nuclear, bien sea porque le corresponde sostener económicamente su hogar o porque

le corresponde el rol de madre y padre para sus hijos, situación que no es nada sencillo en un país de costumbres conservadores y socialmente discriminador.

Familias Homoparentales

Una familia homoparental es aquella en la que los miembros de una pareja del mismo sexo se convierten en los progenitores de uno o varios niños. Hay que indicar que el prefijo griego homo quiere decir el mismo, como las palabras homosexual, homólogo u homónimo. Las parejas homoparentales pueden ser de padres o madres porque han adoptado un niño, a través de la maternidad subrogada o como consecuencia de la inseminación artificial en el caso de las mujeres (Definición: Familia Homoparental, s.f.). Este tipo de familia, también goza de la protección del Estado, al punto que hoy la jurisprudencia ha contribuido en el otorgamiento de derechos como el matrimonio y la adopción, que solo se encontraban previstos para las familias nucleares.

Mucho se especulaba si las parejas del mismo sexo, sea entre hombres o entre mujeres, las primeras llamadas gay y las segundas relaciones lésbicas como antes se había mencionado, pudiesen considerarse familia. Colombia, siendo un país de pensamiento tradicionalista hacia la familia compuesta por un hombre y una mujer, da un cambio muy importante en este concepto tradicional, aceptando a las parejas del mismo sexo como verdaderas familias, inclusive la corte constitucional ordenando al legislador, es decir al congreso, que regule la materia, así lo ratifica en la sentencia T-196/16 que señala:

La Corte Constitucional ha manifestado a través de su jurisprudencia que respecto de las familias compuestas por personas homosexuales se ha presentado un déficit de protección que, de alguna forma, justificó la intervención de juez constitucional. En algunos casos la Corte ofició al Congreso para que fijara un régimen jurídico pertinente en el que se ampliaran e igualaran las garantías jurídicas a estas personas... Lo que en un principio no era reconocido, luego, principalmente mediante sentencia C-577 de 2011, fue claramente definido por esta Corporación. En dicha sentencia se sostuvo, criterio que hasta hoy se mantiene, que el concepto de familia responde factores socio afectivos, de manera que, indiscutiblemente, aquellas homoparentales, no solo son familia, sino que gozan de la misma protección constitucional que las heterosexuales” Corte Constitucional, Sala Plena (26 de abril de 2016) Sentencia C-196. M.P [Luis Ernesto Vargas Silva]. Expediente: T-5.307.124.

El reconocimiento de la unión entre parejas del mismo sexo como familias, implica el derecho de los mismo a contraer matrimonio y formalizar de manera solemne su unión, de esa manera lo consideró la Corte Constitucional en su sentencia:

La Sala Plena estima que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana y a

conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género”. Corte Constitucional, Sala Plena (28 de abril de 2016) Sentencia SU214. M.P [Alberto Rojas Ríos]. Expediente: T-4.167.863AC.

Ahora bien, al proteger vía jurisprudencial los derechos de las parejas homoparentales, considerándolas familias y otorgándoles la posibilidad de casarse, también ha protegido el derecho de adoptar niños, al respecto:

La Corte condiciona la asequibilidad de las normas sobre adopción consentida o complementaria, en el entendido que dentro de su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente” Corte Constitucional, Sala Plena (18 de febrero de 2015) Sentencia C-071. M.P [Jorge Iván Palacio Palacio]. Expediente: D-10315.

Ratifica su posición la corte constitucional sobre la adopción de las parejas del mismo sexo en el entendido que esta, no constituye una violación al ordenamiento jurídico constitucional colombiano, más bien se constituye en una garantía de los derechos tanto de los padres que deseen adoptar como de los menores que requieren ser adoptados y tienen derecho a tener una familia, al respecto la corte confirmó:

La Corte encuentra que no es constitucionalmente válido excluir de los procesos de adopción a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Una hermenéutica en tal sentido genera un déficit de protección

de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que a su vez desconoce el interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia, por cuanto esta es una medida de protección plenamente idónea para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus demás derechos (art. 44 CP) ... Lo que para esta Corporación resulta incompatible con la Carta es restringir genéricamente la adopción a las parejas del mismo sexo, en tanto dicha prohibición no cuenta con una justificación constitucionalmente válida” Corte Constitucional, Sala Plena (04 de noviembre) Sentencia C-683. M.P [Jorge Iván Palacio Palacio]. Expediente: D-10371.

Es importante resaltar esta evolución normativa que protege a las familias homoparentales, que basas en el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a la familia y los derechos de los niños, entre otros, buscan la inclusión de las minorías. Pero lo más importante será cuando la sociedad misma sea la que mediante la tolerancia y el respeto logre la aceptación de este tipo de familias, porque solo de esa manera se logra la convivencia social que se ve reflejada en la paz social.

CONCLUSIONES

Toda interpretación que se le vaya a dar al concepto de familia, debe realizarse desde el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, por tal razón toda modificación que

quiera hacerse a este concepto debe ir en miras a los fundamentos constitucionales y legales. Ahora bien, así como la Constitución Política establece en su desarrollo normativo apartes que protegen a la familia, también contiene preceptos que protegen a los miembros que conforman esa familia, y aun cuando nuestra legislación establece igualdad entre los hombres y las mujeres, la norma les ha otorgado una protección especial a las mujeres embarazadas, las madres cabezas de familia y a los niños. La familia monoparental, ya sea el padre o la madre cabeza de familia, gozan de la protección del Estado en cuanto a programas sociales dirigidos específicamente a este tipo de familia. Tanto la mujer como el hombre cabeza de familia, tienen derecho a constituir patrimonio de familia inembargable sobre el único bien inmueble rural o urbano cuya titularidad del derecho de dominio se encuentra en cabeza de uno de ellos.

La protección de las familias monoparentales y homoparentales como un reto para el estado colombiano, frente a los derechos de la infancia implica reconocer que la familia con el tiempo ha cambiado, ya no solo se habla de familia nuclear, sino también, entre otras de familia monoparental y familia homoparental. Se requiere no solo reconocer la mayor diversificación de los arreglos familiares, sino que las políticas públicas sociales reconozcan esa diversidad y tengan en cuenta las diferentes necesidades dependiendo del tipo de familia.

REFERENCIAS

- Alberdo, I. (1988). *Las Familias Monoparentales*, Seminario Hispano-francés. Madrid: Instituto de la Mujer.
- Arriagada, Irma. 1997. *Políticas Sociales, Familia y Trabajo en la América Latina del fin de siglo*. Serie Políticas Sociales No. 21. Naciones Unidas-CEPAL: Santiago de Chile.
- Arriagada, Irma. 2001. *Familias latinoamericanas. Diagnóstico y políticas públicas en los inicios del nuevo siglo*. Serie Políticas Sociales No. 57. Naciones Unidas-CEPAL: Santiago de Chile.
- Arriagada, Irma. 2002. *Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas*. Revista de la CEPAL No. 77. Pp. 143-161. CEPAL: Santiago de Chile.
- Avilés, M. (2013). *Origen de Concepto de Monoparientalidad. Un Ejercicio de Contextualización Histórica*. Universidad de Murcia.
- CEPAL – Colombia. 2015. *La Protección Social de la Población Rural en Colombia: Una propuesta desde las familias y sus necesidades*. CEPAL: Bogotá.
- Código Civil Colombiano. (26 de mayo de 1873). Ley 84.
- Consejo de Estado. Julio de 2013. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.
- Definición. Familia Homoparental. (s.f.). Obtenido de Definición ABC: <https://www.definicionabc.com/social/familia-homoparental.php>
- Flórez, Carmen Elisa. 2004. *La transformación de los hogares: Una visión de largo plazo*. Revista Coyuntura Social, No. 30, June 2004. Pp. 23-50.

- Flórez, Carmen Elisa y Sánchez, Lina. 2012. Fecundidad y familia en Colombia: ¿hacia una segunda transición demográfica? Coautor con Lina María Sánchez. Serie de estudios a profundidad. Encuesta Nacional de Demografía y Salud – ENDS – 1990/2010. Profamilia.
- Göran, Therborn, 2007. Familias en el mundo. Historia y futuro en el umbral del siglo XXI. En: Arriagada Irma (Coordinadora): Familia y Políticas Públicas en América Latina: Una historia de desencuentros. CEPAL: Santiago de Chile.
- Gutiérrez de Pineda, Virginia. 1975. Estructura, Función y Cambio de la Familia en Colombia. ASCOFAME: Bogotá.
- Jelin, Elizabeth. 2005. Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales: hacia una nueva agenda de políticas públicas. En: Arriagada Irma (Editora): Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales. Cap. II-D. Pp. 69-88. Serie Seminarios y Conferencias No. 46. CEPAL- División de Desarrollo Social. CEPAL: Santiago de Chile.
- Moreno, C. (6 de abril de 2017). Sentencia Radicada 25000-23-42-000-2016-06188-01. Sección Quinta. Colombia.
- Naciones Unidas. (1994). Materiales de Trabajo, Infancia y Familia. Madrid: Centro de Estudios del Menor. Obtenido de Ministerio de Asuntos Sociales.
- Quintero, Á. (2013). La Familia Según un Enfoque de Convergencia: diversidad familiar, género y sexualidad. Obtenido de Institución Universitaria de Envigado.
- Rubiano, N. y Wartenberg, L. 1991. Hogares y redes familiares en centros urbanos. Ponencia presentada en el Congreso de Trabajo Social. Cali.
- Sáchina, M. V. (18 de febrero de 2015). Sentencia T/070. Expediente: T-4.534.989. Bogotá, Colombia.
- Uribe, P. (2007). Familias Monoparentales con Jefatura Femenina, una de las Expresiones de las familias Contemporáneas. Tendencias y Retos, 89.
- Ullmann, H., Maldonado Valera, C., & Rico, M. 2014. La evolución de las estructuras familiares en América Latina, 1990-2010: Los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado. CEPAL, División de Desarrollo Social - Series Políticas Sociales No. 193. Naciones Unidas-CEPAL: Santiago de Chile 29
- Vargas, E., Ripoll K., Carrillo, S., Rueda, M., y Castro John. 2013. Experiencias familiares de madres y padres con orientaciones sexuales diversas: Aportes a la investigación. Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología. Editorial Kimpres: Bogotá.

CAPÍTULO 9

SISTEMA DE ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN INFANTIL EN COLOMBIA

Javier Evaristo Miranda Hoyos
Andrea Carolina De Vivero Taboada
Andrea Hernández Luna
Javier Segundo Tatis Corrales



SISTEMA DE ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LA POBLACIÓN INFANTIL EN COLOMBIA

*Evaristo Javier Miranda Hoyos¹, Andrea Carolina De Vivero Taboada²,
Andrea Hernández Luna, Javier Segundo Tatis Corrales*

RESUMEN

Palabras clave

Ley 1878 de 2018, sistema de adopción, restablecimiento de derechos, población infantil.

Esta investigación trata sobre el proceso de adopción como medida de restablecimiento de derechos en Colombia, se expusieron resultados frente a la pregunta problema de cuáles cambios fueron introducidos por la ley 1878 de 2018 en el proceso de adopción y restablecimiento de derechos del centro zonal de Cereté. Para cumplir los objetivos, se utilizó la metodología cualitativa, que arrojó como resultados que la ley 1878 introdujo cambios favorables en el proceso de adopción en general, en favor de más de once mil (11.000) menores en espera de ser adoptados a enero de 2017, contando con mecanismos de protección constitucional e instrumentos internacionales para su vigilancia, acorde con el enfoque prioritario para la protección de la población infantil también en la legislación interna, presentando la adopción como la medida más efectiva para el restablecimiento de derechos y que con los cambios introducidos se logra mayor celeridad y garantías llevando el proceso a buen término, disminuyendo los riesgos y las posibles fallas que pudieran presentarse. El trabajo inicia con el planteamiento del problema y su respectiva justificación, se expone el componente doctrinal de la adopción y las medidas de restablecimiento de derechos, haciendo posteriormente un análisis de la normatividad nacional e internacional respecto a la adopción.

-
1. Magíster en Derecho Universidad del Norte, Barranquilla. Abogado Especialista en Derecho Civil y de Familia, Universidad del Norte, Barranquilla, Docente Área de derecho Privado; Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: evaristo.miranda@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5250-2561>
 2. Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Semillerista de Derecho Privado. Email: Andrea.devivero@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5250-2561>
 3. Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Semillerista de Derecho Privado. Email: Andrea.hernández@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2535-8925>
 4. Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Semillerista de Derecho Privado. Email: Javier.tatis@cecar.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8768-6698>

Keywords

1878 of 2018 law,
adoption system,
rights restoration
measure, child
population and
Colombian Family
Welfare Institute
(ICBF)

ABSTRACT

This investigation is about the adoption process as a Colombian rights restoration measure. Results were presented in front of the question problem of what changes were introduced 1878 of 2018 law in the adoption and restoration of rights process of the Cereté zonal center. To meet the objectives, the qualitative methodology will be considered, which resulted in the 1878 law introduced favorable changes in the adoption process in general, in favor of more than one thousand (11,000) minors waiting to be adopted by January 2017, with constitutional protection mechanisms and international instruments for its surveillance, in accordance with the priority approach for the child population protection also in domestic legislation, presenting the adoption as the most effective measure for the rights restoration and with this changes introduced are achieved faster and guarantees the process to fruition, reducing risks and possible failures that occur. The work begins with the approach of the problem and its respective justification, the doctrinal component of the adoption and the rights restoration measures are exposed, later making an analysis of the national and international regulations regarding the adoption.

INTRODUCCIÓN

Desde la redacción del artículo constitucional número cuarenta y cuatro (44) de la Constitución Política colombiana se estipulan dentro del marco de los derechos fundamentales de la niñez, el derecho a la vida principalmente, a la integridad en su físico, a las condiciones de salud como también al aseguramiento social, a tener alimentos y una nutrición equilibrada, a una denominación civil, una nacionalidad, a poseer un ambiente familiar sin ser separado del mismo, con las condiciones de afecto y seguridad y que permitan la posibilidad de educarse y culturizarse. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En dicho artículo constitucional se expresa la responsabilidad del Estado de Colombia con la búsqueda de proteger a la población infantil en contra de las posibles condiciones de abandono, como también contra actos que puedan violentar su integridad física o moralmente, entre otros tipos de injurias hacia la población infantil, esto sin dejar de lado el reconocimiento de los demás derechos estipulados en la carta magna, la legislación nacional y los diferentes instrumentos extra nacionales ratificados por el Estado., en donde se encuentran internacionalmente reconocidos como sujetos de especial protección y que se refuerza con su último inciso resaltando que existe una prevalencia de derechos de la población infantil por encima de los de los demás. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Desde el punto de vista Constitucional, el derecho a la Familia corresponde a uno de los pilares esenciales de la vida social, es bajo este fundamento que se expresa en el artículo cuarenta y dos (42) del texto constitucional

colombiano, como el núcleo de esta, y por medio de la cual se constituyen las diferentes vinculaciones naturales y del campo jurídico.

El Estado también se atribuye la responsabilidad de brindar una garantía en los mecanismos para proteger al núcleo familiar en la sociedad por mandato constitucional, tratando con esto también de brindar protección entre las diferentes personas que la conforman, como lo son los hijos procreados durante la vida conyugal o por fuera de esta, el menor vinculado producto de un proceso adoptivo, de procedencia natural o científicamente asistidos, como también los de crianza; teniendo deberes y derechos en igualdad frente a las leyes. Es por esto por lo que la Corte Constitucional en la Sentencia C-071 de 2015 explica que el derecho fundamental a poseer una vinculación familiar es una garantía para la materialización de los demás conexos, por lo cual requiere de una protección reforzada, y que necesita de una actuación del estado como obligación para salvaguardar los derechos de la niñez, y de forma mayormente relevante los que se hallan en condiciones de abandono. (Corte Constitucional, 2015)

METODOLOGÍA

La presente investigación utiliza un método inductivo y descriptiva, puesto que nuestro objetivo es la descripción o enunciamiento de la respuesta a la pregunta que nos hicimos inicialmente, será una investigación en Derecho con enfoque Socio-jurídica puesto que tendrá un componente jurídico y uno social, ya que va enfocado a exploración y comparación de dos leyes, pero

también va encaminada a darle respuesta a una problemática social evidente, dicha investigación tendrá un enfoque cualitativo ya que lo que se buscará será la obtención de unos datos enunciativos y no cuantificables porque en esta ocasión no pretendemos basarnos en cantidades, sino en comparación en cuanto a la descripción u enunciado de las leyes.

ADOPCIÓN

Etimológicamente la palabra “adoptar” proviene del latín, en donde la palabra “adoptare” se compone de las raíces “ad” y “optare”, las cuales traducen “desear a”, significado que deja ver el deseo de crear una vinculación familiar con un hijo, creando relaciones de paternidad o maternidad, aún sin tener un vínculo consanguíneo. (Matarrazo, 2016) . Partiendo de la visión del derecho civil, el proceso adoptivo se remonta históricamente al derecho romano, época en que se conocía como *adoptio*, y se consideraban prerrogativas exclusivas del pater familias, conociéndose que la descendencia se veía como cosas que no poseían alma y como principal función de esta figura se tenía lo relacionado con materia sucesoral. Posteriormente se incorporan estos conceptos en el derecho civil francés, encontrándose en el Código civil en los tiempos de Napoleón Bonaparte alrededor de 1804, posterior a la revolución francesa, pudiéndose notar en este componente histórico que existía una tendencia al reconocer la figura de la adopción como un derecho del adoptante sobre el adoptado, y que solo después de los cambios realizados al código civil de la Francia de 1829 a 1849, es cuando se puede ver un

reconocimiento del derecho del adoptado como función prevalente para la adopción. (Matarrazo, 2016)

Para dar un concepto integral de la adopción se recogen diferentes posturas doctrinales sobre la naturaleza de este vínculo, es entonces cuando surge la adopción como un contrato, como un acto jurídico o como una institución, siendo estas posiciones con características distintas que en materia doctrinal llevan a discusión, cada una con argumentos de peso. En primera medida entendiendo la adopción como un contrato solemne en donde se adquiere la calidad de hijo legítimo con los padres civiles, posición que guarda relación con la conceptualización de la adopción como un acto de naturaleza jurídica que establece relaciones análogas a las resultantes con la madre o padre legítimos, como lo expresa Castán Tobeñas, pero que es considerada por otros doctrinantes como una institución, que presenta gran relevancia para el interés público, en donde se construyen una agrupación de normas y procedimientos para regular los mecanismos de vinculación en la adopción, y que por lo tanto se puede ver como la posición más acertada frente al carácter jurídico del proceso adoptivo. (Universidad Javeriana, 2019). El concepto de adopción simple se crea a partir de la ley 1960 y la ley 140 del mismo año, en este concepto se expresaba que con la adopción se creaba una vinculación jurídica entre la persona adoptada y los adoptantes, y con este vínculo civil, el adoptado recibía todos los derechos como hijo, pero tenía como distinción que el adoptivo no perdía el vínculo con sus familiares consanguíneos, lo cual tenía repercusiones en materia sucesoral. (Gómez Pulido & Urbano Muñoz, 2019)

Para la Corte colombiana, la adopción tiene como finalidad el establecimiento de una verdadera familia para el menor adoptado y debe hacer efectivo su interés predominante y la prevalencia de sus derechos, teniendo en cuenta que la adopción persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho de integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar, entonces se trata de una disposición para proteger el interés prevalente de los menores, cuando se encuentre en una familiar que no cumpla con las condiciones necesarias para proveer su desarrollo, ubicando a este en una familia apta para ello, con esto garantizar el derecho fundamental a tener una vinculación familiar y no separarse de esta, ya que busca propiciar condiciones para su desarrollo armónico e integral. (Corte Constitucional, 2018). La figura del hijo adoptivo se conoce desde la ley quinta de 1975, y es donde se da el nacimiento del concepto de adopción plena, la cual presenta como característica que para el menor adoptado se desaparece toda relación civil jurídica civil con sus padres consanguíneos y estos vínculos pasan a la nueva familia adoptante junto con sus respectivas responsabilidades incluyendo la materia sucesoral. (Gómez Pulido & Urbano Muñoz, 2019). Posteriormente en 1989 con el advenimiento del decreto 2773, también conocido como código del menor, se elimina completamente de la legislación colombiana la figura de la adopción simple, pero se debe tener en cuenta que esta figura continúa existiendo en los casos que este vínculo fue creado con anterioridad al decreto 2773, ya que para estos casos debía existir un acuerdo entre los adoptantes y los adoptados

para pasar al nuevo vínculo adoptivo pleno. Y adicionalmente en las particularidades más relevantes de la adopción se encuentra la irrevocabilidad, siendo este uno de los mecanismos para el restablecimiento de derechos por excelencia, el mantenimiento de este vínculo lo hace como garantía para proteger los derechos del menor promoviendo así un mayor grado de seguridad jurídica de la condición de esta población infantil con intereses prevalentes. (Gómez Pulido & Urbano Muñoz, 2019)

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN COLOMBIA

El restablecimiento de derechos en Colombia se realiza mediante un proceso administrativo regulado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por medio del cual, se persigue la garantía de la restitución de la dignidad e integridad de los menores con respecto a las situaciones de vulneración, amenaza o inobservancia de sus derechos; utilizando como instrumento el Proceso Administrativo de restablecimiento de derechos, en adelante PARD, en búsqueda de la prevalencia del interés superior del menor y la garantía del debido proceso en las instancias que se adelanten a su favor. (Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, 2016). Se concibe como un procedimiento que se caracteriza por su agilidad, especialidad y por ser expedito, en función de la prevalencia de los intereses de los menores, de quienes sus derechos se consideran prevalentes a los de los adultos en todas las situaciones que tenga en común. (Alianzaporlaninez.org, 2013) También se caracteriza por tener una

estructura compuesta, esto se refiere a que sus actuaciones convergen en entidades tanto administrativas como judiciales, como también con matices sustanciales como procesales, del ámbito civil como también del administrativo por lo que se conoce como un proceso especial y que requiere de claridad para definir la resolución de lagunas en su interpretación, dependiendo la normatividad aplicable. (Alianzaporlaninez.org, 2013)

La forma en la que los menores pueden acceder al P.A.R.D puede ser mediante denuncia o solicitud ejecutada por autoridades públicas del interior o exterior del país, personas con autoridad en los regímenes indígenas, afrocolombianas o raizales, de carácter particular, nacional o extranjero, o entes organizacionales de gobierno o por fuera de este, también nacional o extranjero, por padres, familiares o inclusive los mismos menores frente a autoridades como el defensor de familia, comisario de familia e inspector de policía. (Mis abogados - Derechos Civil - Consultoría General, 2016). Siendo este proceso de utilidad en Colombia para conseguir actuaciones para restablecer de derechos como la amonestación con obligatoriedad de asistir a cursos pedagógicos cuando existen situaciones amenazantes, o de vulneración la cual es dirigida al, padre, madre o acudientes de los menores, enfatizando en cursos sobre garantías y derechos de los niños y adolescentes, como también con la intención de vincular a sistemas de atención especial, ubicándolos en su familia de originaria o familia extensa, que puedan cumplir con la protección y garantía de sus derechos; Y de no ser posible esto, el I.C.B.F cuenta con herramientas como los hogares gestores, amigos, sustitutos y de paso, como también la

red de organizaciones, centros de emergencia, acciones de policía, administración y judiciales, teniendo la adopción entre sus alternativas más satisfactorias. (Congreso de la República, 2018) (Congreso de la República, 2006). Este proceso administrativo presenta políticas de operación según las características de cada caso, teniéndose como ejemplos que cuando menor pertenezca a la población afrodescendientes, raizales o room, puede actuar el ICBF en el momento que las autoridades de estas comunidades se abstengan de asumir la respectiva competencia y sin afectar su autoridad, como también llevar registros en el sistema de información pertinente, siguiendo las disposiciones dispuestas en las leyes regulantes y bajo necesidad de verificar la protección de los derechos, con la posibilidad de seguir modelos estipulados en las defensorías de familia y contando con el apoyo de un equipo profesional interdisciplinar que cuente con psicólogos, un trabajadores sociales y un nutricionistas. (ICBF, 2016)

Las medidas de restablecimiento de derechos son actuaciones de carácter administrativo que son decretadas por las autoridades competentes con la intención de favorecer la garantía y la restitución del goce de los derechos de los menores; Estas medidas pueden establecerse de forma provisoria o definitivamente y deben guardar relación con el derecho amenazado y en este caso actuar en garantía del prevalente derecho del menor de permanecer en compañía de una familia. (ICBF, 2016). Es importante mencionar que, en cuanto a los mecanismos para proteger integralmente los derechos de la población infantil y adolescente, se hace una mención expresa en el artículo 140 de la ley 1098 de

2006 señalando que en ninguna ocasión la búsqueda de la protección de forma integral deberá servir como pretexto para la violación de los derechos y las garantías de los menores. Esto teniéndose en cuenta que no se puede tomar la internación de un menor de edad en un centro de rehabilitación de menores como una medida restablecimiento de derechos, teniendo en cuenta algunas malas prácticas evidenciadas con el anterior código del menor en donde se intentaba institucionalizar a niños, niñas o adolescentes en situación de vulneración o amenaza con la excusa de que se les estaba brindando protección; siendo esta una estrategia dependiente de la discrecionalidad de las autoridades por ser a veces de mayor facilidad la internación o el argumento del no restablecimiento de derechos en los momentos en los que carecía de cupos en instituciones de protección. (ICBF, 2019)

Para llevar a cabo este proceso requiere de una serie de actividades que empiezan con la recepción de la petición en la oficina de atención a la ciudadanía por parte de la defensoría de familia, con esta petición se identifica, en caso de requerirse o no de alguna diligencia de para allanar o rescatar al menor teniendo en cuenta de la existencia de indicios de peligro para la vida o la integridad del niño niña o adolescente; posterior a esto se realiza la actividad de verificar la garantía de derechos a cargo del defensor de familia, el cual establecerá contacto con el usuario observando el estado del cumplimiento de los derechos mediante entrevistas y valoraciones, con lo cual el equipo interdisciplinario mite un concepto sobre el estado del cumplimiento de los derechos. (ICBF, 2016). Es de relevancia que

si al momento de identificar la población de procedencia del infante incurso del proceso, se debe hacer remisión a la autoridad originaria competente y cerrar el proceso mediante auto en el caso de que el menor pertenezca a una comunidad de afrodescendientes, raizales o room, de lo contrario se continúa con la atención de las condiciones que amenazan, vulneran o producen la ausencia de garantía de sus derechos por parte del defensor de familia; y se sigue con las respectivas asesorías a la familia por parte del equipo interdisciplinario evaluando los logros alcanzados y los compromisos adquiridos poniendo al tanto mediante oficios al Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que establezcan compromisos de las partes en la búsqueda de alternativas estableciendo obligaciones conjuntas para establecer el plan de intervención y la evaluación de logros alcanzados, realizando también autoevaluaciones del grupo interdisciplinario de trabajo en búsqueda de una retroalimentación en el proceso. (ICBF, 2016)

Habiendo hecho esto se verifica el estado de la protección de los derechos a cargo del defensor de familia, analizando si la inobservancia de los derechos fue superada cerrando la historia de atención o realizando las actuaciones pertinentes en caso de persistir las mismas. En este punto es cuando se evalúa la necesidad formal de abrir el P.A.R.D con lo cual se profiere auto de apertura de investigación y se hace la respectiva notificación, identificando y citando a los representantes del menor, responsables de cuidado y de los implicados en la violación para determinar las circunstancias de los hechos, comunicando al ministerio público

y adoptando las medidas provisionales para el restablecimiento de derechos, decreto del material probatorio para incluir en el proceso por parte del defensor de familia en favor del menor, teniendo en cuenta los puntos susceptibles de conciliación para lo cual se cuenta con diez (10) días a partir del conocimiento de los hechos para la audiencia de conciliación; en la cual se puede llegar a un acuerdo total levantando un acta o a un acuerdo parcial en donde se levantaría un acta y emisión de resolución motivada imponiendo obligaciones para la protección del menor incluyendo obligación provisional de alimentos, como también en caso de inasistencia, vencimiento de plazos o fracaso de conciliación. (ICBF, 2016).

Dependiendo del resultado obtenido en los pasos previos, se continúa con la práctica de pruebas y se realiza la ubicación del menor en su medio familiar o institución, evaluando la necesidad de institucionalizar al menor por parte del equipo interdisciplinario, para realizar el traslado del mismo según sea el caso para posteriormente planear la forma de intervenir acorde con la valoración inicial, para posteriormente por parte de la defensoría de familia se realizar las respectivas entrevistas a los menores y desarrollar el plan de intervención, con posteriores visitas de seguimiento para verificar las condiciones del menor y se emiten los dictámenes periciales, pruebas y análisis correspondientes, contando también con las correspondientes listas de chequeo previo a la emisión del fallo evitando falencias jurídicas que afecten la protección de los derechos de los menores. (ICBF, 2016)

Habiendo transcurrido esto se da paso a la citación para celebrar audiencia de práctica de pruebas y proferir fallo en donde

se hace la declaratoria de la vulneración o la declaratoria de adoptabilidad, momento en el cual el proceso toma caminos diferentes dependiendo lo declarado, pudiéndose interponer recurso de reposición en el caso de declaratoria de vulneración y la resolución del mismo dejando constancia de su ejecutoria, dando traslado y remisión del expediente al juez para homologación de lo cual se requiere verificación y posterior cumplimiento del fallo por parte del defensor de familia y el seguimiento a cargo del equipo multidisciplinario. (ICBF, 2016). En caso de declaratoria de adoptabilidad, se emite el fallo motivado y se notifica, con la posibilidad de interponer recurso y posteriormente disponer el expediente a las partes en transcurso de 20 días para oposición y para emitir resolución para inscribirla en el libro de varios de la oficina notarial o Registraduría, durante este proceso se diligencia un informe integral de la condición del menor por parte del equipo interdisciplinario para la posterior remisión y homologación por parte del juez de familia, subsanando las irregularidades y realizando seguimientos y evaluaciones de las medidas y al proceso de restablecimiento de derechos según corresponda en cada caso por parte de la defensoría de familia y del coordinador del centro zonal para finalmente dar cierre al proceso administrativo de restablecimiento de derechos de los menores. (ICBF, 2016)

POBLACIÓN INFANTIL

En referencia al concepto de niño se entiende como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad, de acuerdo con el artículo

primero de la Convención de los Derechos del Niño de 2019 y que en su artículo segundo establece que no se puede tener ningún tipo de discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica o impedimentos físicos. (United Nations, 2019). Es consenso común que el infante necesita de la protección de una familia para su crecimiento, con un clima de felicidad, amor y comprensión; y que cada Estado debe tomar parte relevante en tomar las disposiciones apropiadas para el mantenimiento de los menores con su familia original pero que también debe generar las políticas públicas pertinentes para la garantía del desarrollo de los infantes en un ambiente idóneo. (Sentencia T-900, 2006)

Para esto también se encuentra la alternativa de la adopción internacional como medida para establecer al menor en un ambiente familiar permanente en los casos que no puedan encontrar uno adecuado en su país de procedencia, teniendo presente el ánimo de garantizar el interés superior del niño y el respeto de sus derechos fundamentales, para lo cual se cuenta con instrumentos como el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993. (HCCH, 2019). En concordancia con la protección reforzada de la población infantil el estado brinda medidas especiales para el restablecimiento de sus derechos, es así como se trae a colación el proceso administrativo de restablecimiento de derechos como un instrumento esencial en la búsqueda de restablecer los derechos y las garantías de la población infantil y corresponde a una serie de actos administrativos de autoridades

con competencia para la búsqueda de este restablecimiento. Se puede decir que tiene una naturaleza compleja teniendo en cuenta su interacción tanto en materia civil como administrativa y fue creado por la ley 1098 de 2006 como un mecanismo de garantía en razón al el goce de los derechos de las población infantil ante sus inobservancias, amenazas o vulneraciones, se conoce por ser un proceso especial, ágil y expedito y presenta matices tanto en el campo sustancial como en el procesal, por lo cual es necesario tener claridad sobre sus características esenciales con el ánimo de aprovechar de manera eficiente sus alcances como tambien sus limitaciones, más aun teniendo presente los respectivos cambios introducidos por la ley 1878 en enero de 2018. (Alianzaporlaninez.org, 2013)

Es de saber que para activar este tipo de instrumento de protección especial se debe iniciar denunciando por parte de las autoridades con competencia nacional o internacional, como también las autoridades de las comunidades indígenas, afrocolombianas o raizales respectivas, este también puede ser activado en ciertos casos por organizaciones estatales o no estatales, del país o del exterior, padres, filiales o inclusive el mismo menor, de acuerdo a las disposiciones establecidas en los artículo 96, 97 y 98 de la ley 1878 de 2006. (Alianzaporlaninez.org, 2013). Es de importancia que, aunque el proceso administrativo de restablecimiento de derecho (PARD) se desarrolla ante una autoridad administrativa, se tiene un importante componente interpretativo en el que influyen las disposiciones civiles de la ley 1098 de 2006. Y las nuevas leyes sobre esta materia por lo cual también se

rige por normas propias del derecho civil.
(Alianzaporlaninez.org, 2013)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

El ICBF es un establecimiento público, que tiene entre sus características la descentralización, como también la personería jurídica, que cuenta administrativamente un carácter autónomo y autonomía patrimonial, cuya existencia proviene desde la promulgación de la Ley 75 de 1968 y que sufrió un proceso re organizativo acorde a las disposiciones de la ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, que a través del Decreto No. 4156 de 2011 fue agregado al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2019). Así mismo este se encuentra vinculado al Estado colombiano como el establecimiento que se encarga para la prevenir y proteger integralmente la infancia de forma primaria, con prioridad para los niños y los adolescentes en conjunto con sus familias, y que busca mecanismos para brindar atención especial a los que se encuentren en condiciones de amenazas, inobservancias, o vulneraciones de sus garantías, y que tiene un alcance de atención superior a los ocho (8) millones de habitantes en Colombia mediante sus programas, estrategias y servicios, contando con treinta y tres (33) sedes en las regiones y doscientos trece (213) centros zonales en el territorio nacional. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2019).

MARCO NORMATIVO DEL SISTEMA DE ADOPCIÓN COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Dentro de las disposiciones internacionales sobre los derechos de la población infantil se tiene que en la Convención Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 manifiestan como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las naciones unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, dejando claro como la familia representa el núcleo fundamental de la sociedad y en debe ser el medio idóneo para que el menor pueda desarrollar sus aptitudes que posteriormente se reflejarán en sus responsabilidades en comunidad. Estas disposiciones se encuentran acorde al reconocimiento de los derechos de los infantes cuando se menciona la necesidad de proporcionar al niño una protección especial la cual ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 23 y 24 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar de los niños, los

cuáles, por su falta de madurez física y mental, necesitan cuidados especiales, incluyendo la debida protección legal antes y después del nacimiento como se expresa en la Declaración de los Derechos del Niño. (ACNUDH Convención sobre los Derechos Humanos, 2019)

MARCO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL

Desde el punto de vista constitucional, el derecho a la familia corresponde a uno de los pilares fundamentales de la sociedad, es así como se expresa en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, como el núcleo de esta, y por medio de la cual se constituyen vínculos naturales y jurídicos. El estado también se atribuye la responsabilidad de garantizar la protección de la familia en la sociedad por mandato constitucional, tratando con esto también brindar protección entre las diferentes personas que la conforman, como lo son los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, quienes tienen iguales derechos y deberes ante la ley. (Constitución Política, 1991). Es por esto la Corte Constitucional en la Sentencia C -071 de 2015 explica que:

El derecho fundamental a tener una familia es una garantía para la materialización de los demás derechos conexos, por lo cual requiere de una protección reforzada, y que necesita de una actuación del estado como obligación para asegurar el derecho de los niños, en particular de aquellos que se encuentran en situación de abandono.

Por lo tanto se deben tener un ambiente de favorabilidades para que el proceso de consecución de un grupo familiar se lleve a término exitoso dentro de un tiempo prudente, para que pueda ser mejor aprovechado por el infante en proceso de desarrollo, teniendo en cuenta que impedir o dificultar la conformación de un núcleo familiar equivale a originar una situación de desarraigo que puede afectar, de manera significativa, no sólo el derecho a construir la propia identidad sino otros, que le son conexos, como el de gozar de la libertad para optar entre distintos modelos vitales. (Corte Constitucional, 2015) Y con esto se pretende garantizar la adopción al menor expósito o en abandono para que este pueda tener un lugar estable en donde pueda desarrollarse de forma armónica e integral, constituyendo una relación paterno-filial entre personas que biológicamente no la tienen, según lo recalca la Corte Constitucional. (Sentencia C - 893, 2007).

La Corte Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia la importancia de tener claro que la finalidad de la adopción es el restablecimiento de derechos de los menores, por tal motivo en este tribunal ha sostenido que la adopción “persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”. Por tanto, se trata de una medida de protección orientada a satisfacer el interés superior del niño o la niña cuya familia no pueda proveer las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto, así como a hacer efectivo su derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, ya que busca propiciar condiciones para

su desarrollo armónico e integral en un entorno de amor y cuidado y a potenciar el disfrute efectivo de sus demás derechos fundamentales. Y, por otro lado, este proceso debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del niño, niña o adolescente. (Sentencia T - 204A, 2018) Entendiendo a la población infantil como sujetos de derecho con ausencia de capacidad jurídica como es definido por la corte constitucional en sentencia C-534 de 2005 en donde estipula de manera general que la capacidad jurídica es aquella facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones y que se encuentra relacionado con lo dispuesto en el artículo 1502 del código civil colombiano, de donde se puede interpretar que dicha capacidad se refiere tanto a la aptitud de ser titular de derechos como a la aptitud de disponer de ellos, entendiéndose estas como la capacidad de goce y de ejercicio respectivamente. (Sentencia C - 534, 2005) Y que respecto a la capacidad de los menores de edad en relación al estado y la familia se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1° del decreto 1260 de 1970, en donde expresa que el estado civil de una persona frente a su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley. (Decreto 1260, 1970)

Siendo esto importante por la relación que se deriva de la capacidad jurídica respecto a la patria potestad y las consecuentes modificaciones en relación a la adopción que resultan de la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019, en la cual en su artículo 57 introduce modificaciones al artículo 1504 del

código civil colombiano y en su artículo 7 menciona que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados en la presente ley para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad. (Ley 1996, 2019)

En aplicación a lo dispuesto por el artículo 16 de la convención de los Derechos del Niño en donde se regula el principio de protección a la autonomía teniendo en cuenta que el niño tiene derecho al desarrollo progresivo del ejercicio de sus derechos, siendo este sujeto pleno de sus derechos, adquirente de autonomía que el estado y la familia apoyan y protegen integralmente para su correcto desarrollo de acuerdo a la evolución de sus facultades (Ohchr.org, 2019). En el proceso evolutivo de la legislación sobre la adopción en Colombia se tiene la Ley 1098 de 2006, también conocido Código de Infancia y Adolescencia, como la ley que regula lo referente a las protecciones de los Derechos de los menores, anterior a esta regulación encontramos el decreto 2737 de 1989 también conocido como Código del menor. En este código describe a la adopción como una medida de protección que, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no tienen esa relación por naturaleza, generándose entre estos una relación de adoptante y adoptivo, como se ve reflejado en el artículo 61 de dicho código. (Código de Infancia y Adolescencia, 2006)

MARCO LEGAL

El ordenamiento jurídico colombiano a través de la creación de la Ley 1878 de 2018 introdujo una serie de cambios al sistema de adopción como medida de restablecimiento de Derechos de la población infantil que se encontraba anteriormente regulado por la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia.

COMPARACIÓN NORMATIVA LEY 1098 DE 2006 CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA VS LEY 1878 DE 2018

VERIFICACIÓN DE LA GARANTÍA DE DERECHOS

En primera medida se encuentra que el artículo primero de la ley 1878 de 2018 introduce específicamente cambios en el artículo 52 de la ley 1098 de 2016 que trata sobre la verificación de la garantía de derechos, en donde la nueva ley dispone que en los casos donde se ponga en conocimiento alguna vulneración o amenaza de derechos del menor, se deberá emitir un auto de trámite por parte de la autoridad administrativa competente con el cual ordena al equipo interdisciplinario de profesionales del ICBF, verificar la garantía de los derechos estipulados en título I capítulo II del código de infancia y adolescencia, como son el derecho a la vida y a la calidad de vida, a un ambiente sano, integridad personal, a la rehabilitación y la resocialización, a la protección, a la libertad, a tener familiar y no se separado de ella, custodia y cuidado personal, a alimentos, a

la identidad, al debido proceso, a la salud. Desarrollo integral, educación, recreación, a la participación, asociación, intimidad, a la información, protección en asuntos laborales y en casos de discapacidad; con lo cual se deja ver una mayor especificidad del proceso otorgada por la generación de un auto que ordena activar la herramienta que representa el equipo interdisciplinario de valoración.

Ubicación en medio familiar

Respecto a este punto se trata de un paso fundamental en donde se pretende ubicar al menor con sus padres o familiares que puedan ofrecer o garantizar condiciones para el ejercicio de sus derechos teniendo en cuenta el interés superior de los mismos. Se encuentra estipulado en el artículo segundo de la ley 1878 de 2018 que introduce modificaciones al artículo 56 del código de infancia y adolescencia. Para esto se debe tener en cuenta el orden de citación de los mismos dispuesto en el artículo 61 del código civil, empezando en este caso por los ascendientes, padre y madre adoptante, colaterales legítimos hasta el sexto grado de consanguinidad, hermanos o afines legítimos hasta el segundo grado de afinidad. En la nueva ley, esta búsqueda de parientes de la familia extensa tiene la variación de presentar un plazo de 6 meses, que son cursados durante la actuación administrativa, siendo estos seis meses el término inicial para la resolución de la situación legal del menor dejando de ser excusa para mantener al menor en situación de declaratoria de vulneración, para lo cual se contará con la colaboración de entidades públicas y privadas que deberán brindar acceso a la información que se requiera por parte de las Defensorías de Familia, con la

aclaratoria que estas deberán atenderse en un término de diez (10) días, con la advertencia de que incumplir constituye causal de mala conducta. Es importante mencionar que, si en el proceso de verificación de sus derechos se demuestra que se carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado por parte de la familia, entonces se deberá notificar al Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que otorguen a la familia los recursos adecuados en favorecimiento del menor.

Iniciación de la actuación administrativa.

Esta modificación se encuentra descrita en el artículo tercero de la ley 1878 de 2018 que reemplaza el artículo 99 de la ley 1098 de 2006 y empieza con la ampliación de los posibles titulares a iniciar esta actuación, dando libertad a que el mismo niño, niña o adolescente o cualquier persona podrá solicitar ante el defensor, comisario de familia o inspector de policía, la protección de los derechos del menor, aparte de los que se encontraban descritos anteriormente en el código de infancia y adolescencia en donde esta actuación podía ser iniciada por el representante legal del menor o la quien lo tuviere bajo su cuidado o custodia; dando con este cambio mayor versatilidad para iniciar dicha actuación. Superado este paso, esta autoridad competente podrá abrir el proceso administrativo de restablecimiento de derechos mediante auto contra el que no procede recursos y dependiendo del estado de verificación. También se introdujo una modificación en las características del auto de apertura de la investigación, en donde se requiere de la identificación y citación de los

representantes legales del menor, o de quienes convivan, sean responsables de su cuidado o lo tuvieran a su cargo. Con la diferencia de que se deja de lado la a los implicados en la violación o amenaza de los derechos entendiéndose esto como una posible medida de protección hacia el menor, también se solicitan las medidas de urgencia provisionales para protección integral del menor.

Adicionalmente a una entrevista en la que el defensor o el comisario de familia hará lo propio para establecer las condiciones individuales del menor y las circunstancias que lo rodean de acuerdo al artículo 105 del código de infancia y adolescencia como también guardando el debido proceso estipulado en el artículo 26 de este mismo código en donde se determina que los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a ser escuchados y sus opiniones serán tenidas en cuenta en las actuaciones administrativas, judiciales o de cualquier naturaleza. Guardando semejanza entre las dos leyes en el numeral 4 en donde estipula que el auto debe describir la práctica de pruebas necesarias para establecer los hechos que configuren la amenaza o vulneración de los derechos del menor. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Conciliación

Es descrita por la ley 1878 en el párrafo tercero del artículo primero de la misma ley en donde estipula que si en la verificación se determina que hay algún asunto susceptible de conciliación, se surtirá el trámite en concordancia con la ley vigente sobre conciliación, siendo la ley 640 de 2001 la vigente en Colombia; y en el caso de que sea respecto a custodia, visitas y alimentos el funcionario fijará mediante una resolución

motivada las obligaciones provisionales, en el caso que no se llegue a un acuerdo conciliatorio, y también tendrá la potestad de presentar demanda ante el juez competente dentro de los cinco (5) días siguientes, si alguna de las partes lo solicita. Adicionalmente el artículo cuarto de la ley 1878 que introduce una modificación en el parágrafo primero del artículo 100 del código de infancia y adolescencia plantea que en cualquier etapa del proceso en donde el funcionario advierta la vulneración de derechos susceptibles de conciliación, este podrá provocar la misma y fijará medidas provisionales en caso de fracasos. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Trámite

Respecto al trámite la ley 1878, en su artículo cuarto reemplaza el artículo 100 de la ley 1098 de 2006 y estipula que cuando se abra el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor del menor, el funcionario deberá notificar y correr traslado del auto de apertura dentro de 5 días a las personas que deben ser citadas de acuerdo el artículo 99 del código de infancia y adolescencia. Términos que guardan relación en las 2 leyes. En esta nueva ley se describe en mayor detalle el trámite que se debe surtir en lo referente a la materia probatoria, en lo referente al traslado, notificaciones términos y plazos, decreto de pruebas de oficio, fijación de fechas de audiencia de pruebas y fallo, posibilidad de interponer recursos, con 10 días para la resolución del recurso de reposición. Resuelto el recurso de reposición o vencido su término de interposición, se remite el caso para homologación ante el juez de familia teniéndose quince días desde su ejecutoria

para manifestarse en contra del fallo por parte del Ministerio Público o alguna de las partes; ante lo cual el juez cuenta con veinte días para resolver.

Dentro de los cambios más relevantes de los encontrados entre las dos leyes expresamente se dicta que en todo caso se debe definir la situación jurídica del niño, niña o adolescente, declarando la vulneración de derechos o emitiendo la declaratoria de adoptabilidad del menor dentro de los seis meses siguientes contados a partir del conocimiento de la amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, y que este término tiene la característica de ser improrrogable y tampoco puede extenderse por ninguna autoridad administrativa o judicial. Con el riesgo de que si no se surten las actuaciones dentro de los términos, la autoridad administrativa perdería competencia para conocer del caso, corre el riesgo de sanciones disciplinarias y deberá remitirse el caso en los tres días siguientes al juez de familia para definir la situación jurídica del menor en un plazo de 2 meses, quedando condicionado a que si no resuelve en este término también perdería la competencia y se notificará al consejo superior de la judicatura, quedando el caso en el juez de familia de turno siguiente; quedando responsable también el director regional del ICBF de remitirlo al juez competente cuando la autoridad administrativa pierda la competencia y no haga la debida remisión del caso que estipula la y nueva ley. En este mismo artículo sobre el trámite se plantea en el parágrafo segundo la posibilidad de subsanar los errores que se hayan producido en el trámite administrativo mediante un auto declarando la nulidad de la actuación específica pero solo posibles antes del

vencimiento del término del acto, caso en el cual se deberá remitir el expediente al juez de familia para que determine la posible nulidad de acuerdo a las causales del código general del proceso y resolver de fondo el caso con la respectiva notificación a la procuraduría general de la nación con consecuencias disciplinarias. Considerándose falta gravísima según el parágrafo cuatro (4) de este mismo artículo. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Citaciones y notificaciones

El artículo 102 de la ley 1098 de 2006 que trata sobre las citaciones y modificaciones, fue modificado por el artículo 5 de la nueva ley, en donde se dispone que cuando se hace el proceso de apertura de investigación, la citación se surtirá en la forma prevista en la legislación de procedimiento civil vigente en cuanto a la notificación personal, cuando se conozca la identidad y la dirección de las personas que deban ser citadas y cuando se desconozca entonces si hará publicación en la página de internet del ICBF por 5 días y por medio masivo de comunicación. En este punto se introdujo una modificación importante, dando un término de cinco (5 días) posterior al término para las publicaciones con lo cual se darán por notificadas por estrado todas aquellas providencias que se dicten de las audiencias y diligencias permitiendo dar mayor claridad y celeridad al proceso, dejando como semejanza que las demás notificaciones se surtirán por aviso por correo certificado con copia de la providencia correspondiente. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Carácter transitorio de las medidas

Respecto a este tema descrito en el artículo 103 de la ley 1098 de 2006, fue modificado por el artículo 6 de la ley 1878 de 2018, en donde da un mayor detalle sobre los términos, las notificaciones y la posibilidad de interponer recursos, teniendo en común entre las dos leyes que la autoridad administrativa podrá hacer modificaciones en las medidas de restablecimiento de derechos previstas cuando se demuestre la alteración de las circunstancias que llevaron a ella., presentando como diferencia que ahora con las modificaciones la resolución será proferida en audiencia, y puede ser sometida a los mecanismos de oposición para el fallo mencionados en el artículo 100 pero si la modificación se da posterior a dicha actuación, entonces se notificará por estado y no admite recursos, Pero si es antes de la audiencia de pruebas y fallo, se realizará un auto motivado, notificando por estado y que no admite recursos. También adiciona que en los procesos donde se declare en situación de vulneración de derechos a los menores, se deberá hacer seguimiento por no más de seis (6) meses, desde la ejecutoría del fallo, en donde determinará si se cierra el proceso cuando el menor cuente con un medio familiar y ya se haya superado la vulneración. Como también el reintegro al medio familiar cuando el menor estuviere en una institución y la familia cuente con las condiciones para su garantía de derechos.

También se presentaría la declaratoria de adoptabilidad cuando posterior al seguimiento se estableciera que la familia no cuenta con las condiciones para la garantía de los derechos del niño, niña o adolescente.,

este término no podrá sobrepasar seis (6) meses desde el vencimiento del término de seguimiento inicial, notificándose la prórroga por estado. En este punto se observa unas de las modificaciones más relevantes en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos en tanto este artículo plantea que en ningún caso el seguimiento podrá exceder los dieciocho (18) meses, contados desde que se tuvo conocimiento por parte de la autoridad administrativa de los hechos que generaron la vulneración de derechos hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar, viéndose la rigurosidad con la que esta nueva ley se compromete a llevar el proceso de restablecimiento de derechos a buen término, incluso también planteando que cuando se superen los términos establecidos para definir la situación jurídica, también perderá la competencia inmediatamente, con la obligación de enviar el caso al Juez de Familia para que este decida de fondo la situación jurídica en menos de dos (2) meses, quedando también responsable de hacerlo el Director Regional del ICBF, ante la omisión del funcionario correspondiente. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Contenido de la declaratoria de adoptabilidad

Sobre este punto la modificación de encuentra hecha por el artículo siete (7) de la nueva ley que reemplaza al artículo 107 de la ley 1098 de 2006, haciendo remoción del parágrafo primero de la anterior ley quedando ahora que, en la resolución declaratoria de situación de adoptabilidad, o de vulneración de derechos del menor se da orden de asumir las medidas de restablecimiento

determinadas, indicando la cuota mensual que deberán suministrar las personas a cargo del menor cuando sea lugar. Para lo cual anota en el parágrafo que para garantizar la adecuada atención del menor, el Defensor de Familia puede se cumplan actividades como la asistencia programas de orientación o tratamiento familiar, orientación o tratamiento de alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia, programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico, o actividades que contribuyan a garantizar el ambiente adecuado para el desarrollo del menor. Dejando de lado la posibilidad que se tenía descrita en el parágrafo primero mencionado en donde podían oponerse las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del menor, aún si no lo hubieren hecho durante la actuación administrativa, con lo cual se logra tener menos circunstancias que posibiliten la interrupción del proceso de restablecimiento de derechos. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Homologación de la declaratoria de adoptabilidad

En el artículo 8 de la nueva ley se modifica lo referente a la homologación por parte del juez de la declaratoria de adoptabilidad estipulado en el artículo 108 de la Ley 1098 de 2006. Sobre esta se dicta que cuando se declare la adoptabilidad de un menor habiendo existido oposición en la actuación administrativa, entonces el defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación, pero en los demás casos, la resolución que declare la adoptabilidad producirá la terminación de la patria potestad del menor respeto a los

padres y se inscribirá en el libro de varios y en el registro civil del menor de edad inmediatamente después a la ejecutoria. También plantea un término de diez (10) días para que la Registraduría del Estado Civil garantice que esta anotación se realice, posterior de la solicitud de la autoridad. Con lo cual el defensor de familia deberá remitir, en un término de 10 días, la historia al Comité de Adopciones de la regional correspondiente, todo esto deja ver una mayor claridad en los tiempos estipulados para que se surtan las actuaciones haciendo que el proceso en general goce de mayor fluidez, y sin contrariedades como se complementa con el parágrafo agregado que dicta que no podrá adelantarse proceso alguno de reclamación de la paternidad, o maternidad, ni reconocimiento voluntario del menor siendo nulos e ineficaces de pleno derecho en caso de producirse. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Permiso para salir del país

Adicional a lo estipulado en artículo ciento diez (110) de la ley 1098 de 2006 se introducen los cambios planteados por el artículo 9 de la ley 1878, en materia de los permisos para la salida del país, en donde agrega que cuando se quiera que un menor de Colombia salga del país con alguno de los padres o alguien diferente a estos, previamente se debe adquirir una autorización de aquel o aquellos con quien no se transporte, con la debida autenticación en notaria o consulado y con ciertas rigurosidades en dicho documento. Para los menores provenientes del extranjero, no menor a un (1) año, y que pretendan desplazarse desde Colombia en compañía de un solo progenitor, no se requiere permiso

en el momento que se decida volver a dicho país y para lo cual deberán presentar las debidas certificaciones de residencia en el país proveniente; teniéndose como características comunes entre las dos leyes, la necesidad de autorización del defensor de familia en los casos que se carezca de responsables o se desconozca su paradero, cumpliendo con los respectivo numerales estipulados claramente en el artículo de la nueva ley. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Adopción

En materia de adopción, en el artículo decimo de la ley 1878 es donde se introducen las modificaciones al artículo 124 de la ley 1098 de 2006, en el cual se manifiesta que la competencia para conocer del proceso de adopción en primera instancia corresponde al juez de familia del domicilio de los adoptantes y ya pierde la competencia el juez del domicilio de la persona o entidad donde se encuentre el niño, pero cuando se trate de adopción internacional, la competencia será de cualquier juez de familia del país, siendo la demanda formulada exclusivamente por los interesados en ser declarados adoptantes mediante un profesional apoderado. A continuación se encuentran concordancias exactas entre las dos legislaciones, en cuanto a que a la demanda se debe acompañar del consentimiento para la adopción, La copia de la declaratoria de adoptabilidad o de la autorización para la adopción, registro civil de nacimiento de los adoptantes y el del menor, registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes, Certificación del ICBF o de una entidad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad expedida con antelación no superior

a seis meses y la constancia de la entidad respectiva sobre la integración personal del menor con el adoptante o adoptantes y el certificado vigente de antecedentes penales o policivos de los adoptantes y la aprobación de cuentas del curador.

Se puede evidenciar una diferencia en el numeral séptimo de dicho artículo en donde se solicita la certificación actualizada sobre la vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución autorizada ante la cual se tramitó la adopción y ya no sería sobre la institución donde se encuentre el menor, como se estipulaba en el artículo de la ley anterior, aunque ambas son expedidas por el ICBF. Ya en el párrafo, aunque se encuentran similitudes para los fines de la adopción respecto a la convivencia extramatrimonial, la cual podrá probarse por los medios de prueba como la inscripción del compañero o compañera permanente en los registros de las Cajas de Compensación Familiar o de las instituciones de seguridad o previsión social, se cuenta con la modificación de que esta debe ser con antelación no menor de dos (2) años al inicio del trámite de adopción; también se puede agregar la inscripción de la declaración de unión material de hecho en la notaría del lugar del domicilio también con antelación no menor de dos (2) años al inicio del trámite de adopción, adicionalmente el Registro Civil de Nacimiento de los hijos habidos por la pareja, además de los otros mecanismos previstos en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, requisito agregado por la nueva ley; Y cuando se trate de compañeros permanentes residentes en el exterior, la convivencia extra matrimonial se probará conforme con la legislación del país de residencia de los solicitantes, también con

necesidad de antelación no menor de dos años al inicio del trámite de adopción. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Reglas especiales del procedimiento de adopción

Este aparte se encuentra modificado por el artículo 11 de la ley 1878 de 2018, modificando el artículo 126 de la ley 1098 de 2006, y en el cual describe que los procesos de adopción se seguirán por reglas especiales como la descritas en los numerales del artículo en donde dicta que una vez admitida la demanda debe correrse traslado al Defensor de Familia por el término de tres (3) días hábiles y si el Defensor manifiesta su allanamiento a esta, entonces el juez puede dictar sentencia en un término de 10 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la demanda. También describe que el juez podrá señalar un término no mayor a diez (10) días, para el decreto y practica de pruebas que a su juicio considere necesarias para el caso y tiene como diferencia con la legislación anterior que estas no podrán ser sobre las decisiones judiciales o administrativas que anteriormente habían declarado la situación de adoptabilidad una vez estas se encuentren en firme y posteriormente a este término, se tomará la decisión correspondiente. Adicionalmente se podrá hacer la solicitud para suspender el proceso por un término no mayor de tres meses, los cuales no se pueden prorrogar y con el requerimiento de que exista una causa justificada; esta suspensión o reanudación del proceso, la pueden solicitar los adoptantes o el Defensor de Familia y la terminación anticipada del proceso, se puede solicitar en el caso en que fallezca el solicitante y con esto el proceso terminará

antes de proferirse la sentencia, a menos que la solicitud fuere conjunta, caso en el que el proceso continuará con el que sobreviviere si el mismo hace la manifestación de querer continuar en el. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Respecto a la notificación, se tiene que mínimamente uno de los adoptantes deberá hacer presencia en los juzgados para efectos de notificación de las sentencias, y con la nueva ley, recibiendo fotocopias auténticas de la misma y los oficios que van dirigidos a la notaría o a la Oficina del Registro Civil. Finalmente, la sentencia en donde se decreta la adopción debe presentar la información necesaria para que la inscripción en el registro civil sirva para constituir el acta de nacimiento y reemplazando la de origen y anulando la misma, lo que producirá que una vez en firme se inscribirá en el Registro del Estado Civil y empezará a producir todos los derechos y obligaciones correspondientes de la relación paterno o materno-filial, desde la fecha en la que se presentó la demanda. Es importante mencionar que en dicha sentencia se debe omitir la mención de los padres consanguíneos y que esta sentencia podrá ser apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, conforme al trámite establecido a la legislación de procedimientos civiles vigente que contará con la intervención del defensor de familia. Y como diferencia adicional se encuentra la estipulada en el parágrafo de la nueva ley e inexistente en la legislación anterior, en donde se estipula que las actuaciones y decisiones previstas en el presente artículo deben resolverse dentro de los plazos previstos en la ley 1878, agregando sanciones como la responsabilidad prevista para las decisiones de tutela dado el caso de

vencimientos injustificados de los términos, dejando ver de nuevo el carácter de celeridad que le imprime estas nuevas modificaciones a la legislación anterior otorgando mayores responsabilidades a los actores del proceso. (Ley 1098 de 2006) (Ley 1878 de 2018)

Seguridad social de los adoptantes y adoptivos

La ley 1098 de 2006, en su artículo 127 recibió modificaciones por el artículo 12 de la ley 1878 de 2018 planteando que respecto al tema de seguridad social el padre y la madre adoptantes de un niño, niña o adolescente tienen derecho al disfrute y pago de la respectiva licencia de maternidad establecida en el numeral 4 del artículo 34 la Ley 50 de 1990 entre otra normatividad que regula este tema, con lo cual también se incluye la licencia de paternidad consagrada en la Ley 755 de 2002, lo que incluye el pago de la licencia a los padres adoptantes. Contando también características comunes con la ley anterior, diciendo que los menores adoptivos tendrán derecho a ser afiliados a la correspondiente EPS o ARS, desde el momento adopción y además, la ley 1878 agrega que para el caso de adoptantes extranjeros se debe tener la afiliación del menor en la EPS previa mientras se encuentren en territorio colombiano, salvaguardando al niño, niña o adolescente en todo momento del proceso. (Ley 1878 de 2018)

Teniendo como base la comparación normativa realizada anteriormente, concluimos que, existen puntos específicos en donde se pueden ver los cambios introducidos por la ley 1878 a la ley 1098 de 2016, y que haciendo su análisis se puede ver la intención de las modificaciones, siendo estas siempre

en beneficio del menor adoptable. En estas modificaciones también definen que la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial. (Ley 1878 de 2018, p. 2)

Teniendo en cuenta estos cambios, se puede ver como el marco procedimental administrativo que se presenta en la nueva ley 1878 de 2018 se muestra con una notable reducción logrando una definición jurídica en un menor tiempo, y que según esta nueva legislación tampoco podrán postergarse indefinidamente, haciendo que el trámite permita el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes en un menor tiempo que en la anterior legislación y que su situación jurídica de fondo se resuelva, y con esto demostrando la intención de que las altas permanencias en los servicios de protección tiendan a disminuir para que los menores puedan gozar de la garantía de sus derechos, y de manera especial el derecho de contar y crecer en el seno de una familia. (Cortes Rodríguez & Fonseca Ortiz, 2018). También es importante mencionar los cambios en el título II, Capítulo II de la ley 1098 de 2006, en donde se establecen las medidas necesarias para el restablecimiento de derechos, como por ejemplo la valoración inicial psicológica y emocional, valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación, valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y

de riesgo para la garantía de los derechos, verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento, verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social, verificación a la vinculación al sistema educativo; medidas que buscan tener un marco de seguridad del cumplimiento de los diferentes aspectos que intervienen la salud y relaciones del menor con la institucionalidad nacional. (Ley 1878, 2018 p. 1)

CONCLUSIÓN

Se ha logrado analizar que los cambios introducidos por la Ley 1878 de 2018 al sistema de adopción como medida de restablecimiento de Derechos de la población infantil, en el caso del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el centro zonal de Cereté, han incidido de manera favorable acorde con los resultados arrojados en este trabajo investigativo y teniendo en cuenta el objetivo general del proyecto en el cual se analizan los cambios introducidos por la ley 1878 de 2018 al proceso de adopción en Colombia y en desarrollo de los diferentes objetivos específicos planteados. En primera medida se encuentra el carácter prioritario que tiene la protección de la población infantil en el país como se ha expresado en el artículo 42 constitucional, planteando el vínculo jurídico de la familia con gran relevancia para la sociedad representándose como núcleo de esta misma, en concordancia con los diferentes instrumentos de carácter internacional como la convención internacional de los derechos del niño de 1989 y la convención de la Haya sobre la adopción internacional de 1993, fortaleciendo con esto el proceso de adopción jurídicamente a la luz de la

salvaguarda de los derechos de la población infantil de forma prioritaria como lo recalca la Declaración Universal de los Derechos Humanos otorgando a la infancia derecho a cuidados y asistencia especiales teniendo en cuenta su falta de madurez mental y física y que por lo tanto requiere de una familia para el desarrollo de sus aptitudes en beneficio de la sociedad en general.

Este marco general de protección de se ve fortalecido desde el 2018 con la implementación de la ley 1878 de 2018, con la cual se han implementado cambios al proceso adoptivo como mecanismo para restablecer los derechos de la población infantil anteriormente regulado por la ley 1098 de 2006, también conocido como código de infancia y adolescencia; y que de manera general van encaminados a generar un ambiente favorable para llevar el proceso de filiación adoptiva a buen término en favor de la protección inmediata de los derechos de los menores en condición de adoptabilidad. En este sentido se pueden concretar entre los cambios más notorios se encuentran la reducción de términos de notificaciones y traslados, como también que la situación jurídica del menor adoptable debe ser resuelta dentro del semestre siguiente, tomando como punto de partida la probable situación amenazante o vulneración de sus derechos, siendo este término de carácter improrrogable; teniéndose esto concomitante con la vigilancia que se tiene en camino a la consecución de las medidas necesarias para restablecer los derechos teniendo en cuenta las valoraciones médicas, nutricionales y psicológicas cómo también las vinculaciones civiles y a los sistemas de protección social vigentes en el país.

Finalmente se puede concluir que el proceso de adopción en Colombia ha tenido una evolución significativa desde una visión socio jurídica, como también en el fortalecimiento institucional de los diferentes actores que intervienen en los casos de filiación adoptiva de la población infantil, llevando con esto a disminuir las adversidades a las que se puede enfrentar esta población vulnerable sin la protección de un ambiente familiar idóneo, reconociéndose con esto que el proceso de adopción es el mecanismo de mayor relevancia en la búsqueda de restablecer los derechos, mejorar la calidad de vida y el desarrollo integral en la infancia.

REFERENCIAS

- ACNUDH *Convención sobre los Derechos Humanos*. (17 de 03 de 2019). Obtenido de Ohchr.org: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Alianzaporlaninez.org. (2013). *Alianzaporlaninez.org*. Recuperado el 17 de Marzo de 2019, de Alianzaporlaninez.org: <https://www.alianzaporlaninez.org.co/wp-content/uploads/2013/05/MEG-ULTIMO.DIC272012.DOCUMENTO-PROPUESTA-PARD.pdf>
- Arias Tamayo, G. E. (Agosto de 2019). *La adopción: estudio en derecho comparado entre la legislación Ecuatoriana y Colombiana*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec>: <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/10461>
- Asamblea Nacional Constituyente . (1991). *Constitución Política de Colombia* .
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. *Constitución Política de Colombia*.
- Bautista, O. (16 de 09 de 2019). Obtenido de Repository.ucatolica.edu.co:

- <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13957/4/REGIMEN%20JURIDICO%20DE%20LA%20ADOPCI%C3%93N%20INTERNACIONAL.pdf>
- Código de Infancia y Adolescencia, Ley 1098 (Congreso 2006). Obtenido de App.vlex.com. <http://app.vlex.com.ezproxy.cecacar.edu.co:8080/#CO/search/jurisdiction:CO/infancia+y+adolescencia/CO/vid/42856864>
- Congreso de la Republica . (27 de Julio de 1970). Decreto 1260.
- Congreso de la Republica . (9 de Enero de 2018). Ley 1878 de 2018 . Bogota .
- Congreso de la Republica . (26 de Agosto de 2019). Ley 1996.
- Congreso de la Republica. (08 de Noviembre de 2006). Ley 1098 de 2006. *Código de Infancia y Adolescencia*. Bogota.
- Corte Constitucional . (2015). Sentencia C - 071.
- Corte Constitucional . (25 de Mayo de 2018). Sentencia T - 204A.
- Corte Constitucional . (2018). Sentencia T-204^a de 2018.
- Corte Constitucional. (24 de 07 de 2018). Sentencia t-204A de 2018. Obtenido de [Corteconstitucional.gov.co: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-204A-18.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-204A-18.htm)
- Cortes Rodriguez, L. F., & Fonseca Ortiz, J. (2018). *Repository.poligran.edu.co*. Obtenido de [Repository.poligran.edu.co: http://repository.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/1203/LorenaCortes%20-VivianaFonseca.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repository.poligran.edu.co/bitstream/handle/10823/1203/LorenaCortes%20-VivianaFonseca.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Gómez Pulido, M., & Urbano Muñoz, D. D. (19 de 09 de 2019). *Vitela.javerianacali.edu.co*. Obtenido de [Vitela.javerianacali.edu.co: http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8481/Manual_practico_adopcion.pdf?sequence=1](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8481/Manual_practico_adopcion.pdf?sequence=1)
- HCCH. (20 de 09 de 2019). *Hcch.net*. Recuperado el 17 de Marzo de 2019, de HCCH | #33: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>
- ICBF. (26 de 08 de 2016). *icbf.gov.co*. Obtenido de https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/pl.p_procedimiento_del_proceso_administrativo_de_restablecimiento_de_derechos_v1.pdf
- ICBF. (08 de 2019). *Repository.oim.org.co*. Obtenido de <https://repository.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/785/COL-OIM%200433-1.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2019). *Icbf.gov.co*. Obtenido de [Icbf.gov.co: https://www.icbf.gov.co/instituto](https://www.icbf.gov.co/instituto)
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. (s.f.). *ICBF Regional Cordoba*. Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/regional-cordoba/centro-zonal-cerete>
- Instituto Colombiano del Bienestar Familiar. (26 de Agosto de 2016). *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Recuperado el 18 de Marzo de 2019, de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/document_19.pdf
- Lerner, P. (2019). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 919-966.
- Matarrazo, S. (2016). La adopción en Colombia: Un proceso judicial, psicológico y emocional, reflexión a partir de una experiencia personal. *Revista de Derecho Privado*, 409-427.
- Mis abogados - Derechos Civil - Consultoria General*. (31 de Julio de 2016). Recuperado el 18 de Marzo de 2019, de ¿Qué es el restablecimiento de los derechos de los menores? : <https://www.misabogados.com>.

co/blog/que-es-el-restablecimiento-de-los-derechos-de-menores

Moliner, R. (2012). ADOPCIÓN, FAMILIA

Y DERECHO. *Boliv de derecho* n° 4, 2-3.

Recuperado el 18 de Marzo de 2019, de

file:///C:/Users/usuario/Downloads/

Documents/n14a07.pdf

OCHA Colombia . (15 de Agosto de 2012).

OCHA Colombia. Obtenido de [https://wiki.](https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Centro_Zonal_del_Instituto_Colombiano_de_Bienestar_Familiar)

[salahumanitaria.co/wiki/Centro_Zonal_](https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Centro_Zonal_del_Instituto_Colombiano_de_Bienestar_Familiar)

[del_Instituto_Colombiano_de_Bienestar_](https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Centro_Zonal_del_Instituto_Colombiano_de_Bienestar_Familiar)

[Familiar](https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Centro_Zonal_del_Instituto_Colombiano_de_Bienestar_Familiar)

Ohchr.org. (2019). *ACNHUDH Convencion sobree los*

Derechos del Niño. Recuperado el 17 de Marzo

de 2019, de Ohchr.otg: [https://www.ohchr.](https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx)

[org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx](https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx)

Ri.ufg.edu.sv. (16 de 09 de 2019). Obtenido

de [http://ri.ufg.edu.sv/jspui/](http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/6448/6/346.017%208-G633a-CAPITULO%20V.pdf)

[bitstream/11592/6448/6/346.017%20](http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/6448/6/346.017%208-G633a-CAPITULO%20V.pdf)

[8-G633a-CAPITULO%20V.pdf](http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/6448/6/346.017%208-G633a-CAPITULO%20V.pdf)

Sentencia C - 534, C - 534 (Corte Constitucional 2005).

Sentencia C - 893 (Corte Constitucional 31 de 01 de 2007).

Sentencia T-900, T-900 (Corte Constitucional 03 de 11 de 2006).

Solari, C. (1999).

United Nations. (2019). *Welcome to the United*

Nations. Obtenido de [https://www.un.org/](https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf)

[es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf)

Universidad Javeriana . (18 de 03 de 2019). *Vitela.*

javerianacali.edu.co. Obtenido de [http://](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8481/Manual_practico_adopcion.pdf?sequence=1)

[vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8481/Manual_practico_adopcion.pdf?sequence=1)

[handle/11522/8481/Manual_practico_](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8481/Manual_practico_adopcion.pdf?sequence=1)

[adopcion.pdf?sequence=1](http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8481/Manual_practico_adopcion.pdf?sequence=1)

CAPÍTULO 10

LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA

Orlando Rodríguez Buenahora

Victoria Blanquiceth Ulloa

Kelly Viviana Aristizábal Gómez



LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA¹

*Orlando Rodríguez Buenahora², Victoria Andrea Blanquiceth Ulloa³,
Kelly Viviana Aristizábal Gómez⁴*

RESUMEN

Palabras Clave

Ajustes razonables,
discapacidad,
barreras, Derechos
Humanos, inclusión
laboral.

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo históricamente discriminado y afectado en el ejercicio de sus Derechos Humanos y excluidas por diversas barreras que la sociedad les impone. El interés de discusión en el presente capítulo se centra en el estudio de los ajustes razonables como estrategia afirmativa que permite garantizar la inclusión laboral de estas personas. Así pues, el objetivo general, fue analizar la evolución jurídica de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en los puestos de trabajo en Colombia. A manera de resultados, se determinó el origen de los ajustes razonables de cara a la inclusión de las personas con discapacidad; se identificó sus características dentro del ámbito laboral; y, se establecieron los principales avances jurídicos en el ámbito del trabajo en Colombia. Para obtener lo descrito se partió de una investigación sociojurídica, con enfoque cualitativo y método documental-descriptivo. Se analizaron documentos oficiales, literatura especializada, jurisprudencia y normatividad jurídica nacional e internacional. Finalmente, se considera que la unificación jurídica a favor de este colectivo, es clave para llegar a materializar los avances jurídicos en la sociedad y, por supuesto, en el sector empresarial del país.

-
1. El presente capítulo constituye el resultado de la investigación sobre la obligación de implementar ajustes razonables en los puestos de trabajo que se adelantó en la Escuela de Derecho Rodrigo de Bastidas, Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta, 2019-2020.
 2. Estudiante de Derecho, monitor y docente auxiliar, tutor del Centro de Escritura y miembro activo de los semilleros de Derecho Laboral y Derecho Privado; Escritura Académica y Jurídica; y Pluralismo Jurídico y Derecho Indígena, de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. Email: orlandorodbu@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3592-062X>.
 3. Estudiante de Derecho, monitor y docente auxiliar y miembro activo del semillero de investigación de Derecho Laboral y Derecho Privado. Email: vblanquiceth01@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9249-5781>.
 4. Doctora en Derecho, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Laboral, especialista en asuntos de Derecho Laboral y Derecho Público, docente de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. Directora del Departamento de Derecho Privado y tutora del semillero de Derecho Laboral y Derecho Privado. Email: kelly.aristizabal@usa.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6087-4074>.

Key Words

Reasonable accommodation, Disability, barriers, human rights, labor inclusion.

ABSTRACT

People with disabilities constitute a group historically discriminated against and affected in the exercise of their human rights and excluded by various barriers that society imposes on them. The interest of discussion in this chapter focuses on the study of reasonable accommodation as an affirmative strategy that allows guaranteeing the labor inclusion of these people. Thus, the general objective was to analyze the legal evolution of reasonable accommodation for people with disabilities in jobs in Colombia. By way of results, the origin of reasonable adjustments for the inclusion of people with disabilities was determined; its characteristics were identified within the workplace; and, the main legal advances in the field of work in Colombia were established. To obtain what was described, we started from a socio-legal research, with a qualitative approach and a documentary-descriptive method. Official documents, specialized literature, jurisprudence and national and international legal regulations were analyzed. Finally, it is considered that legal unification in favor of this group is key to materializing legal advances in society and, of course, in the country's business sector.

INTRODUCCIÓN

La discapacidad se ha tratado desde diferentes enfoques a lo largo de la historia, empezando por una concepción discriminatoria y peyorativa, hasta llegar a una en la que se concibe el individuo como sujeto de derechos, aun si presenta alguna condición o si se encuentra en una situación en particular que le genere obstáculos en el desarrollo de su vida plena por motivos de barreras sociales o de cualquier otra índole. A partir de ello, es decir, con la acogida de un “modelo social con enfoque en derechos”, fue que se crearon diferentes textos legales a nivel internacional, como lo es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, en adelante), vinculado al ordenamiento jurídico colombiano mediante ley 1346 del año 2009; con él se creó la herramienta para la defensa de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, no sólo en Colombia, sino alrededor del mundo.

Sin embargo, se presenta una problemática en el mercado laboral nacional en torno a los derechos de las personas con discapacidad, principalmente por la exclusión y discriminación de este colectivo en el ámbito del trabajo. Así, una gran parte de esa población se encuentra en la miseria, marginación o precariedad. Lo anterior obedece a que sus capacidades diversas son vistas socialmente como impedimentos para cumplir labores regulares o de la cotidianidad (autonomía), menos aún se llega a aceptar que puedan desenvolverse en una labor u oficio. Al respecto, la solución de este nuevo milenio, para contrarrestar la multiplicidad de barreras impuestas a las personas con discapacidad, son los ajustes razonables, especialmente

-para efectos de este capítulo de libro- con miras a su inclusión laboral efectiva. Por todo esto, esta problemática constituye un tema de replanteamiento social, jurídico y político muy importante, o sea, que inmiscuye a la ciudadanía en general, como también al Estado colombiano.

A través de este capítulo de libro se pretende mostrar que, a pesar de que existe un marco regulatorio en defensa de los derechos de las personas con discapacidad, aún existen aspectos que deben ser reforzados para materializar la normatividad jurídica, bien sea nacional, o internacional. El ámbito del trabajo es trascendental al ofrecer a los seres humanos los insumos o ingresos que garantizan otros derechos, como, por ejemplo, la educación, la salud o la vivienda. Precisamente, resaltar el rol que cumplen acciones positivas, especialmente los ajustes razonables, hace parte de la búsqueda por los cambios y transformaciones con trascendencia multidimensional, verbigracia, dejar atrás los paradigmas peyorativos o negativos sobre la discapacidad.

En ese orden de ideas, entender la situación laboral del colectivo de personas con discapacidad, requiere de entender el concepto propio de la discapacidad, como se verá más adelante. Esta realidad laboral será estudiada a partir de la implementación de los ajustes razonables, que permitan tener mayor claridad tanto de la diversidad que existe en la discapacidad, como del deber general de garantizar los Derechos Humanos de estos individuos.

Así las cosas, el presente capítulo del libro busca responder a la siguiente pregunta problema: ¿cuál ha sido la evolución jurídica

de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en los puestos de trabajo en Colombia? Para hacerlo se trazó el objetivo general de analizar la evolución jurídica de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en los puestos de trabajo en Colombia. Este capítulo se estructura en tres apartados. El primero, *El origen de los ajustes razonables de cara a la inclusión de las personas con discapacidad*”, se ocupa justamente de presentar una descripción de los antecedentes y la finalidad de la estrategia estudiada. *Las características de los ajustes razonables para personas con discapacidad en los puestos de trabajo*, constituye el segundo apartado y se refiere a la conceptualización de los ajustes, los elementos y principios en los que descansa, sus diferencias con los apoyos y otras consideraciones como los titulares de dicha obligación. El tercer apartado, *Los avances jurídicos de los ajustes razonables en el ámbito laboral de Colombia*, aborda los logros que se han obtenido en la configuración de los ajustes razonables en la normatividad constitucional y legal. Finalmente, el capítulo cierra con unas conclusiones propositivas que muestran los principales desafíos que enfrenta la implementación de los ajustes razonables para personas con discapacidad de cara a garantizar la inclusión laboral del colectivo estudiado.

METODOLOGÍA

Este capítulo del libro está desarrollado dentro del tipo de investigación sociojurídica, cuyo enfoque es el cualitativo. El método documental-descriptivo ha sido el empleado para el desarrollo de este texto, de tal forma que permitió la implementación de técnicas

de investigación, tales como: la revisión bibliográfica de literatura especializada en los temas de ajustes razonables, inclusión laboral, discapacidad y personas con discapacidad. Esto último se recopiló de manera previa en resúmenes analíticos de investigación, con los cuales se precisaron los elementos e información relevante para este capítulo del libro. Igualmente, se realizó la interpretación de normas jurídicas y el análisis jurisprudencial tanto en los contextos nacional como internacional. La revisión de documentos oficiales, informes y algunos estudios de caso en relación con la aplicación de ajustes razonables para la inclusión de las personas con discapacidad también hizo parte de la metodología. El acercamiento a las nuevas tendencias internacionales y a las experiencias jurídicas sobre el tema estudiado, fueron fundamentales para extraer aspectos aplicables o sugeribles dentro del contexto de Colombia, lugar de énfasis del presente resultado de investigación.

RESULTADOS

EL ORIGEN DE LOS AJUSTES RAZONABLES DE CARA A LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad representan una población en situación de vulnerabilidad, debido a que se enfrentan con una variedad considerable de obstáculos en los ámbitos público y privado de sus vidas. Aparte de las dificultades que ven en su diario vivir por causa de una sociedad construida físicamente para algunos, también se ven afectados por las creencias falsas en torno a ellos. La discriminación aún en pleno siglo XXI es

un tema de alta relevancia, a tal punto que se gestan objetivos para crear estrategias efectivas que ayuden a eliminar o a disminuir estas conductas atentatorias contra derechos y libertades fundamentales de quienes se ven afectados. En ese sentido, de manera previa al contenido de este acápite, se hará alusión a dos estrategias para la lucha contra la discriminación en general, que, según De Asís (2010, citado por Asís et al., 2017, p. 111), son: la estrategia de la situación y la estrategia de la identidad. La primera hace referencia a el trato en igualdad de derechos, en principio, que por situaciones determinadas de alguna persona o un grupo de estas deba realizarse una discriminación positiva. Por su parte, la identidad tiene en cuenta rasgos o características distintivas de un colectivo que exige de derechos concretos para ellos (ibídem, p. 112).

HACIA UN CONCEPTO DE LA DISCAPACIDAD

Pues bien, para entender la discriminación centrada en la discapacidad, se deberá entender este último concepto. Al respecto Constantino y Galicia (2015) traen a colación que la discapacidad “no es una circunstancia natural, sino que se presenta de acuerdo con un espacio social” (p. 262). En efecto, Barnes (2009, citado por Constantino y Galicia, 2015, p. 262), expresa que la discapacidad aparece conforme a las barreras que la sociedad impone al sujeto en esa situación. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de América, en el caso Furlán y Familiares vs. Argentina, del 31 de agosto de 2012, expresa que la discapacidad no es un asunto

de deficiencias de la persona, sino que es una conexión de estas condiciones con las limitaciones que en la sociedad existen, las cuales obstaculizan el ejercicio de derechos de la población con discapacidad (p. 4). Grosso modo, como lo afirma Bacca, Sabogal y Arrivillaga (2019), la discapacidad es un “fenómeno social, político y económico” (p. 31). Estos autores traen a colación tres paradigmas: el primero es sobre la participación política; el segundo trata sobre la interacción en lo económico y laboral; y, el tercero que implica transformar para incluir a las personas con discapacidad en todas las dimensiones de la vida (p. 38).

No obstante, antes de llegar a la actualidad la discapacidad ha atravesado por diferentes paradigmas que la han intentado definir, unos con más desaciertos que otros. Así se nos muestra Ambroggio (2017) quien plantea tres principales modelos de la discapacidad. El primero es el de prescindencia, ubicado por la autora en la antigüedad clásica griega y romana, que consideraba a las personas con discapacidad como innecesarias. Posteriormente, aparece el modelo rehabilitador, a juicio de la autora citada se sitúa en el siglo XX en los tiempos de la Primera Guerra Mundial. En este último se considera a la discapacidad desde la individualidad de la persona, bien por una enfermedad, accidente o problema de salud. Finalmente, la teórica cita el modelo de Derechos Humanos, el actual, donde la discapacidad es un fenómeno social (p. 15).

Desde el siglo pasado con obras como *Estigma*, de 1963, de Erving Goffman (2001, citado por Ferrante, 2014, p. 35), permitió abrir las primeras concepciones de que la

discapacidad era un asunto social. Pone de presente a la sociedad de aquel entonces, que las personas con discapacidad no comparten el modelo físicos estándares, pero sí estaban encuadrados dentro de la categoría biomédica de individuo anormal y sin lugar dentro de la jerarquía social. Esta misma teórica trae a colación a Robert Scott (en Ville et al., 2014, *ibídem*, p. 35), quien en su obra *La Fabricación del Hombre Ciego*, de 1969, donde la ciencia médica aparece como la propiciadora de las creencias culturales frente a la discapacidad como una identidad devaluada que hace a la persona un ser pasivo y dependiente. Frente a lo expuesto hasta este punto el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2020), considera que el modelo biopsicosocial permite considerar que la discapacidad puede ser analizada desde múltiples enfoques, es decir, tanto desde el individuo (componente biomédico), como desde su interacción con el medio social (modelo social) (p. 98).

¿QUÉ SE ENTIENDE POR PERSONA CON DISCAPACIDAD?

Las personas con discapacidad, sujetos que cuentan con habilidades diversas, independientemente de las condiciones que en su salud física o mental se presenten, se ven sometidos a tratos generalizados que no tienen en cuenta su calidad o situación de vulnerabilidad frente a sus contextos sociales adversos. Al respecto, se trata de tener presente que la igualdad que requieren debe tener ciertos matices diferenciadores, precisamente por sus condiciones desiguales con relación al resto de la sociedad (Pazo, 2016, p. 3). Esto no significa usar términos políticamente correctos como “personas con

capacidades diferentes” o “personas con necesidades especiales” como lo pone de presente De Lorenzo (2018, p. 14).

En otro lugar, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define a la persona con discapacidad como aquella “que presente deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales [...] al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás [...]” (2020). En esa misma línea, se puede considerar que la persona con discapacidad no es un discapacitado, como se consideraba antes. Se trata de un ser humano que presenta dificultades o limitaciones funcionales de algún(os) tipo(s), pero que ya no es algo intrínseco de ese individuo, sino que se concibe como un producto o situación de la sociedad donde se encuentra (Ambroggio, 2017, p 18).

Ahora bien, sobre esta población se tienen una serie de datos que desde la Organización de las Naciones Unidas se estima que aproximadamente el 10% de la población mundial son personas con discapacidad (2020). Por su parte, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU manifestó que para el 2015 al menos una de cada siete personas eran personas con discapacidad, y más del 80% estaban en situación de pobreza, con un gran porcentaje en países en desarrollo (2015, párrafo 5); justamente el caso de Colombia donde el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), según la información suministrada por el Instituto Nacional para Ciegos (INCI, 2020), estima que para noviembre del 2020 habían más de tres millones y medio

de personas con discapacidad, 7,2% de la población nacional, porcentaje mayor que en el 2005, el cual era de 6,4% del total nacional.

LAS MÚLTIPLES BARRERAS QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Teóricos como Pindado (2018, p. 47) reconocen que las personas con discapacidad son un grupo en riesgo de exclusión, especialmente por “el conjunto de barreras sociales y de necesidades básicas a las que estas personas deben hacer frente”. En esa medida, desde los altos tribunales en el ámbito internacional, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en sentencia *Furlán y Familiares vs. Argentina* en el 2012, plantean que las barreras que enfrentan esta población son: físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas (p. 4). Esto conlleva a sugerir que, en la aplicación de estrategias o medidas para la inclusión de las personas con discapacidad, se deba tener en cuenta “no sólo aspectos físicos que faciliten su movilidad, sino también en la comunicación; una persona con un problema visual, por ejemplo, podrá desenvolverse mejor en una ciudad con semáforos sonoros o con el braille acompañando a las indicaciones” (Ambroggio, 2017, pp. 17-18).

Por su parte, Reategui (2018) también considera que existen diversas barreras que enfrentan las personas con discapacidad. Para empezar, están las sociales, que implica el desconocer sus calidades de sujetos de derechos en sus entornos por la existencia de prejuicios, creencias falsas y las simples opiniones. Así mismo están las urbanísticas

y arquitectónicas, las primeras son las que impiden el libre desplazamiento en la urbe (ej. las calles), mientras las segundas lo son, pero dentro de los edificios (ej. ascensores o dificultades para acceder a lavamanos o a los retretes). Por otro lado, las económicas aluden a la dificultad para que este colectivo perciba ingresos tales que les permitan vivir dignamente. Para continuar, las culturales se relacionan con los impedimentos para que esta población acceda a eventos, manifestaciones o espacios de tipo cultural, tanto por la dimensión física, como por el contenido que tampoco llega a ser accesible. De igual forma están las actitudinales, donde destacan los prejuicios, donde la inflexibilidad impuesta por el colectivo dificulta dejar el proteccionismo y la subvaloración. Finalmente, las de tipo legal, son aquellas que establecen restricciones, usualmente de carácter general y permanente, en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

LOS AJUSTES RAZONABLES, ORIGEN Y FINES

A través de teóricos como Pozo (2016) se puede entender que los ajustes razonables están estrechamente relacionados con la garantía de derechos interconectados para las personas con discapacidad. Este autor afirma que a partir de los ajustes razonables se puede garantizar la igualdad de oportunidades al propiciar oportunidades para mostrar sus aptitudes; la autonomía, gracias a la adecuación de su contexto, permitiendo que sea independiente de apoyos de terceros; y, la vida digna, al difuminar obstáculos para su vida en sociedad (p. 4).

Se trae a colación a De Asís (2018), quien manifiesta que los ajustes razonables nacen

a partir de dos sistemas jurídicos: el de Estados Unidos, con el Equal Opportunity Act de 1972; y, con la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Ont. Human Rights Comm. vs. Simpsons-Sears* en 1985 (p. 103). Como lo plantea Woehrling (1998), por el proceso de inmigración desde otros continentes hacia Canadá alrededor de los años setenta del siglo pasado, se empezaron a crear una serie de movimientos para exigir el respeto de las diferencias etnoculturales y religiosas. Para lograrlo, se debieron realizar ajustes o acomodaciones razonables a la política, a la ley y los sectores empresariales; con lo cual se transformaron algunas prácticas y normas más permisivas a otras prácticas religiosas y culturales dentro del país (pp. 328-329). En ese mismo sentido, Finsterbusch (2016), expone que a través de la enmienda del título VII del Civil Rights Act del año 1964 se introdujo el concepto de diversidad religiosa y cultural, aspecto que dio pie para que, con la mencionada ley estadounidense de 1972, los tribunales de justicia empezaran a fallar en contra de la discriminación en el trabajo. Por su parte, este mismo autor, plantea que, en Canadá, aparte del caso citado anteriormente, también cumplieron funciones claves la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, art. 15, y la Carta de Derechos y Libertades de Québec, art. 10. Estos permitieron reforzar las normas cuasi constitucionales en Canadá, para enfrentar la desigualdad respecto de poblaciones vulnerables.

En otro lugar, según lo expuesto por Constantino y Galicia (2015), los ajustes razonables buscan transformar el entorno, para hacerlo acorde a la universalidad de la gente, pero con especificaciones precisas para las personas con discapacidad. Su esencia

es subsidiaria, pues su fin no corresponde a reemplazar a diseños universales, sino a reemplazarlos cuando estos no se presentan o no se aplican. En esa medida, son adecuaciones que facilitan la accesibilidad de este colectivo, priorizando la equiparación de oportunidades de forma igualitaria con relación a los demás (p. 266). Así mismo lo afirma Finsterbusch (2016), pues considera que el objeto de estos ajustes es acomodarse a la situación de la persona, para tratar de alcanzar la igualdad material con respecto a los demás.

LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS AJUSTES RAZONABLES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS PUESTOS DE TRABAJO

Los ajustes razonables en los puestos de trabajo en Colombia han representado estrategias efectivas para lograr una mayor inclusión de ese colectivo. Antes de adentrarse en el lleno de este acápite, se hará la precisión de que los ajustes razonables no son solo adecuaciones para un determinado momento o etapa dentro del ámbito laboral, sino que puede estar presente siempre que se requieran y se puedan implementar. Así las cosas, el empleo de estos ya es una realidad en el país. Para lograrlo se han establecido mecanismos como la intermediación laboral, a través de, verbigracia, la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo, para mediar entre la oferta y la demanda de puestos de trabajo para la población en cuestión. Según la Fundación Saldarriaga Concha “la persona con discapacidad puede acceder a través de

internet o puntos físicos, inscribir su hoja de vida y recibir servicios básicos y gratuitos como asesorías sobre hacer una hoja de vida, preparar una entrevista [...]” (2020a).

Para lograrlo, cuestiones establecidas en lo jurídico y político, se necesita enfrentar barreras como las ya mencionadas; al igual que dejar atrás modelos nocivos y peyorativos sobre la discapacidad. Así, ejemplo de esto es el de David Sierra, persona con discapacidad auditiva que trabaja en Sierra Nevada S.A.S., Bogotá-Colombia, en la producción y venta de hamburguesas y malteadas, como lo comenta la Fundación Saldarriaga Concha (2020a). Este es una de las respuestas positivas al trabajo nacional para la inclusión laboral de este colectivo. Según datos de esta misma fuente, para el 2019 se lograron 2.386 colocaciones de empleo, superior a la meta de 1.518 trazada en el 2014.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS PUESTOS DE TRABAJO

Para comprender qué se entiende por ajustes razonables, se acude a una definición consensuada, de la cual, se entiende que estos ajustes son aplicables a diferentes campos sociales. De esta forma, se encuentran conceptos generales y particulares sobre lo que se entiende por ajustes razonables. Es así, como desde la perspectiva general abordada en la (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006) se entiende por ajustes razonables, las modificaciones y adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada o indebida, al ser requeridos en casos particulares, para garantizar los Derechos Humanos y libertades

fundamentales a todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. De lo anterior, que se aprecie en el marco social y jurídico la aceptación de los diversos casos que requieran la aplicación y desarrollo de los ajustes razonables como elemento esencial para el goce y ejercicio de los derechos y garantías de todas las personas con discapacidad de una comunidad.

Ahora bien, Pérez (2012) señala que los ajustes razonables son conductas positivas que realiza un sujeto obligado por el imperio de la ley, consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas al respectivo entorno, atendiendo a las necesidades específicas de la persona con discapacidad en las situaciones particulares que se puedan presentar para permitir el acceso o ejercicio de sus derechos y su participación plena en la comunidad, siempre que no sean una carga indebida de acuerdo a criterios legales para la persona obligada. En este punto, adquiere importancia la idea de ajustes razonables concebida desde el ámbito laboral por (Galicia y Constantino, 2015) las adaptaciones necesarias para que la persona con discapacidad pueda cumplir con su trabajo, se realizan de manera especial para cada caso y se otorga para un adecuado proceso de inclusión en el ámbito laboral. Sin embargo, dicha definición ofrecida por los autores es sencilla siempre que se enfrenta al hecho de que los ajustes razonables como un concepto propenso a libre interpretación, aún no se encuentran completamente determinados.

De esta manera, la Agencia Federal para el Manejo de Emergencias – FEMA (2020) expresa que los ajustes razonables son las cosas que un empleador, desarrolla de forma

distintiva para un empleado o postulante con discapacidad con el fin de contrarrestar y eliminar barreras en el trabajo, tales como las que se forman en la práctica en el empleo o el ambiente laboral. Especial relevancia, tiene posibilitar al trabajador con discapacidad la realización de los deberes sustanciales del cargo; el acatamiento de las reglas empresariales; el disfrute de garantías y beneficios generales del trabajador y para que los aspirantes a un cargo cuenten con un acceso igual al proceso de solicitud que el de los demás.

A partir de lo anterior, se puede definir para efectos de esta investigación como ajustes razonables, cualquier cambio o adaptación necesario e idóneo en un empleo particular o en el ambiente de trabajo que permita al trabajador con discapacidad o aspirante de un cargo para permitir el acceso y ejercicio de sus derechos y su integración plena a la estructura empresarial física y social, en condiciones de igualdad, goce y ejercicio de sus derechos laborales fundamentales, siempre que no constituyan una carga desproporcionada o indebida para el empleador y cumpla con el factor de razonabilidad.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS AJUSTES RAZONABLES

Pese a existir conceptos separados de ajustes razonables, es fundamental la intrínseca relación de los elementos que conforman la idea o el postulado de estos mismos. De acuerdo a Pérez (2012) citado por Sánchez (2020) existen cinco elementos, cada uno abarcando un aspecto importante, los cuales son: el elemento fáctico de cambio, la conducta positiva que implica una modificación o adaptación;

de individualización y satisfacción de las particularidades, el cambio debe dirigirse a adaptar el entorno con base a las necesidades específicas de las personas con discapacidad; de subsidiariedad, cuando los métodos las obligaciones generales de protección fallan en el cumplimiento de las garantías a la persona con discapacidad; del carácter razonable, no deben significar una carga desproporcionada o indebida; y de garantía del derecho a la igualdad, debe ser accesible y fomentar la participación de las personas con discapacidad en las mismas condiciones de otros trabajadores.

Básicamente, tiene como fin la superación de obstáculos y las condiciones específicas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad (Navarro, 2007), se busca la eliminación de todo impedimento físico o sociolaboral, brindando oportunidades en respuesta a las prácticas sociales y culturales en pro de la igualdad laboral, ofreciendo ventajas para dar mayores medios de entrada a la trabajador o aspirante con discapacidad. Por otro lado, al ser un método de inclusión secundario y bajo la presentación de ciertas circunstancias, persigue la satisfacción de necesidades únicas y particulares de una determinada persona con discapacidad, abandonando el carácter general de los primeros métodos de protección que se dirigen al colectivo.

También, se precisa que aunque se hayan implementado transformaciones en el transporte, el suministro de información y la forma de comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de uso general a todos los trabajadores (Naciones Unidas, 2008), si no son suficientes para garantizar la integración plena del trabajador con

discapacidad, se puede recurrir libremente a la implementación de ajustes siempre que tenga un carácter razonable y siendo posibles tanto económica como físicamente; además, debe cumplir con los fines para los cuales fue implementado garantizando el derecho a la no discriminación, la igualdad dentro del ambiente laboral y el derecho al trabajo.

PRINCIPIOS DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS PUESTOS DE TRABAJO

Con la regulación de los ajustes razonables en los puestos de trabajo, tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como en otros Estados, se tuvieron como consecuencias o efectos la creación de reglas o principios, que más allá de algunas estar normativizadas en leyes deben ser tenidas en cuenta y aplicadas voluntariamente por las empresas en pro de su trabajador con discapacidad. Según Alexy citado por (Ruiz, 2012) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, lo cual, es el mayor intento de los ajustes razonables por fomentar cumplimiento de la no discriminación e igualdad de las condiciones laborales.

El Instituto de Biomecanica de Valencia–IBM (2020) afirma que la finalidad principal de los ajustes razonables es que a ninguna persona con discapacidad se le nieguen la obtención y ejercicio de un cargo laboral por razones no relacionadas con sus capacidades intelectuales e incluso físicas para realizar las funciones esenciales del trabajo; pero, encontrándose una dificultad de realizar funciones esenciales del empleo, hacer el intento por adecuar el puesto. Es en este

punto, que se destacan como principios o reglas de estricto cumplimiento que: el costo de los cambios y adaptaciones sea positivamente asumible por la empresa, valorando diferentes opciones de adecuaciones y seleccionar la que tenga un costo posible de solventar; las adecuaciones deben ser compatibles con los procesos de producción y organización empresarial; estas mismas, no deben tener o ser propensas a generar efectos secundarios negativos para la salud o seguridad de la persona con discapacidad o las demás; considerar el impacto del ajuste tanto para la persona con discapacidad como para compañeros, usuarios y clientes, eliminando barreras arquitectónicas para apoyar la fácil circulación de clientes y trabajadores (Instituto de Biomecanica de Valencia – IBM, 2020).

Entre los ajustes razonables que pueden ser implementados en materia de empleo, están los siguientes: Los cambios o adecuaciones de equipos o maquinaria, reorganización del empleo bajo la aceptación de empleos de tiempo parcial o modificados, transferencia del trabajador con discapacidad a una posición vacante, ajuste o modificación de exámenes, material de práctica o directiva, proporcionar lectores o intérpretes con las capacidades suficientes, y facilitar el acceso a la sede empresarial de personas en situación de discapacidad sin afectar a los demás (Southwest ADA Center, 1990). Aquí, se debe tener presente que se podrá salvaguardar la economía empresarial y será más fácil la inclinación por el diseño inclusivo desde el comienzo de la formación de la empresa sobre cargos laborales de fácil acceso a todas las personas en general (con o sin discapacidad); así mismo, las modificaciones pueden ser simples y de poco costo económico, cambios

en la perspectiva de compra de materiales, cambios de carácter organizativo, reasignación de trabajos, modificación de horarios.

Adicionalmente, estos cambios serán un impedimento a los actos de discriminación que muchas veces son padecidos por las personas en situación de discapacidad en el reclutamiento, la contratación, despidos, sueldos, licencias, ascensos, etc.

APOYOS Y AJUSTES RAZONABLES.

¿CONCEPTOS DISTINTOS?

Los apoyos y los ajustes razonables, en conjunto son acciones positivas que adoptan los Estados para obtener la igualdad fáctica de las personas con discapacidad en ambientes incapacitantes y levantar aquellas barreras físicas y actitudinales que tienden a presentarse en el ambiente de trabajo. De cierta manera, ambas se caracterizan por ser subsidiario y particular, debido a que solo se aplican cuando los mecanismos generales de accesibilidad y diseño para todos no son suficientes para garantizar a la persona en situación de discapacidad un ambiente de adecuada inclusión; además, de que se enfocan en solucionar directa y concretamente un caso específico para lograr de manera detallada solucionar el problema que se presenta en el ejercicio del cargo. Hasta hoy día, los ajustes y los apoyos son herramientas de gran importancia dentro del discurso de los derechos de las personas con discapacidad, pero, normalmente suelen ser confundidos debido a que encuentran raíces comunes en sus objetivos. De aquí, que se derive la importancia de tener claramente definido el contenido y alcance de cada uno, de lo contrario se hará muy dificultoso, saber quiénes son los titulares de la obligación

y de la responsabilidad u obligación de implementar ajustes razonables a efectos de exigirles las acciones necesarias que posibiliten el ejercicio de derechos laborales (García, 2018).

Con relación a los apoyos, atañe el concepto relacionado a la capacidad según (De Asís, 2017) tiene tres proyecciones: la primera, el ejercicio de los derechos; la segunda, la toma de decisiones; y la tercera, la de las actividades fundamentales y básicas de la cotidianidad. En otras palabras, son vistos como formas de asistencia libremente elegidos o designados por una entidad judicial a una persona mayor de edad con discapacidad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo una guía en la comunicación y comprensión de los actos jurídicos e interpretación de la voluntad. Pero, sin dirigir dichos apoyos al ejercicio del empleo que obtenga la persona en una empresa. Por lo menos, así es cómo son tratados en la legislación colombiana en la ley 1996 del 2019. Diferente son los ajustes razonables, que, aunque también tiene fines particulares y carácter subsidiario, se presenta directamente con el ámbito y desarrollo del trabajador con discapacidad dentro de la empresa en la que está vinculado.

LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA: TITULARES, OBLIGADOS E INCUMPLIMIENTO

Desde hace mucho tiempo hasta el día de hoy, las personas con discapacidad enfrentan una situación de gran complejidad frente a sus posibilidades laborales en el Estado

Colombiano, el mayor problema se daba con relación a la vinculación y desarrollo integro en el ejercicio del empleo. Cabe señalar, que esta última no era por falta de capacidad sino por impedimentos sociales que le limitaban o lo colocaban en una situación de debilidad frente a los demás. Fue así, como con la creación de la Ley 361 de 1997; la Constitución Política Nacional de 1991, artículo 13; Decreto 2011 del 2017; Ley 1346 de 2009; y, la Ley 1618 de 2013 se promovió desde el punto de vista práctico y social, la aparición de una acción empresarial a cargo del empleador; la cual, gira en torno a la obligación de implementar ajustes razonables en la estructura, la vinculación y el manejo de su empresa. De igual manera, se le da un papel importante al Estado como el principal sujeto de promoción y protección del colectivo general, tal como señala la constitución política de Colombia de 1991 y como un futuro colaborador financiero de las empresas.

Este acto del empleador, si bien, se le da la calidad de obligación, el entenderla como anteriormente se le ha mencionado, da paso a que se le vea como una obstaculización al derecho de igualdad que tienen las personas en el territorio colombiano. Puesto que, si el empleador no cumple con su obligación, estaría afectando los derechos fundamentales del trabajador y los aspirantes al cargo. Además, en ninguna circunstancia debe creerse que hay posibilidad de negociar la aplicación de dichos ajustes razonables entre el empleador y el trabajador, sino que se entiende necesario para la integración plena de la persona con discapacidad.

En concordancia con lo anterior, el incumplimiento no solo afectara la inclusión

laboral de un colectivo que durante mucho tiempo ha sufrido la marginación, sino que se entiende según (Carrasquero, 2018) La CDPD establece expresamente que la falta de ajustes razonables, en la mayoría de los Estados miembros, la falta de ajustes está considerada como una discriminación. Concretamente, en Croacia, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Países Bajos, Eslovaquia, España, Colombia, entre otros, la falta de ajustes es tratada como una forma distinta de discriminación y no como un medio para establecer alguna otra forma más amplia de la discriminación constituye una discriminación por discapacidad. Incluso, el incumplimiento generaría perjuicios a los empleadores que recibirán demandas con solicitud de reintegro e imposición judicial de implementación de ajustes razonables en la brevedad de lo posible.

En algunos casos, la falta de ajustes razonables no constituye una forma de discriminación de acuerdo con la norma nacional, específicamente cuando se alega la falta de carácter razonable como un límite a dicha obligación, el cual es traducido con una carga excesiva y desproporcionada. no debe tomarse sólo desde la perspectiva del costo económico, sino también desde otros aspectos como el impacto que la adopción de tal ajuste tendrá en el resto de las personas compañeros de trabajo (Bolaños, 2016).

LOS AVANCES JURÍDICOS DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN EL ÁMBITO LABORAL DE COLOMBIA

LOS AJUSTES RAZONABLES: UNA APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y SUPRANACIONALES

Desde la Constitución Política de 1991 se tienen bases fundantes para respaldar la implementación de acciones afirmativas y estrategias para lograr la inclusión efectiva de las personas con discapacidad. Desde su preámbulo se prevé el principio de la igualdad y, por supuesto, la garantía a la vida de todos los habitantes del territorio. Esto está relacionado con el deber del Estado de respetar principios y derechos fundamentales como el del trabajo y el de la dignidad humana (art. 1º). Este último es entendido por la Corte Constitucional como: “el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal” (2016). En esta misma sentencia, T-291 de 2016, la Corte expresa que la dignidad humana implica autonomía para desarrollar sus planes de vida, con condiciones determinadas para su existencia congrua, libre de sometimientos y humillaciones de cualquier índole. Precisamente estas consideraciones dan pie para exaltar el deber del Estado de garantizar los derechos y libertades fundamentales de los habitantes de la nación (art. 2º), en igualdad de condiciones, pero con una protección especial en razón a circunstancias determinadas, por ejemplo, la condición física o mental (art. 13º). Todo lo comentado previamente puede aplicarse en

el ámbito laboral, toda vez que es un derecho fundamental que implica gozar de un trabajo digno y justo (art. 25), que esté conformado por los mínimos de derechos, garantías y principios laborales, como la igualdad de oportunidades y la estabilidad en el empleo (art. 53º).

Por otra parte, en el contexto internacional se cuenta con diferentes instrumentos jurídicos que vinculan a los Estados que los suscriben y ratifican, de tal forma que deben observar el cumplimiento de sus contenidos (art. 93 C. Política, sobre el bloque de constitucionalidad). Así pues, se puede mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, primer impulso de los Derechos Humanos. En materia de discapacidad, de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, ratificada en Colombia mediante Ley 762 de 2002, suscrita previamente en Guatemala para el año de 1999. En su contenido insta a prevenir, a rehabilitar y a sensibilizar con respecto a la discapacidad. Para ello contempla la investigación científica y el diseño de recursos, herramientas y medios como claves para que se logren los objetivos que ese instrumento contiene. De igual forma, cabe señalar a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada en el país mediante Ley 1346 de 2009, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006. Este constituye el mayor instrumento jurídico para la protección de Derechos Humanos de las personas con discapacidad, cuya esencia se enmarca en el modelo social de la discapacidad.

Ahora bien, es relevante recalcar que Colombia, como Estado que suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Ley 16 de 1972-, hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyas implicaciones son varias, pero se destaca una para efectos de este estudio investigativo: debe realizarse el control de convencionalidad y debe tenerse en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa medida, Colombia cuenta con una institución supranacional que constituye una posibilidad para que una persona con discapacidad pueda defenderse ante un abuso o vulneración de sus derechos fundamentales. En el caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*, del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta que el colectivo en mención son personas en situación de vulnerabilidad, por lo tanto, el Estado debe cumplir sus obligaciones de garantizar los Derechos Humanos de ellos. Para ello pone de presente la necesidad, si se requiere, de implementar medidas positivas, de diferenciación positiva o prácticas de inclusión social efectiva (pp. 4-5).

El hecho de traer a colación el carácter subsidiario, pero complementario, del esquema de protección judicial que provee la Corte Interamericana de Derechos Humanos para las personas con discapacidad, hace parte de la línea de algunos teóricos. En otras palabras, doctrinantes relacionados al tema de la discapacidad consideran la posibilidad de que hayan jurisdicciones universales en defensa de los derechos de este colectivo, poniendo de presente ejemplos como: “una empresa multinacional que mantiene políticas de empleo discriminatorias contra las personas con discapacidad en un país e igualitarias en

otro” (Pindado, 2018, p. 56), cuestión que puede ser paliada con la intervención de una entidad de cualquier Estado que proteja a esa población mediante una acción judicial en instancias supranacionales competentes.

En otro lugar, puede mencionarse otros instrumentos normativos en materia de discapacidad dentro del ámbito internacional, tales como el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en 1983; ratificado en Colombia mediante Ley 82 de 1988. Con ella se busca establecer medidas adecuadas que permitan la readaptación profesional de las personas inválidas (discapacidad física) a través de servicios de formación, colocación y de orientación en el empleo. Asimismo, la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana en 1992. Con esto se pone de presente que la normalización de estas personas implica respetar sus derechos y libertades, aparte que el Estado y la sociedad tienen una corresponsabilidad en la atención integral de esta población. En igual sentido están las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de 1993, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no vinculatorias, pero sí de orden consuetudinario si se quiere. Buscan la consolidación de igualdad de derechos y obligaciones para todos, a través de medidas por parte del Estado. Aparte, en su contenido se pone de presente lo que puede considerarse agravantes de la discriminación hacia la discapacidad, tales como: que sea mujer, niño, anciano,

pobre, migrante, que posea discapacidad múltiple o que pertenezca a una minoría étnica o cultural.

AJUSTES RAZONABLES: UNA REVISIÓN A LA NORMATIVIDAD JURÍDICA INTERNA

Al tener en cuenta que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, se puede partir de la idea que aparte del principio de la dignidad humana que ya se mencionó anteriormente, también debe aplicarse el principio de la solidaridad. Con base en este, el Estado deberá tener en cuenta intereses y necesidades tanto individuales como colectivas, de tal forma que presente especial atención a aquellas poblaciones que se encuentran en situaciones de riesgo, bien sea de discriminación, o bien de exclusión social. Esto hace parte de la transición de Estados liberales donde se dejaba al pueblo o a la comunidad la realización de sus vidas particulares y sociales, dejando de lado las realidades de sectores minoritarios o que no compartían modelos estándares de la sociedad -blanco, heterosexual, condiciones físicas o sociales independientes, etcétera- (Pindado, 2018, pp. 43-44).

Por otra parte, la CDPD ha permitido librar diferentes avances jurídicos para la protección de Derechos Humanos, tal como pasó en Europa. En este continente a partir de la ratificación de la CDPD en la Unión Europea (UE, en adelante), en el año de 2010. Con este se estableció un cambio de base jurídica a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, una vez que entró a regir el Tratado de Lisboa, en el 2009. Ambos textos jurídicos proveen a las personas con discapacidad de garantías bajo los principios de igualdad y no discriminación, autonomía, dignidad humana

e inclusión social efectiva (Rodríguez, 2018, p. 63). De igual forma, a partir de la CPDP en la UE se implementó la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, con la cual se trazan ocho ámbitos de acción: “accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior; estableciendo medidas para adoptarlos (Rodríguez, 2018, p. 64).

Esta estrategia de la UE se relaciona con el deber que coloca la Ley 1618 de 2013, Ley Estatutaria de Discapacidad en Colombia, a los planes de desarrollo, pues deben incluir políticas públicas de discapacidad. Precisamente, el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, Ley 1955 de 2019, establece cinco objetivos, según lo expone la Fundación Saldarriaga Concha (2020b). Estos se centran en un sistema de registro, para certificar y caracterizar a esta población, con lo cual puedan acceder a servicios y oportunidades, como son las de salud y las de vinculación laboral o emprendimiento. Asimismo, se busca garantizar el ejercicio de la capacidad legal y el acceso a la justicia de este colectivo, tal como se comentará más adelante. Finalmente, se reconoce la necesidad de mejorar la adecuación física de los contextos donde se desenvuelven y al aumentar el acceso a las tecnologías, útiles para sus actividades diarias o laborales. Así pues a través de la implementación del CONPES 166 de 2013 se rediseñó la política pública de discapacidad, CONPES 80 de 2004, para establecer la inclusión social dentro de esa estrategia nacional, añadiendo el Consejo Nacional de Discapacidad (CND), el certificado de la discapacidad a través de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) y de las Secretarías

de Salud, al igual que brindando, junto con la Ley Estatutaria 1618 de 2013, impulso para el Registro de Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad (RLCPD).

Así como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE cobró mayor respaldo jurídico internacional, de la misma forma el ordenamiento jurídico de Colombia se debió adaptar a esta misma convención. De esa manera emergieron normas como la Ley 1996 de 2019, que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, eliminando figuras e instituciones jurídicas propias del modelo médico de la discapacidad, como lo era la interdicción (declaración judicial que restringía el ejercicio de derechos y libertades fundamentales de estos individuos). Acá se establecen, entre otros aspectos, la relación con la CDPD, la implementación de apoyos y ajustes razonables y la presunción de la capacidad de todas las personas, estableciendo que las personas con discapacidad son sujetos de derechos.

Al ser la principal columna vertebral de los ajustes razonables en los puestos de trabajo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006 pese a ratificarse en distintos años, ha influido no solo en Colombia y Europa de manera significativa, sino que ha sido la fuente en diversos países de normas, leyes y reglamentos dirigidos a la promoción y protección de derechos laborales para el colectivo de personas en situación de discapacidad. Tal es el caso de Perú con la Ley General de la Persona con Discapacidad en adelante “Ley N° 29973” enfoca en considerar discriminatorio la negativa de implementar

ajustes razonables independiente del ámbito social en que se requiera su aplicación, negándose son por considerarse no razonable y una carga excesiva o desproporcionada. Cosa que, al mismo tiempo tiene en común con la forma en que el Estado colombiano asegura sus criterios frente al principio de no discriminación del colectivo en estudio, facilitando su protección a nivel jurisdiccional con la presentación de casos particulares en conflicto y su pronta resolución.

Una notable diferencia, es que, entre la legislación peruana y la colombiana, la regulación de los apoyos y los ajustes razonables se presenta de forma diferente. En el primero, el Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP bajo un criterio unificado de aplicación en diversos ámbitos sociales, comprendiendo la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias, entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo en materia laboral (Congreso de la República, 2012). Mientras que, en el segundo los apoyos se trataron principal y exclusivamente con la ley 1996 del 2019 en materia de derecho procesal y asuntos civiles contractuales relacionados a la capacidad, sin mencionar los apoyos en materia de empleo.

Frente a estos cambios, una novedad de la legislación peruana con la última modificación de la Ley 29973–Ley General de la persona con discapacidad mediante el Decreto Legislativo N° 1417–Decreto Legislativo que promueve la inclusión de las personas con discapacidad, los ajustes razonables también incluirían a las personas con hijos o hijas menores con discapacidad. Lo anterior, con relación a gozar de licencias para la asistencia

médica y la terapia de rehabilitación que requieran los hijos, con lo que, se extiende el campo de protección a nuevos titulares de este derecho a la obligación de implementar ajustes razonables. Frente a esto, Colombia no tiene una regulación o existencia de alguna modificación que permita admitir ajustes razonables a más sujetos que a los trabajadores con discapacidad o aspirante a un cargo con dicha situación.

Por último, cabe indicar normas que desde el siglo pasado y hasta el día de hoy han permitido respaldar procesos laborales más inclusivos, de cara a las dificultades de índole social y actitudinal de algunos empleadores y de la sociedad en general. Tal es el caso de la Ley 361 de 1997, por medio de la cual se determinan mecanismos que permiten la integración de las personas con discapacidad a dimensiones como el empleo, a través de beneficios para los empleadores, como lo exponen sus artículos 30 y 31 de la ley en mención, apoyos de índole tributaria y en contratación pública. Por otro lado, está la Ley 1145 de 2007 que organizó el Sistema Nacional de Discapacidad (SND), que abarca recursos, normas e instituciones (ej. Consejo Nacional de Discapacidad y los comités departamentales y distritales de discapacidad) para llevar a cabo la materialización de los principios de la discapacidad, como lo son los de la CDPD.

CONCLUSIONES

1. Aunque en la normatividad jurídica nacional han existido avances de cara a la implementación de los ajustes razonables para las personas con discapacidad en los

puestos de trabajo, la evolución de dicha estrategia para garantizar plenamente la inclusión laboral del colectivo estudiado es todavía precaria. En dicho sentido, se requiere trabajo articulado entre todos los actores que promueven inclusión, así como mayor acompañamiento al sector empresarial por parte del Estado, una configuración más precisa de la estrategia a través de la cual se precisen aspectos como; el carácter razonable de los ajustes, quién debe ser el titular de la obligación, cuáles son los límites, la reglamentación de sanciones específicas derivadas del incumplimiento de dicha obligación y la unificación de criterios legales y jurisprudenciales respecto a que se entiende por personas con discapacidad y el contenido de los ajustes.

2. La sociedad actual se constituye en el primer detractor que incapacita a las personas con discapacidad, cuando son expuestos a ambientes en los cuales se dificulta su desarrollo y, además, se le deja a la independencia de su capacidad individual bajo condiciones de notoria discriminación.

3. Los ajustes razonables deben entenderse como todos aquellos cambios o adaptaciones necesarios e idóneos en un empleo o en el ambiente laboral que permite al trabajador con discapacidad tener acceso al ejercicio de sus derechos y a su inclusión plena a la estructura empresarial física y social.

4. Los ajustes razonables, fueron regulados como prueba fehaciente de la realidad material de las personas en situación de discapacidad en Colombia y el mundo.

5. Los ajustes razonables, tiene una estructura capaz de abordar el aspecto físico y actitudinal para lograr en lo posible cerrar

cualquier brecha o barrera que obstaculice el avance y la mejoría de un sistema empresarial respecto de sus trabajadores o futuros trabajadores con discapacidad.

6. Las desventajas en las que se encuentran las personas con discapacidad merecen la imposición de una cuota obligatoria para que puedan acceder a un trabajo de calidad. Pues, en el contexto de la realidad han demostrado tener grandes capacidades para el efectivo y eficaz ejercicio de un cargo, oficio o labor.

7. Los cinco elementos que estructura un ajuste razonable buscan: la eliminación de todo impedimento físico o socio laboral, al brindar oportunidades en respuesta a las prácticas sociales y culturales en pro de la igualdad laboral, y al ofrecer ventajas para dar mayores medios de entrada a la trabajador o aspirante con discapacidad a un trabajo decente.

8. Los apoyos y ajustes, tiene carácter subsidiario y persiguen la satisfacción de necesidades únicas y particulares de una determinada persona con discapacidad, abandonando el carácter general de los primeros métodos de protección que se dirigen al colectivo.

9. Existe un respaldo jurídico nacional e internacional a favor del colectivo estudiado, sin embargo, aún se deben trabajar los aspectos actitudinales del sector empresarial. Principalmente, se deberán hacer auditorías, bien por comités de empresas, o bien por parte del Ministerio de Trabajo, en sus oficinas descentralizadas. Esto servirá para verificar y llevar un banco de datos sobre la realidad de la inclusión laboral de ellos.

10. Desde las bases constitucionales de Colombia, los ajustes razonables implican la garantía de derechos fundamentales conexos como la igualdad, la no discriminación, el trabajo y la dignidad humana.

11. La financiación por parte del Estado será clave para que las pequeñas y medianas empresas vinculen mayor cantidad de personas con discapacidad.

12. Es necesaria la participación activa de las personas con discapacidad en la ejecución de la Política Pública de Discapacidad, teniendo en cuenta: contexto por regiones; acceso a la educación; formación para el empleo; rutas de orientación laboral; apoyo de fundaciones y organizaciones como intermediarios de empleo; alimentación del registro nacional de personas con discapacidad; y en la reestructuración física y socio laboral del sector empresarial en Colombia.

REFERENCIAS

- Agencia Federal para el Manejo de Emergencias – FEMA. (2020). Ajustes Razonables. FEMA. gov. <https://www.fema.gov/es/about/offices/equal-rights/accommodation>
- Ambroggio, S. (2017). La inserción laboral de las personas con discapacidad: un estudio exploratorio en empresas cordobesas. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/1310>
- Bacca, A., Sabogal, J. & Arrivillaga, M. (2019). Análisis de la política pública de discapacidad en relación con los cuidadores. Colombia, 2013-2017. Hacia la Promoción de la Salud, 25(1), pp. 29-43. <https://revistasoj.s.ucaldas.edu.co/index.php/hacialapromociondelasalud/article/view/108>

- Barnes, C. (2009). Un chiste malo: ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita?. En Brogna, P. Visiones y revisiones de la discapacidad. Fondo de Cultura Económica, pp. 101-122.
- Bolaños Salazar, E. (2016). La idea de los ajustes razonable como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad. Actualidad Jurídica. https://www.researchgate.net/publication/304038744_La_idea_de_los_ajustes_razonable_como_forma_complementaria_para_conseguir_la_igualdad_de_las_personas_con_discapacidad.
- Carrasquero Cepeda, M. (2018). Los Ajustes Razonables Para Personas con Discapacidad en la Unión Europea. Revista de Estudios Europeos N° 71, pp. 38-47. <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/29246/Estudios-Europeos-2018-71-Ajustes-razonables-personas-discapacidad...%2838-47%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Constantino, R. & Galicia, S. (2015). La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: definiciones, omisiones y propuestas. Repositorio Institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168209>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Furlán y familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_246_esp.pdf
- Congreso De La República. (2012). Ley N° 29973. Ley General de la Persona con Discapacidad. Lima, Perú. <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/herramientas-recursosviolencia/contenedor-dgcvg-recursos/contenidos/Legislacion/Ley-general-de-laPersona-con-Discapacidad-29973.pdf>
- De Asís, R. (2010). Las situaciones de dependencia desde un enfoque de Derechos Humanos, en Ramiro, M. & Cuenca, P. Los Derechos Humanos: la utopía de los excluidos, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 163 y ss.
- De Asís, R. (2017). De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, medidas, ajustes, apoyos y asistencia. ResearchGate. https://www.researchgate.net/publication/317102258_De_nuevo_sobre_la_accesibilidad_diseño_medidas_ajustes_apoyos_y_asistencia
- De Asís, R., Barranco, C., Serra, M., Cuenca, P., Ansuátegui, F., Al, K. & Rodríguez, P. (2017). Aplicación de los ajustes razonables en Qatar,. Un análisis sobre la garantía de la igualda de las personas con discapacidad en el derecho común qatarí. Universitas, N° 27, pp. 110-126. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/4020>
- De Asís, R. (2018). De nuevo sobre los ajustes razonables. Anales de derecho y discapacidad, N. 3, pp. 11-40. <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Anales183.pdf>
- De Lorenzo, R. (2018). Reforma social de la Constitución: comentarios y reflexiones al artículo 49. Anales de derecho y discapacidad, N. 3, pp. 11-40. <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Anales183.pdf>
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. (2015). Más del 80 por ciento de las personas con discapacidad son pobres. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/2015/08/18/mas-del-80-por-ciento-de-las-personas-con-discapacidad-son-pobres/>
- Diccionario panhispánico del español jurídico. (2020). Persona con discapacidad. <https://dpej.rae.es/lema/persona-con->

[discapacidad#:~:text=Adm.,de%20condiciones%20con%20los%20dem%C3%A1s.](#)

Ferrante, C. (2014). Usos, posibilidades y dificultades del modelo social de la discapacidad. *Revista Inclusiones*, 3(1), pp. 31-55. <http://www.archivosrevistainclusiones.com/gallery/3%20oficial%202014%20jul%20sep%20rev%20inc.pdf>

Finsterbusch, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de Derechos Humanos. *Ius et Praxis*, 22(2). <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0718-00122016000200008>

Fundación Saldarriaga Concha. (2020a). ¿Cómo busca empleo una persona con discapacidad? <https://www.saldarriagaconcha.org/como-busca-empleo-una-persona-con-discapacidad/>

Fundación Saldarriaga Concha. (2020b). El pacto por la inclusión. <https://www.saldarriagaconcha.org/el-pacto-por-la-inclusion/>

García, J. (2018). Ajustes Razonables y Apoyos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Retos y Dificultades*. (36) pp. 131-149. <http://dx.doi.org/10.14201/shhc201836131149>

Goffman, E. *Estigma. La identidad social deteriorada*. Amorrortu: Buenos Aires, 2001.

Instituto de Biomecánica de Valencia–IBM. (2020). Integración laboral de personas con discapacidad en las entidades financieras. <http://bancadis.ibv.org/mapa-del-sitio/89.html>

Instituto Nacional para Ciegos (INCI). (2020). Según el DANE, el 7,2% de los colombianos tiene alguna discapacidad. <https://www.inci.gov.co/blog/segun-el-dane-el-7-2-de-los-colombianos-tiene-alguna-discapacidad>

[inci.gov.co/blog/segun-el-dane-el-7-2-de-los-colombianos-tiene-alguna-discapacidad](https://www.inci.gov.co/blog/segun-el-dane-el-7-2-de-los-colombianos-tiene-alguna-discapacidad)

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2020). Lineamientos generales para la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social en entidades territoriales 2013-2022. <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Discapacidad/Paginas/politica-publica.aspx>

Naciones Unidas. (2008). Convención sobre los Derechos de a las Personas con Discapacidad. Nueva York, Estados Unidos. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Navarro, L. (2007). Acción positiva y principio de igualdad. En *Revista de Ciencias Jurídicas*. (112). Pag. 107-122. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/9740>

Organización de las Naciones Unidas. (2020). Algunos datos sobre las personas con discapacidad. <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html>

Pazo, O. (2016). Una aproximación al concepto de “ajustes razonables” en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. https://www.academia.edu/37343356/Una_aproximaci%C3%B3n_al_concepto_de_ajustes_razonables_doc

Pérez Bueno, L.C. (2012). *La Configuración Jurídica De Los Ajustes Razonables*. Cermi. https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/LA_CONFIGURACION_JURIDICA_DE_LOS_AJUSTES_RAZONABLES.pdf

Pindado, G. (2018). Las acciones colectivas como instrumento de defensa de los derechos de las personas con discapacidad. *Anales de derecho y discapacidad*, N. 3, pp. 11-40.

<https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Anales183.pdf>

- Reategui, M. (2018). Cumplimiento de la cuota de empleo y los ajustes razonables de la Ley General de la Persona con Discapacidad en las grandes empresas privadas del distritito de Chiclayo–2017. <http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/1498>
- Rodríguez, B. El impacto de la CDPD en el ordenamiento de la UE a través de la jurisprudencia del TJUE: balance y perspectivas de futuro. *Anales de derecho y discapacidad*, N. 3, pp. 11-40. <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Anales183.pdf>
- Ruiz Ruiz, R. (2016). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho Y Realidad*, 10(20). <https://doi.org/10.19053/16923936.v1.n20.2012.4860>
- Sánchez, K. (2020). Análisis sobre los Ajustes Razonables en el ámbito laboral público peruano: agenda pendiente del Tribunal de Servicio Civil. Especialización. Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16381/SANCHEZ_COLONIA_KATHERINE_LILIANA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Saulo R. Galicia, S. R. y Constantino, R. (2015). La configuración de los ajustes razonables en materia laboral en el Perú: definiciones, omisiones y propuestas. *Anuario de Investigación del CICAJ*. Pontifical Catholic University of Peru. https://www.researchgate.net/publication/305181324_La_configuracion_de_los_ajustes_razonables_en_materia_laboral_en_el_Peru_definiciones_omisiones_y_propuestas
- Southwest ADA Center–Centro del Suroeste para la Ley sobre Estadounidenses con Discapacidades–La Ley para Personas con Impedimento. (1990). *Los Derechos*

Laborales de las Personas con Impedimentos. Southwest ADA Center ILRU. Washington, D.C. <http://www.southwestada.org/html/publications/Spanish/losderechos.html>

- Ville, I., Fillion, E. & Ravaud, J. (2014). *Introduction à la sociologie du handicap. Histoire, politiques et expérience*.
- Woehrling, J. (19998). L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse. <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/1398/L%27obligation%20d%27accomandement%20raisonnable.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CAPÍTULO 11

EL ALCANCE Y LÍMITES DE LAS CUOTAS DE RESERVA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO

Paola Andrea Castillo Jaraba
Eilen Carolina Ruiz Vargas
Kelly Viviana Aristizábal Gómez



EL ALCANCE Y LÍMITES DE LAS CUOTAS DE RESERVA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO¹

Paola Andrea Castillo Jaraba², Eilen Carolina Ruiz Vargas³, Kelly Viviana Aristizábal Gómez⁴

RESUMEN

Palabras clave

Cuotas de reserva, trabajo, estrategias, inclusión laboral, personas con discapacidad.

Esta investigación pretendió mostrar de manera clara cuál es el alcance y los límites de las cuotas de reservas para personas con discapacidad en el ámbito del trabajo en Colombia, con el fin de dimensionar la cobertura jurídica que tiene esta problemática tanto en el sector público, como en el privado, toda vez que resulta necesario analizar el funcionamiento del sistema de cuotas que hoy impera en nuestro país, cuestionar su contenido y la importancia de este sistema para este grupo de personas que sufren algún tipo de discapacidad de cara a garantizar no solo el trabajo de los mismos, sino también un desarrollo personal y profesional. De ahí que a partir de esta investigación se identificaran los vacíos normativos que tiene esta temática en el sector privado y se presentaron propuestas de inclusión laboral de las personas con discapacidad.

-
1. Investigación que se adelanta en el semillero de Derecho laboral sobre la obligación de las cuotas de reserva en las empresas en el sector empresarial para personas con discapacidad.
 2. Estudiante de la Universidad Sergio Arboleda, miembro activo del semillero de Derecho Laboral. Email: pcastillojaraba@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4070-6123>
 3. Estudiante de la Universidad Sergio Arboleda, miembro activo del semillero de Derecho Laboral. Email: eilencarolinaruiz@gmail.com Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8543-6193>
 4. Docente de la Universidad Sergio Arboleda, seccional Santa Marta. Directora del Departamento de Derecho Privado y tutora del semillero de Derecho Laboral. Email: kelly.aristizabal@usa.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6087-4074>

Keywords

Reserve fees, work,
labor inclusion,
and people with
disabilities.

ABSTRACT

This investigation aims to clearly show the scope and limits of reserve quotas for people with disabilities in the field of work in Colombia, in order to measure the legal coverage of this problem both in the public sector and in the private sector. Whenever it is necessary to analyze the operation of the quota system that prevails in our country today, to question itself regarding its content and the importance of this system reserve fees for this group of people who suffer some type of disability in order to guarantee not only the work of the same, but also a personal and professional development. Hence, based on this research, the regulatory gaps that this issue has in the private sector will be identified and proposals for labor inclusion for people with disabilities will be presented.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación pretende analizar el alcance y los límites de las cuotas de reserva como estrategia de inclusión laboral para las personas con discapacidad en Colombia. Para alcanzar dicho objetivo en el marco de la misma se plantearon como objetivos específicos; Identificar el alcance de las cuotas de reserva en Colombia, describir que se entiende por persona con discapacidad y examinar los límites de las personas con discapacidad a partir de la normatividad jurídica nacional e internacional. De tal forma que se generen unos avances significativos en esta investigación.

Se trata indudablemente de un tema muy discutido en el ámbito laboral; porque se desconoce en qué consiste esta obligación, sobre quién recae, cuál es su verdadero alcance y las repercusiones jurídicas que se derivan para el empresario que incumpla con la misma. Es por esa razón que desarrollamos esta investigación con un enfoque cualitativo, por medio del cual se desarrollen los objetivos de una manera detallada, así mismo se aducirá a un tipo de investigación jurídica soportada en el método documental, fundamentadas en fuentes primarias y secundarias. Hasta llegar a desarrollar técnicas para recolectar la información que se han sustraído de la revisión de literatura, la cual es especializada y soportada en Resúmenes analíticos de investigación, análisis jurisprudencial, interpretación legal.

RESULTADOS

La obligación de reservar puestos de trabajo como estrategia para garantizar que las personas con discapacidad se incorporen a la actividad laboral es un tema que se encuentra en constante transformación, debido a las diferentes necesidades de cada contexto. Por ejemplo, el caso de España, Fernández (2003), el cual nos muestra de una manera detallada como se le dificulta a este personal en condición de discapacidad incorporarse en la actividad laboral, así como en el ambiente de trabajo. De tal manera que describe como una empresa selecciona a su personal, sin medir su capacidad intelectual. Esta situación resulta contradictoria, ya que en las leyes de este país se profesa la igualdad, prevención y eliminación de cualquier obstáculo para la incorporación laboral de las personas con discapacidad. Y para dar solución a lo anterior se crearon medidas de fomento de empleo por medio de dos opciones, el empleo ordinario y el empleo protegido. Este último es donde se ubica el sistema de cuotas de reserva para personas con discapacidad. Al respecto, Fernández (2003), afirma que las personas que tienen algún tipo de condición, se encuentran en constantes dificultades a la hora de acceder al mundo laboral. Las discapacidades que más enfrentan este problema son la discapacidad intelectual y mental.

Por otro lado, otro aspecto de suma importancia es la correlación entre el nivel de conocimiento y la situación laboral, porque a la hora de seleccionar al personal lo que ocurre es que se pone en situación desventajosa a este colectivo. Situación que nos obliga a pensar en medidas alternativas que le den una solución inmediata a esta

problemática como es la implementación de un sistema de cuotas que vincule a todas estas personas, por medio de una reserva de empleo exclusiva para ellos; que le proporcione oportunidades de empleo, en el momento que genere una competitividad sana entre personas que tienen la misma condición, es como una especie de protección especial en el sector laboral, que no ponga en manifiesto la diferenciación, sino por el contrario la comprensión de ese estado de desventajas, con respecto a las demás personas que tienen un mismo nivel de conocimiento, solo que reconociendo la situación en la que se encuentra este personal.

También en España, Herrer, Adan y Jiménez (2010), realizaron una investigación con las personas que sufren de un trastorno de personalidad en el área laboral, en donde se concluyó que sólo a través de una colaboración entre las diferentes entidades implicadas, y por medio de una perspectiva multidisciplinar, se puede trabajar en la detección, ayuda e integración socio laboral de las personas en situación de discapacidad. Por tanto, es necesaria la participación de todas las entidades para lograr convertir esta estrategia de reserva de empleo para personas con discapacidad en una obligación para los empleadores y no en una simple recomendación.

En cuanto al escenario legal de discapacidad, una de las normas que más grado de protección ha generado para el colectivo de personas con discapacidad en el ámbito del trabajo es la llamada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Este importante instrumento internacional

contiene los elementos adecuados que debemos proporcionarle a las personas con discapacidad para que sientan que se les está dando un trato igual que a los demás. de tal forma que no solamente se ingenien condiciones de vida, sino además medidas alternativas para solucionarle la situación de empleo a este colectivo, que se ve seriamente afectado por la discriminación laboral, un fenómeno que invade el mundo, derribando oportunidades de empleo para aquellas personas que cuentan con un alto nivel de capacidad intelectual y práctico. De esta manera se lograra eliminar todas los obstáculos y barreras de accesibilidad, que se crean a partir de los prototipos sociales que terminan vulnerando sagazmente los derechos de personas vulnerables, las cuales en muchas ocasiones no cuentan con la herramientas adecuadas para defenderse; ya sea por desconocimiento de la ley o en su defecto por la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentran.

En dicho sentido, Alonso (2007), nos dice que definitivamente estas barreras no permiten desarrollarnos como persona, sino que por el contrario obstaculizan nuestra participación en el mundo laboral, a tal punto de cerrarme ante la idea que soy menos que los demás, por el simple hecho de ser diferente. En lo que corresponde al sector público se logra evidenciar como el sistema de cuotas de reservas es implementado de manera obligatorio en todas las entidades colaboradoras del estado, en las cuales se tiene una extensa línea normativa para que este sistema logre tener efectividad en el ámbito laboral. Claramente de la mano con la fomentación del empleo para personas con discapacidad, esta justamente la idea

de fomentar políticas públicas en pro de convertir estos sistemas de cuotas de reservas en presupuestos obligatorios para el sector privado, de tal forma que se incentive a muchas más entidades a poner un granito de arena en la sociedad, para que se produzca una cultura en la cual estas personas en condición de discapacidad no sientan miedo a la hora de tocar a una empresa sea pública o privada, porque sabe que va a contar con el mismo nivel de oportunidades que tienen aquella persona que no sufre ninguna situación de discapacidad.

Adicional a ello es necesario poner en conocimiento de este colectivo que existen unos principios generales con los que ellos cuentan, para protegerse frente a los distintos señalamientos sociales que tengan; conociendo esto, seguramente se apropiara más de esta normatividad, de tal forma que estas mismas personas se abrirán puertas al empleo.

En lo que corresponde al modelo de discapacidad en nuestro estado social de derecho, encontramos que se encuentra protegido por convenios internacionales, que evita la vulneración del derecho al empleo digno para personas con discapacidad, permitiéndole la participación plena y efectiva en la sociedad, haciendo eficaz el principio de igualdad de oportunidades. Esto claramente se ve evidenciando en los proyectos que ha puesto en marcha el estado colombiano, para fomentar un ambiente de participación, atención y recomendación; de tal forma que se proporcione a este personal un apoyo, desde el punto de vista social como normativo. Estos convenios internacionales resultan de mucha ayuda a la hora de tener un sustento normativo para convertir este sistema de

cuotas de reservas en un elemento obligatorio para el sector privado, porque estaríamos hablando de un análisis minucioso que le hacen organizaciones especializadas en esta temática de la discapacidad para erradicar y equilibrar un poco la problemática de empleo en nuestra sociedad colombiana.

Resaltando que la carencia de empleo para este colectivo en situación de discapacidad, se convierte en limitaciones que no deberían constituir barreras para que estas personas sufran discriminación laboral. Cabe mencionar igualmente que la constitución de 1991 fue de mucha ayuda para lograr proporcionarle más garantías de empleo a las personas con discapacidad; porque mediante esta reforma constitucional, se le dio una importancia muy significativa a este colectivo; reconociendo que muchos de ellos se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, de tal forma que en la mayoría de los casos estas personas terminaban siendo víctima de maltrato o abuso en el ámbito laboral. Igualmente, en lo que respecta al enfoque de la discapacidad en el sistema de cuotas de reservas, se presenta como una condición integral que obliga al estado a analizar esta problemática de tal forma que se reserve un porcentaje de trabajos para contratar a este colectivo que sufre altas afectaciones en el mundo laboral.

Para esto es necesaria la ayuda de jurisprudencia y doctrinas, así como también normatividad nacional e internacional que nos sirvan como sustento legal a la hora de incorporar este sistema de cuotas en el sector privado. Algunos doctrinantes colombianos han considerado que el desempleo de este personal, contribuye a aumentar los índices de

pobreza en el país, porque estudios realizados demuestran que el número de personas con discapacidad supera la tercera parte de la población colombiana. Adicional a ello en Colombia es un hecho notorio la relación que existe entre la discapacidad y la pobreza, lo que lleva directamente a afectar la educación de este personal, en el entendido que dificulta la preparación y actualización de ese conocimiento que debe implementar a la hora de querer acceder a una planta de trabajo. Que lleva justamente a que el empleador sienta desconfianza a la hora de contratar, esto obviamente sería adicional a tantas desventajas con las que cuenta la persona con discapacidad a la hora de ser contratado.

En la situación de desempleo en Colombia incide en sobre manera el entorno en que viven las personas con discapacidad, porque hay entornos que aumentan la condición de discapacidad; como son los entornos físicos, sociales y sobretodo los laborales, donde se termina estigmatizando a las personas con discapacidad. Dichos entornos pueden mejorarse, incentivando programas de fomento en el empleo para mitigar dichas problemáticas y de esta manera mejorar la calidad de vida de este personal afectado. El enfoque de la discapacidad a nivel nacional nos obliga a mirar el desempleo desde diferentes dimensiones, entendiendo que lo que existe en el país es ausencia de mecanismos de supervisión que garanticen la aplicación práctica y efectiva de las normas de accesibilidad al empleo. Pero más allá de necesitarse la iniciativa de parte del estado, se necesita la ayuda de las autoridades competentes para que se capaciten de tal forma que reconozcan las necesidades que sufren las personas con discapacidad.

Teniendo en cuenta la situación que se ha planteado, es evidente que en el marco de lo legal, se genere un cambio a partir de esta perspectiva, porque busca darle a este personal en situación de discapacidad una integración al sistema de oportunidades laborales.

En este contexto la contratación laboral de las personas con discapacidad es un tema muy controversial desde el punto de vista del trabajo y se convierte en un reto para el derecho al trabajo; porque requiere la búsqueda de medidas y estrategias con el fin de subsanar las desigualdades y desventajas para quienes desean acceder a un puesto de trabajo, cuando presentan algún tipo de discapacidad. En este orden, tanto el sector empresarial público como el privado juegan un papel importante la incorporación de personas con discapacidad en el ámbito laboral y, no queda duda alguna que el sistema de cuotas de reserva es uno de las estrategias más factibles para conseguir el mejor resultado, por lo menos hasta que el tema del entorno laboral de este colectivo tome fuerza y pueda desarrollarse a través de medidas menos coercitivas.

A propósito de los sistemas de cuotas, estos se han venido utilizando históricamente en Europa cuando finalizo la primera guerra mundial, y se encontraban relacionados con el reconocimiento de quienes habían resultado heridos en acciones bélicas en defensa de sus países. Estos sistemas se han ido extendiendo en el tiempo hasta constituir un mecanismo común de promoción del empleo de las personas con discapacidad en la mayoría de los países europeos. (Pérez, 2017). De acuerdo a la Organización internacional del trabajo (2007), a nivel internacional se reconocen

diversos sistemas de cuotas dentro de los que se destacan: un sistema de cuotas obligatorias respaldadas por la imposición de sanciones o por medidas alternativas compensatorias. Este sistema es muy utilizado porque en el se incorporan tasa, por medio de las cuales se establece el porcentaje de vinculación laboral que de no ser cumpliendo daría lugar a una serie de sanciones pecuniarias. Igualmente este sistema lo podemos ver aplicado en lo que Colombia se refiere en el sector público, donde por medio de un conjunto de normas se regula esta problemática social, como es el desempleo que atraviesan las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que dichas desventajas no solamente surgen del entorno social, sino también del económico y el cultural.

Adicional a ello podemos observar un sistema de cuota obligatoria sin sanción efectiva, en la cual lo que se busca es implementar un sistema que parta de la intención de cerrar esa brecha de discriminación laboral manejada, a partir de ofertas de empleo que no llegan a seleccionar y diferenciar el personal que cuenta con una protección especial en materia laboral. Igualmente es importante tener en cuenta que el campo de aplicación de este sistema, se ve reflejado más que todo en los países bajos, donde no se tienen la necesidad de implementar sanciones para que las entidades de orden público o en su defecto de orden privado cumplan con estos requisitos. Esto se menciona porque en Colombia es muy difícil que este sistema de cuotas de reservas se aplique por la cultura que se maneja la cual las empresas están acostumbradas, que para cumplir con un requisito de ley no basta con que se mencione que es obligatorio, sino que lo que importa es que genere una

consecuencia pecuniaria, porque de ser así se ve en la necesidad de darle cumplimiento al reglamento. Finalmente existe un sistema de cuota no vinculante basada en una recomendación.

Con base al entorno que he observado en Colombia, podría afirmar que este es uno de los sistema que se aplica en Colombia para el sector privado, pues como lo he mencionado a lo largo de la investigación el sector privado no cuenta con ninguna normatividad que regule el tema de las cuotas de reservas para personas con discapacidad en ámbito laboral, de ahí que la implementación de este sistema lo que busque es presentarle la idea al empresario de contratar a personas con discapacidad, como una especie de recomendación que va de la mano con múltiples beneficio para la empresa contratante; claramente estos beneficios van desde descuentos los impuestos hasta subsidios económicos para que las empresas se motiven a realizar esta excelente labora, de la mano con la llamada responsabilidad social empresarial.

La aplicación de los sistemas de cuotas, en términos generales se basa en proporcionar a este personal altamente discriminado, garantizándole la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Son sistemas que si hacemos un análisis detallado nos daremos cuenta de cómo estos sistemas han sido de mucha ayuda en otros países, que al igual que nosotros sufren los mismos niveles de desempleo o en algunos hasta peores que el nuestro. Sin embargo pase a toda la situación que se presente en sus países, tratan de mitigar este problema utilizando herramientas institucionales o en su defectos jurídicas, para solucionar este tipo de situaciones sociales. Así

que como estado colombiano no perdemos nada al intentarlo en la medida que se le dé su debido cumplimiento, seguramente servirá de mucha ayuda en sociedad colombiana

Al detenernos a analizar la aplicación de los sistemas de cuotas, observamos que el que tiene más incidencia en el ámbito laboral, es justamente el que está acompañado de tasa, porque genera más oportunidades de empleo para aquellas que se encuentran en condición de discapacidad. Adicional a eso podemos observar que este sistema de cuotas traen inmersos múltiples beneficios para los empresarios que contraten a este personal que en muchas ocasiones se encuentra altamente discriminado, claramente si nos referimos al sector publico vamos a encontrar que la aplicación de este sistema es totalmente obligatorio, distinto a lo que ocurre en el sector privado, donde este sistema se presenta como opción que se le proporciona al empresario para que goce de unos beneficios.

En la normatividad colombiana encontramos que el estado trabaja muy duro en la implementación de estrategias que permitan incluir a este personal en situación de discapacidad, de tal forma que tengan las oportunidades de empleo que si se tratase de una persona sin ninguna condición de discapacidad; de ahí que el estado se interese por contribuir a la realización personal e integración social en el ámbito del trabajo. Reconociendo que muchas de estas personas tienen un potencial altamente calificado, que en muchas ocasiones es desaprovechado por la sociedad, porque miran su discapacidad y no su capacidad.

Un claro ejemplo de esto es la ley 1618 de 2013 específicamente el art 13, puesto que ahí

el Estado garantiza la protección de la persona discapacitada incluso desde su gestación, habla también de las capacitación de estas para ser incluida en el trabajo, incentiva a las empresas privadas a contratar a las personas con discapacidad, cuando taxativamente expresa que:

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación o de quienes hagan sus veces, expedirá el decreto reglamentario que establezca una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, para las empresas que en su planta de personal tengan personas con discapacidad contratadas con todas las exigencias y garantías legalmente establecidas, y para las empresas de personas con discapacidad, familiares y tutores (republica c. d., ley estatutaria 1618, 2013).

Y de ahí surge un punto muy importante porque pese a que el Estado ofrece tales beneficios, el sector privado es muy ausente en la contratación de la población con discapacidad a diferencia del sector público y vale decir que este último se muestra identificado con la población mencionada por la sencilla razón de que es obligatorio para ellos. ¿Qué sucede entonces? ¿Por qué pese a tener muy buenos beneficios los empresarios no contratan a las personas con discapacidad? Porque los seres humanos tristemente estamos ligados a defender nuestros intereses y no los del bien común, y para eso está el Estado, para hacer que dicho egoísmo no conduzca a la injusticia, haciéndose así responsable

de garantizar la igualdad a través de los derechos, los cuales se establecen en leyes y normas. Podríamos decir que el desafío del Estado en lo que estamos tratando, es obligar al sector empresarial público a acoger a la persona con discapacidad en la contratación laboral así como lo ha hecho el sector público; Valida es tal proposición porque las cuotas de reserva deben ser obligatorias en toda empresa, debido a que estas deben garantizar la protección a la igualdad de las personas con discapacidad en el caso de que surja una excepción a la regla, puesto que la regla debería ser que los empleadores vieran de igual atractivo tanto a las personas con discapacidad como aquellas que no son personas con discapacidad.

Tal deber ser es realmente el desafío del Estado “Lograr que el empresario vea igual de atractivo para contratar tanto a las personas con discapacidad como a las que no tienen discapacidad”. Es esto lo que intenta proponer la siguiente investigación, que el Estado logre percibir que las cuotas de reserva son muy necesarias, pero que no pueden ser efectivas sino les antecede la preparación laboral de la persona con discapacidad. La normatividad al respecto está establecida en el art 13 de la ley anteriormente mencionada, es bastante específica en su numeral segundo, la letra a) de tal numeral reza así: “Garantizar la capacitación y formación al trabajo de las personas con discapacidad y sus familias, teniendo en cuenta la oferta laboral del país...”

Fomentar la creación y fortalecimiento de unidades productivas, por medio de capacitación técnica y empresarial, líneas de crédito específicas para

aquellos casos en que los solicitantes sean personas con discapacidad y/o sus familias, con una baja tasa de interés, apoyo con tecnologías de la información y la comunicación, y diseño de páginas web para la difusión de sus productos, dando prelación a la distribución, venta y adquisición de sus productos por parte de las entidades públicas (republica c. d., ley estatutaria 1618, 2013)...

Esta ley habla en favor de la capacitación de las personas con discapacidad de forma sobresaliente, pero si tales mandamientos se aplicaran con eficiencia se evidenciara notablemente en la demanda por parte de los empresarios de personas con discapacidad para laborar, pero es tan deficiente el cumplimiento de tales normas que ni siquiera hay igualdad al momento de elegir entre una persona con discapacidad con otra que no lo es, precisamente porque la persona con discapacidad tienen un nivel de preparación deficiente comparada con la que si lo tiene. Surge entonces la siguiente inquietud: ¿qué sucede cuando una persona con discapacidad está preparada intelectualmente para realizar una labor, pero su condición física no se lo permite? Sucede sencillamente que dicha persona debe ser alineada con sus fortalezas, no con sus debilidades. El deber del estado no es enfocarse en excluirlas de las demás sino en ayudarlas a fortalecer lo que les es posible fortalecer, en el caso de las personas que tienen discapacidad solo física, estas deben fortalecer su capacidad psíquica, mientras que las que puede que tenga una discapacidad psíquica pueden fortalecer su parte física laboralmente hablando, siendo aquí lo importante hacer de esta población personas competentes frente

aquellas que no tienen discapacidad, haciendo así posible la igualdad.

Estos programas de empleo permiten mejorar el nivel de competitividad de las empresas y con ello generar un poco de progreso en el sector empresarial. De esta forma se harán valer muchos derechos, los cuales no solo deben ser garantizados por el estado sino por las personas que conviven en él. Además de la creación de esos programas generadores de empleo, podemos incentivar la creación de líneas de orientación en la cual se le proporcione al empleado en condición de discapacidad una charla sobre todos los derechos que el estado le brinda y que tiene al momento de ser contratado y de contar con un empleo formal y permanente. En esto justamente es en lo que radica la importancia de la igualdad en el empleo, en que a las personas se les proporcione un mismo trato sin distinción alguna, es decir que no importe que una persona no pueda caminar para llegar a su trabajo, que no importe que una persona no pueda escribir para desarrollar su conocimiento, porque la idea de este proyecto de investigación es mirar con una lupa esos temas que se desarrollan en nuestro diario a vivir y dentro de los cuales no conocemos la causa o su defecto la consecuencia que puede generar quitar la oportunidad a una persona, de que desarrolle sus capacidades pero sobre todo su potencial, ese que va a entrar a definirlo como persona. Porque aunque no lo crean la existencia de una persona lo hace su conocimiento, es lo destaca y crea en él un perfil profesional a la hora de desarrollar sus labores.

Ahora bien como ya hemos profundizado un poco el sector público en lo que respecta

a la condición de discapacidad, me gustaría tocar un poco el tema de la vinculación laboral en el sector privado, en el cual logramos observar que la aplicación de este sistema no es obligatorio sino que por el contrario es opcional, porque involucra beneficios que serán de mucha ayuda para el sector empresarial, pero es de notar que estos beneficios los utiliza el estado para incentivar un poco ese sentido de pertenencia que debe tener todo empresario con la sociedad, donde se ponga en manifiesto una ayuda adicional a todo ese personal que en muchas ocasiones no goza de un empleo por la gran incidencia que tiene el sentido de la vista en nuestras vidas. Un sentido que discrimina y que termina cortándoles las alas a aquellas personas que quieren superarse y tener una estabilidad en el empleo.

En cuanto a los contratos que celebran en el sector privado para contratar personal con algún tipo de discapacidad, encontramos que es necesario que estén entidades contratantes cuenten con la certificación de la oficina de trabajo, los cuales son los encargados de manejar el fuero de todo este personal, que debido a la cultura colombiana se ve seriamente golpeada al momento de contratar, sin embargo al hablar de la implementación de un sistema de contratación para el personal en condición de discapacidad, nos lleva a pensar en un problema serio y que podríamos decir que es el origen de parte de la discriminación que se vive en la sociedad colombiana, y es la falta de infraestructura para movilidad de este grupo de personas, y menciono este tema porque habría que pensar que una empresa que no cuente con ninguna de estas herramientas, se le va a dificultar más el hecho de contratar a este

tipo de personas, porque pensarían que el no tener la infraestructura, va a hacer que el trabajo de este trabajador se torne mucho más complicado.

Añadido a lo anterior otras de las situaciones por las cuales muchas empresas privadas no se atreven a contratar a este tipo de personas es justamente, porque al momento de terminarle el contrato además de necesitar que exista una justa causa, necesita la autorización de la oficina de trabajo. Sin eso no se puede despedir a este colectivo y de hacerlo, se generarían graves consecuencias para la empresa, porque tendría que reintegrarlo y adicional a ello pagarle indemnización de los salarios dejados de perseguir, por fuera de la sanción que esto traería. De ahí que muchos empresarios prefieran abstenerse de tener esta clase de percances, contratando a personas que no tengan ningún tipo de discapacidad.

En materia laboral estas personas discapacitadas que celebran contratos con empresas públicas, en la mayoría de los casos llega a completar el número de horas estipuladas por la ley y tienen derecho a la pensión, un derecho que surge por aportes periódicos durante su vida laboral, con el fin de garantizar el amparo para él y su familia, contra las contingencias derivadas de la invalidez. De ahí que la pensión más que ser una ayuda es una retribución por el trabajo que se logró. La intención es prevenir a las empresas privadas y públicas para que no se abstengan de contratar trabajadores en condición de discapacidad, porque de hacerlo se configuraría una falta grave en los términos del régimen disciplinario, en el cual se protege cabalmente al trabajador. En dicho sentido, dado que en el caso colombiano el

tema de la incorporación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral es un tema que avanza muy lentamente y que aún no existe la concepción generalizada de persona con discapacidad como sujeto de derecho a pesar de haber aprobado los acuerdos para garantizar los derechos de este colectivo.

Las cuotas de reserva se presentan en el ordenamiento jurídico laboral Colombiano como una estrategia adecuada y necesaria para promover el acceso al trabajo de estas personas. No obstante es un tema que se requiere de desarrollo normativo, de existencia de política pública que materialice dichos fines y de aplicación tanto en el ámbito empresarial público como privado.

CONCLUSIONES

Analizando el alcance de la cuota de reserva a partir de la normatividad jurídica en el caso Colombiano podría decirse que se tiene un sistema dual, en el entendido de que si bien en el sector público se avanza lentamente hacia un sistema de cuota obligatorio respaldada en la imposición de sanción como lo es la configuración de una falta grave en los términos del régimen disciplinario. En el escenario empresarial privado, puede apreciarse que lo que se evidencia es una cuota no vinculante basada principalmente en incentivos económicos que dependerá de la voluntad del empresario y su relación con la llamada responsabilidad social empresarial.

Porque lo que existe claramente en el sector privado son vacíos normativos que en muchas de las ocasiones resultan llenados por una serie de posiciones planteadas por estudiosos de la materia, que, en la praxis, aunque tengan un

grado muy alto de coherencia y veracidad, la faltarle el ingrediente normativos, terminan considerándose meras ideas que no están debidamente reguladas por el ordenamiento jurídico colombiano. Sumado a lo anterior, aunque se muestran algunos avances en el sector público también es esta limitado por los nuevos reglamentos a través del cual se establece el porcentaje de vinculación laboral de personas con discapacidad en las entidades del sector público solo aplica a los órganos, organismos y entidades del Estado en sus tres ramas del poder público, a nivel nacional, departamental, distrital y municipal, en los sectores central y descentralizado y a los órganos autónomos e independientes dejando por fuera las demás entidades del orden público.

No se desconocen los esfuerzos de Colombia en cuanto a la protección de las personas con discapacidad, sin embargo, se hace necesario la presencia de estrategias sólidas, no aisladas, que incluyan todos los actores claves; ya sea asociaciones de personas con discapacidad, el Estado y porque no el sector productivo, que es donde recae la mayor fuente de empleo. De tal forma que se dirijan específicamente a hacer de las cuotas de reserva una estrategia que contribuye asertivamente al tema de la inclusión laboral de este colectivo. Por último, no está de más decir que la mayor fortaleza de una sociedad está orientada hacia un compromiso social permanente, es por lo anterior, que, como futuros juristas, nuestro propósito es buscar el mejoramiento continuo en la aplicación de la justicia y recordar que nuestra meta es la de ser: guardianes de la justicia social y agentes que promuevan cambios en la humanidad.

REFERENCIAS

- Acevedo Daniel Santiago (2014). Asuntos legales. 21 de agosto
- Alonso, Jesús (2016). Fundación seres sociedad y empresa responsable. 23 de febrero.
- Alonso (2007) *Obstáculos del desempeño laboral*.
- Blank, Schur (2011). *Concepto de trabajo*.
- Botero (2016). *Inclusión laboral*.
- Cazallas, C. (2005). La desigualdad en el mercado de trabajo de personas con discapacidad: un enfoque teórico. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, 6, 147- 164
- Escobar, Diana María (2014). Universidad Nacional de Colombia.
- Fernández, n. v. (2003). Situación laboral de las personas con discapacidad en España. *Revista complutense de educación*, 393-424.
- García, j. m., & Gutiérrez, r. (1996). Inserción laboral y desigualdad en el mercado de trabajo: cuestiones teóricas. Australia: reis.
- Jiménez, Andrea Cárdenas (2017). Grupo de gestión en discapacidad. 14 de junio.
- Jiménez, Geovana Andrea Vallejo (2016) Nuevos retos de las personas con discapacidad.
- Kaye, Jans y Jones (2011). *Probabilidad para que un discapacitado este desempleado*.
- León, Universidad Autónoma de Nuevo (2015). Repositorio académico digital. 392/18, decreto. *es.presidencia.gov.co*. 2018.
- Ministerio de protección social. (2013). Procesos de inclusión laboral en la política pública de discapacidad en Colombia.
- Ministerio de protección social. (2008). observatorio del mercado de trabajo. Bogotá: Mintrabajo.
- Ministerio de trabajo (2017). Decreto número 2011

Nañez, Cobas (2015) Porcentaje de vinculación laboral para personas con discapacidad.» 2015.

Oficial, diario. «Decreto 2000 de 2009.» *sistema único de información normativo*, 2009: pagina 2.

Oficial, diario. «Decreto 2011 de 2017.» *sistema único de información normativa*, 2017: pag 13.

Oficial, diario. «Decreto 2177 de 2017.» *sistema único de información normativa*, 2017: pag 74.

Oficial, diario. «Ley 1346 de 2009.» *sistema único de información normativa*, 2009: pág. 54.

Oficial, diario. «Ley 361 de 1997.» *secretaria del senado*, 1997.

Oficial., diario. «Ley 1618 de 2013.» *sistema único de información normativa*, 2013: pág. 1.

Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para personas con discapacidad.» 2007.

República, Congreso nacional de la. *Ley 361 de 1997*. 1997.

Salud, Organización Mundial de la (2011). *Empresas privadas que aplican el modelo*.

Seres, Fundación (2015). *Inclusión laboral*.

Vanegas, campo Elías vaquero. «Guía para el proceso de inclusión laboral para persona con discapacidad.» *ministerio del trabajo*. 2016.



Edición digital
Caminos de la Dignidad: reflexiones sobre las distintas facetas de los Derechos Humanos
2020
Sincelejo, Sucre, Colombia

CAMINOS DE LA DIGNIDAD

Reflexiones sobre las distintas facetas de los Derechos Humanos

Obra colectiva en coautoría y colaboración con investigadores que presentan resultados de investigaciones de proyectos de instituciones tales como Universidad Popular del Cesar, Corporación Universitaria Americana, Universidad Simón Bolívar, Corporación Antonio José de Sucre, Universidad de Cartagena, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta y La Corporación Universitaria del Caribe - CECAR; en el marco de la Alianza con la Red de Grupos y Centros de Investigación Sociojurídica, Nodo Caribe.

Berónica Narváez Mercado
Editora