

# ADVOCATUS

VOLUMEN 18 No. 35 | DICIEMBRE DE 2020 | BARRANQUILLA, COLOMBIA | ISSN 0124-0102



**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas





#### **DIRECTIVAS NACIONALES**

Presidente Nacional: JORGE ALARCÓN NIÑO

Rector Nacional: FERNANDO DEJANÓN RODRÍGUEZ

Censor: RICARDO ZOPÓ MÉNDEZ

Director Centro de Investigaciones: ELIZABETH VILLAREAL CORRECHA

#### **DIRECTIVAS SECCIONALES**

Presidente Delegada: BEATRIZ TOVAR CARRASQUILLA

Rector Seccional: SALVADOR RADA JIMÉNEZ

Director Centro de Investigaciones: WENDY ROSALES RADA

Censor: PATRICIA OLIVEROS BOLÍVAR

#### **DIRECTIVAS ACADÉMICAS**

Decana: ZHEJER GUTIÉRREZ GONZÁLEZ

Directora Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociojurídicas: SANDRA VILLA VILLA

Directora Consultorio Jurídico (e): NUBIA PACHECO CODINA

Coordinadora Postgrados: BIBIANA SIERRA VEGA

Secretaria Centro de Conciliación: GLORIA MAZO RAMÍREZ



**Universidad Libre**  
Barranquilla

Apartado Aéreo 1752 Sede Principal de Barranquilla  
Km. 7 antigua carretera a Puerto Colombia  
Comunica a todas las dependencias PBX: 3673800

Facultad de Derecho  
Teléfono: 3673817  
Centro de Investigaciones  
Teléfono: 3673818  
Postgrados: Fax: 3673855  
e-mail: [coordinacioneditorial.baq@unilibre.edu.co](mailto:coordinacioneditorial.baq@unilibre.edu.co)  
Editora: [sandra.villa@unilibre.edu.co](mailto:sandra.villa@unilibre.edu.co)

Facultad de Derecho  
Universidad Libre  
Barranquilla

ISSN Impreso: 0124-0102  
ISSN Electrónico: 2390-0202  
& Autores Varios

Diseño, Corrección de Estilo e Impresión  
**Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Kimpres**



**MIAR**  
Matriz de Información para el  
Análisis de Revistas

**DOAJ** DIRECTORY OF  
OPEN ACCESS  
JOURNALS



**LatinREV**  
Red Latinoamericana de Revistas Académicas  
en Ciencias Sociales y Humanidades

**REDIB**  
Red Iberoamericana  
de Innovación y Conocimiento Científico



**COLCIENCIAS**  
Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación



**Dialnet** **latindex**

Revista *Advocatus* es una publicación semestral del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla. En ella se divulgan artículos, textos, capítulos resumidos de libros, avance de estudios y de resultados de investigaciones jurídicas y socio-jurídicas. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la revista ni a la institución universitaria.

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité Editorial y la evaluación de pares científicos.

Se respeta la libertad de expresión, de ideas y teorías de individuos y grupos de investigación académicos y científicos.

# ADVOCATUS

VOLUMEN 18 No. 35 | DICIEMBRE DE 2020 | BARRANQUILLA, COLOMBIA | ISSN 0124-0102

**Directora de la Revista:** Mg. SANDRA VILLA VILLA

**Editores:** PhD YOLANDA FANDIÑO BARROS – Mg. SANDRA VILLA VILLA

**Asistente Editorial:** JUAN CARLOS MIRANDA PASSO

## COMITÉ EDITORIAL

**PhD MARIA ELENA ROMERO RIOS**

Universidad del Zulia, Venezuela

**PhD YOLANDA FANDIÑO BARROS**

Fundación Universitaria San Martín, Colombia

**PhD CARLOS PEÑA OROZCO**

Universidad Sergio Arboleda, Colombia

**PhD ALFREDO RAMÍREZ NÁRDIZ**

Universidad Libre Seccional Barranquilla, Colombia

**VERA VILLA GUARDIOLA**

Universidad Autónoma del estado de Morelos– México

## COMITÉ CIENTÍFICO

### ITALIA

**PASQUALE SOFIA**

Universidad Roma Tre

### ESPAÑA

**JOSÉ TUDELA ARANDA**

Universidad de Zaragoza

**SAMER ALNASIR**

Universidad Carlos III de Madrid, España

**JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ**

Universidad de Murcia- España

### ESTADOS UNIDOS

**MARIO DE LA ROSA**

PhD. de FIU - Miami

### COLOMBIA

**CRISTÓBAL ARTETA RIPOLL**

Universidad del Atlántico

### EL SALVADOR

**ANA LIGIA GUADALUPE RODRÍGUEZ**

Universidad Dr. José Matías Delgado



#### **PROFESORES INVESTIGADORES**

SANDRA VILLA VILLA  
ÓSCAR TORRES LÓPEZ  
CRISTÓBAL ARTETA RIPOLL  
RACHID NADER ORFALE  
YOLANDA FANDIÑO BARROS  
RAMÓN PACHECO SÁNCHEZ  
VILMA RIAÑO GONZÁLEZ  
JUAN PABÓN ARRIETA  
JUAN VERGARA MÁRQUEZ  
GRETTY PAVLOVICH JIMÉNEZ  
ALFREDO RAMÍREZ NÁRDIZ  
CARLOS ESPINEL BENÍTEZ

# Contenido

## Content

<b>Editorial</b>	<b>9</b>
<i>Sandra Irina Villa Villa</i> <i>Universidad Libre Seccional Barranquilla</i>	
 <b><u>ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN</u></b>	
<b>Ley Orgánica de Regiones: antecedentes y principales aspectos de la Ley 1962 de 2019</b>	<b>15</b>
<b><i>Organic law of regions: Background and main aspects of law 1962 of 2019</i></b> <i>Rachid Nader Orfale</i> <i>Universidad del Norte, Universidad Libre y Universidad del Atlántico</i>	
<b>Familia junto al interés superior del niño en México</b>	<b>39</b>
<b><i>Family with the Best Interest of the Child in Mexico</i></b> <i>Oscar Samario Hernández</i> <i>Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias</i>	
<b>El mérito como acción afirmativa para acceder al empleo público</b>	<b>65</b>
<b><i>Merit as affirmative action to access public employment</i></b> <i>Humberto Luis García Cárcamo</i> <i>Comisión Nacional del Servicio Civil de Colombia.</i>	
<b>El mérito como elemento de transformación de las instituciones</b>	<b>81</b>
<b><i>Merit as an element of transformation of institutions</i></b> <i>Sixta Zuñiga Lindao</i> <i>Comisión Nacional del Servicio Civil de Colombia.</i>	
<b>Contra la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia: una cuestión de principios</b>	<b>101</b>
<b><i>Against the implementation of life imprisonment in Colombia: a question of principle</i></b> <i>Omar Huertas Díaz</i> <i>Carolina Amaya Sandoval</i> <i>Universidad Nacional de Colombia.</i>	
<b>Ubicación y fuerza vinculante de las subreglas jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano</b>	<b>121</b>
<b><i>Location and binding force of the jurisprudential subrules within the colombian legal system</i></b> <i>Eduardo Pablo Cerra Nolasco</i> <i>Universidad Libre.</i>	

**Educación para la paz y espacios de convivencia desde la perspectiva de los derechos humanos** 135

*Education for peace and spaces of coexistence from the perspective of human rights*

*Lenys Piña*

*Milvia Zuleta Pérez*

*William Bermudez Bueno*

*Universidad de la Guajira, Colombia*

**Convencionalidad de las garantías judiciales y protección judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia** 157

*Conventionality of judicial guarantees and judicial protection in the jurisprudence of the inter-american court of human rights on Colombia*

*Sergio Andrés Caballero Palomino*

*Universidad Externado de Colombia.*

*Katerin Yulieth Cruz Cadena*

*Universidad Libre - Seccional Barranquilla.*

*Daniel Fabián Torres Bayona*

*Universitat Autònoma de Barcelona.*

#### ARTÍCULO DE REVISIÓN

**Memoria y víctimas en las tesis sobre el concepto de historia de Walter Benjamín: contra la violencia del olvido** 181

*Memory and victims in the theses on the concept of history of Walter Benjamin: against the violence of forgetting*

*Cristóbal Arteta Ripoll*

*Universidad del Atlántico, Universidad Libre.*

*Juliana Paola Díaz Quintero*

*Universidad Federal de Uberlandia.*

#### ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

**Derecho y globalización: siete puntos de contacto** 193

*Law and globalization: seven points of contact*

*Carlos Lascarro Castellar*

*Diemer Lascarro Castellar*

*Universidad Nacional de Colombia.*

#### RESEÑA

**Las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983)** 209

*The Transitions of U.C.D. Triumph and Disbandment of Centrism (1978-1983)*

*José Manuel Canales Aliende*

*Universidad de Alicante.*

# Editorial

## LA REFORMA TRIBUTARIA Y EL DERECHO A LA PROTESTA CIUDADANA FRENTE AL COVID-19

SANDRA IRINA VILLA VILLA  
Editora Revista Advocatus  
Universidad Libre Seccional Barranquilla

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.7446>

En este momento, si algo ha impactado a la sociedad colombiana, fue el proyecto de ley especial presentado por el gobierno del Presidente Iván Duque, a través de su Ministro de Hacienda, Alberto Carrasquilla, el cual se tituló: *“Por medio de la cual se consolida una infraestructura de equidad fiscalmente sostenible para fortalecer la política de erradicación de la pobreza, a través de la redefinición de la regla fiscal, el fortalecimiento y focalización del gasto social y la redistribución de cargas tributarias y ambientales con criterios de solidaridad y que permitan atender los efectos generados por la pandemia y se dictan otras disposiciones”*. El proyecto de ley tuvo como número de radicación el 594 de 2021 ante el Senado y el 439 de 2021 ante la Cámara, y contempla un conjunto de medidas destinadas a regular la política fiscal para determinar las acciones de política pública o instrumentos de sostenibilidad fiscal, caracterizada por:

1. Redefinición de la regla fiscal en donde la variable de endeudamiento empieza a considerarse como parte de su funcionamiento.
2. Fortalecimiento y focalización del gasto social mediante la permanencia del Programa complementario de Ingreso Solidario (PIS) que existirá en adición a los programas sociales actuales (Familias en acción, Jóvenes en acción, Colombia y los subsidios de energía y gas combustibles).
3. La redistribución de las cargas tributarias y ambientales para financiar el aumento en el gasto social, promover la progresividad del sistema tributario e incentivar el desarrollo sostenible y el crecimiento limpio.

4. El segundo mayor escenario de recaudo que se aspira obtener es sobre el IVA, modifica la lista de productos gravados con este impuesto, eliminando la categoría de exentos y para ello contempla que un conjunto de bienes de la canasta familiar serían incluidos con el impuesto a las ventas, lo que sin duda traería un aumento considerable del costo del mercado familiar, e igualmente impacta los costos de las familias, al imponer el tributo a los servicios públicos a los estratos 4, 5 y 6.
5. El mayor recaudo se espera recibir en el impuesto a la renta a personas naturales. La reforma pretende que los límites de aplicación al tributo cambien, con lo que muchas más personas deberán empezar a declarar renta, aproximadamente se espera que quede un límite anual de **\$15.000.000** en ingresos, gastos, consignaciones bancarias y compras con tarjeta de crédito, y un límite de **\$93.000.000** anual en patrimonio neto. Lo cual quiere decir que, por ejemplo, una persona con un salario de \$1.100.000 contando prestaciones sociales tendría ingresos anuales superiores al límite ( $\$1'100.000 * 14 = \$15'400.000$ ) y, por ende, debería presentar su declaración de renta. De la misma manera, una persona dueña de un apartamento avaluado en \$100.000.000 aun si no recibe ingresos, también debería presentar la declaración.

El impuesto de renta se cobra con base en los ingresos, pero la obligación de declarar renta no solo se basa en ingresos sino también en bienes, gastos, compras con tarjeta de crédito y movimientos financieros.

Así se impacta una mayor cantidad de personas que se les obliga a declarar por cosas diferente al ingreso.

6. Aumento de la tarifa tributaria, en donde se propone que queden entre 0 y 41% en 2023. Se modifican los niveles de ingresos en los que la tarifa cambia y se va a empezar a subir la tarifa desde unos ingresos mucho menores. Esto va a resultar en que, en la mayoría de casos, una persona, manteniendo su mismo nivel de ingresos, va a tener un impuesto a cargo más alto.
7. Propone eliminar varios beneficios tributarios existentes en la actualidad, los cuales permiten descontar de los ingresos de una persona, para disminuir la base gravable o el impuesto a cargo, tales como; intereses sobre cesantías recibidos, intereses pagados al Icetex, planes de medicina prepagada, dependientes económicos como lo son las personas dentro del vínculo familiar que depende del contribuyente, intereses pagados por adquisición de vivienda o leasing habitacional, situación que aumenta la base de recaudo del contribuyente.

8. Impone gravar a las pensiones con tasas efectivas con un impuesto que gravaría a las mesadas desde \$7 millones de pesos mensuales.
9. Algunos bienes pasan de tener tarifa de 5% a tener tarifa general de 19%, en donde se destacan los combustibles (gasolina y ACPM).

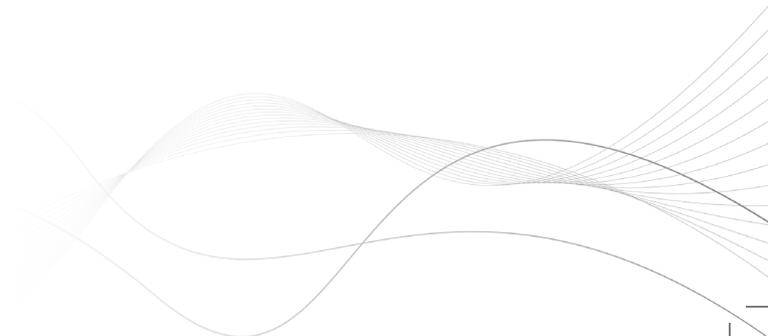
Esta reforma se presenta en el momento más inoportuno de la historia y deja un mensaje desbordante de distanciamiento entre el gobierno y la población en general, que percibe a un presidente ausente de las condiciones actuales de vida y de disminución de ingresos en todos los sectores poblacionales.

Lo que impulsó una detonación generalizada de rechazo y de indignación del pueblo que, aun con una crisis sanitaria, se volcó a las calles, para mostrar su rechazo a la intención de imponer reglas fiscales más excesivas dirigidas a la clase media y a la población en general.

Marcharon entre miles de ciudadanos a rechazarla como un clamor generalizado de no a la reforma, de allí que resultara impresionante lo que los manifestantes indignados indicaban en uno de los grafitis, y memes más sentidos, que expresaba: “Si un pueblo sale a protestar en medio de una pandemia, es porque el gobierno es más peligroso que el virus”.

Lo realmente alarmante es que la población civil, sin tener en cuenta, el alto grado de peligro que significaba estar en aglomeraciones y manifestaciones por el posible contagio del virus, se dispuso a hacerse sentir para decirle al gobierno que no acepta la propuesta de reforma tributaria, por la incidencia efectiva que va a tener en la ciudadanía en general. Ante lo cual el país entero marchó y presionó al gobierno dejándole un mal presagio de las posibilidades de incitar a la protesta si decide continuar adelante con la reforma presentada.

Lo anterior convierte a la reforma en un gran problema que puede crear una crisis institucional sin precedentes. El Gobierno se encuentra en un grave y costoso error si aun en contra de la protesta masiva presentada, decide desconocer el descontento social y en forma soberbia, continuar adelante en presentar una ley para gravar con tributos, a una sociedad que vive una situación crítica, producto de la crisis sanitaria, por lo que se ha visto más empobrecida, y resulta injusto que pretenda obtener mayores recursos de las rentas del trabajo, de la propiedad urbana y el consumo de las miles de familias colombianas.







# ADVOCATUS



## ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN



# Ley Orgánica de Regiones: antecedentes y principales aspectos de la Ley 1962 de 2019

## Organic law of regions: Background and main aspects of law 1962 of 2019

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.32.35.6896>

### Resumen

La Ley Orgánica de Regiones fue aprobada dentro del marco de un proceso de pujas políticas cuyos resultados derivaron en la redacción de un texto final que, a pesar de no ser lo ideal, constituye un avance en materia de descentralización territorial. Esto abre la posibilidad de una transformación de los gobiernos territoriales en Colombia que depende de la manera como la creación de las regiones se acompañe de una asignación efectiva de recursos y atribuciones para ser desarrolladas este nivel de gobierno.

**Palabras clave:** Regiones administrativas y de planificación; Entidades territoriales; Regionalización; Descentralización.

### Abstract

The organic region law was approved within the framework of a process of political bids, the results of which resulted in the drafting of a final text that, despite not being ideal, constitutes progress in territorial decentralization. This opens the possibility of a transformation of the territorial governments in Colombia depending on the way in which the creation of the regions is accompanied by an effective allocation of resources and powers to be developed at this level of government.

**Keywords:** Administrative and planning regions; Regions territorial entities; Regionalization; Decentralization.

### Rachid Nader Orfale

Docente de la Universidad del Norte, Universidad Libre y Universidad del Atlántico. Catedrático y conferencista de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP. Contacto: [rachidf.nadero@unilibre.edu.co](mailto:rachidf.nadero@unilibre.edu.co)

### Como citar:

Nader Orfale R. (2020). Ley Orgánica de Regiones: antecedentes y principales aspectos de la Ley 1962 de 2019. *Advocatus*, 18(35), 15-37. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6896>



### Open Access

### Recibido:

24 de marzo de 2020

### Aceptado:

11 de agosto de 2020

## ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

La Ley Orgánica de Regiones busca hacer realidad la figura regional constitucionalmente establecida como entidad territorial en la Carta Política de 1991, cuya reglamentación legal se encontraba pendiente desde hace más de 25 años siguiendo lo ordenado por la misma Constitución.

El modelo de ordenamiento territorial que se visionó en la Constituyente no pretendió, en ningún momento, seguir con las estructuras centralistas que se derivaron de la Constitución de 1886, y que generaron escisiones territoriales al país, sino, por el contrario, buscó el desarrollo de la descentralización territorial tanto de funciones como de recursos en entidades territoriales sólidas con autonomía política.

En este sentido, se determinó dentro del texto constitucional la posibilidad de establecer regiones, a partir de un proceso de creación, primero, como entidades administrativas y de planificación<sup>1</sup>, y luego su conversión a entidades territoriales. Esta segunda fase debía ser reglamentada por una ley orgánica de ordenamiento territorial, estableciendo los recursos de estas, los órganos de administración y sus atribuciones<sup>2</sup>.

La omisión legislativa del Congreso de la República en la aprobación de una norma que le diera cumplimiento a la Constitución e hiciera realidad el proceso regional en nuestro país, llevó a que en el año 2010 se impulsara una iniciativa regional liderada por Eduardo Verano de la Rosa como gobernador del departamento del Atlántico, que llevó a más de dos millones y medio de colombianos a votar manifestando su voluntad de conformar una Región Caribe, en la misma línea del mandato constitucional y con el respaldo del pueblo soberano. Fue el llamado: Voto caribe. Este fue el hecho político que motivó la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT).

Sin embargo, la aprobación de la LOOT, Ley 1454 de 2011, no cumplió el cometido señalado en el artículo 307 de la Constitución Política de 1991, de reglamentar la región como entidad territorial, pues difirió dicha regulación a otra ley posterior<sup>3</sup>, manteniéndose la omisión en el cumplimiento del mandato constitucional por parte de los poderes centrales del Estado. De la misma manera, la mencionada ley determinó que la creación de regiones administrativas y de planificación no podía generar gastos del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema

1 Constitución Política de Colombia. art. 306 "dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio".

2 Constitución Política de Colombia, art 307. "La respectiva ley orgánica, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la región en entidad territorial. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a

referendo de los ciudadanos de los departamentos interesados. [...] La misma ley establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del Estatuto Especial de cada región".

3 Ley 1454 de 2011, art. 36. de la región territorial, de conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la región administrativa y de planificación podrá transformarse en región entidad territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República.

General de Participaciones (S.G.P.) ni del Sistema General de Regalías<sup>4</sup>. Dicha disposición legal limita la figura regional (Sarmiento, 2015) dentro de nuestro esquema territorial al punto de presentarla solo como un proceso asociativo sin respaldo real de competencias y recursos.

La imposibilidad de crear regiones como entidades territoriales, pese a encontrarse establecidas en las disposiciones constitucionales, se constituye en el desvío que por parte del Estado Central se le ha dado al principio de descentralización contenido en el primer artículo de la Constitución de 1991, restringiendo el desarrollo de un ordenamiento territorial acorde con las necesidades de las regiones con sus particularidades.

#### **CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE REDACCIÓN DEL PROYECTO DE LEY Y LOS IMPEDIMENTOS PARA QUE FUERA DE INICIATIVA DEL GOBIERNO NACIONAL**

Partiendo de lo anterior se constituyó por parte de la Federación de Departamentos y el Ministerio de Interior una comisión redactora de un proyecto de ley de regiones que, en primer lugar, quitara las referidas limitaciones fiscales establecidas para las Regiones Administrativas y de planificación (RAP) por la LOOT y, en segundo lugar, reglamentara la conversión de las RAP en regiones como entidades territoriales RET en

cumplimiento de lo establecido en el artículo 307 de la Constitución Política, superando el vacío legislativo que la LOOT había dejado al respecto. Al final se terminó de elaborar un anteproyecto de ley, con base en el propuesto por la gobernación del Atlántico, que tuvo el aval del Ministerio de Interior. Uno de los puntos de discusión se centró en si debía ser un proyecto de ley ordinario, dándole cumplimiento y llenando a la vez el vacío legislativo que dejaba la LOOT en su artículo 36, o si debía ser un proyecto de ley orgánico. Al final se decidió por este último punto partiendo de la base que un proyecto de ley ordinaria si bien es cierto podía reglamentar la conversión de la RAP en RET, no podía modificar las limitantes que la LOOT les había establecido a las primeras en cuanto a su financiación. Se decidió que debía ser un proyecto de ley orgánica.

Dicho proyecto de ley orgánica reglamentaba el proceso de regionalización en Colombia, estableciendo la financiación de las regiones administrativas y de planificación a partir de recurso del Presupuesto General de la Nación y de regalías (no se estableció financiación de la RAP con recursos del Sistema General de Participaciones, pues estas no son entidades territoriales). En cuanto a las condiciones de conversión de la RAP en regiones como entidades territoriales se determinó que las primeras debían haber existido por un periodo mayor a un año, sometiendo a referendo de los ciudadanos su conversión, siendo el acto jurídico de creación una ley ordinaria. En lo atinente a la reglamentación exigida para las RET por el artículo 307 de la Constitución Política se

<sup>4</sup> Ley 1454 de 2011, art. 32. [...] las regiones administrativas y de planificación no generarán gasto del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, ni del Sistema General de Regalías.

determinó que: i. En cuanto a los órganos de administración habría un gobernador regional y una corporación pública denominada asamblea regional, ambos de elección popular. ii. En lo que respecta a las atribuciones y recursos, la ley dispuso que la ley que creara cada región reglamentaría lo pertinente.

Una vez el referido anteproyecto de ley fue remitido por el Ministerio de Interior al Ministerio de Hacienda, este procedió a presentar una serie de objeciones. En aquella comunicación<sup>5</sup> dirigida al Ministerio del Interior, el Ministerio de Hacienda señaló que en cuanto a la forma de financiación de las regiones administrativas y de planificación, aduciendo al artículo 361:

es inconstitucional pretender mediante una ley de carácter orgánico dar una destinación diferente a los recursos del fondo de ciencia, tecnología e innovación del sistema general de regalías. [Continúo afirmando que] esta asignación irá en contravía de lo dispuesto en la ley 1530 de 2012, a través de la cual se regula por mandato constitucional la organización y el funcionamiento del sistema general de regalías.

Frente a lo anterior, el Ministerio de Hacienda paso por alto que es igualmente un mandato constitucional el que señala en el artículo 307 de la Constitución Política, que la misma ley que establece las condiciones para la conversión de la región en entidad territorial: “establecerá las atribuciones, los órganos de administración, y

los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del fondo nacional de regalías”.

Por tal motivo no podía hacerse una interpretación fragmentada de la Constitución como si cada uno de sus artículos no hiciera parte de un sistemático cuerpo normativo integrado, señalando la contradicción con el artículo 361 de la Constitución sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 307 de la misma, el cual permite de manera expresa la participación de las regiones en los recursos de regalías.

En segundo lugar, la citada cartera ministerial objetó la creación de un fondo RET como un fondo público con el fin de asignar recursos para invertir en el desarrollo de las regiones entidades territoriales RET, compuesto por participaciones del IVA, impuesto al consumo, impuesto sobre la renta y aranceles.

La razón de la objeción de Minhacienda se fundamentó en señalar que dicho articulado supuestamente contradice lo establecido en el artículo 359 de la Constitución Política, el cual dispone que no existirán rentas de destinación específica, excepto las participaciones previstas en la Constitución en favor de departamentos, distritos y municipios, las destinadas para inversión social y las que la nación hubiese asignado a entidades de previsión social y las antiguas intendencias y comisarias.

Frente a esta segunda objeción, debió hacerle nuevamente claridad al Ministerio de Hacienda y su equipo asesor, en la manera como debe ser

<sup>5</sup> Comentario al anteproyecto de ley orgánica de regiones. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Noviembre 2017.

interpretada la Constitución Política frente a la nueva realidad en el ordenamiento territorial que plantea el presente proyecto de ley, teniendo en cuenta lo siguiente:

- i.** La RET entraría en las excepciones establecidas en el artículo 359 de la Constitución, referente a la destinación específica de recursos bajo el entendido que lo allí dispuesto en favor de departamentos, distritos y municipios, sería extensible a las regiones que, como entidades territoriales entrarían a participar al igual que el resto, en las rentas nacionales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 287 de la Constitución Política.
- ii.** La excepción establecida en favor de departamentos, distritos y municipios debe verse como enunciativa y no taxativa, dado que es la misma Constitución la que establece en su artículo 286 la posibilidad de crear otra clase de entidades territoriales además de las señaladas, como son las regiones, provincias y territorios indígenas. Por ende, debe hacerse una interpretación sistemática de la Constitución y no fragmentada como nuevamente lo hace el Ministerio de Hacienda en este punto.
- iii.** No existe razonabilidad y es contrario al principio de igualdad, privar a las regiones como entidades territoriales de los mismos derechos y situaciones de excepcionalidad de las cuales gozan los departamentos, distritos y municipios.

- iv.** Debe recordarse que la región como entidad territorial surge de la unión de dos o más departamentos, por lo que su nivel de gobierno es superior al de otras entidades territoriales.
- v.** No puede soslayarse lo establecido expresamente en el proyecto de ley respecto del fondo RET, el cual se crea: “con el fin de asignar recursos para la inversión del desarrollo regional de las regiones entidades territoriales”. En este orden de ideas, el establecimiento de destinación a las rentas nacionales señaladas en el proyecto de ley se justificaría además en la tercera causal señalada en el mismo artículo 359 relativo a la inversión social de recursos.

Por último, el Ministerio de Hacienda imposibilita cualquier propuesta legislativa de hacer realidad las disposiciones constitucionales en torno a la creación y financiación de las regiones con recursos de la nación, señalando como única fuente posible los presupuestos departamentales, cuando afirma:

al existir la posibilidad de que una región administrativa y de planificación pueda convertirse en una región entidad territorial, tal como dispone el anteproyecto, podría crear una estructura institucional administrativa sin un esquema de financiación de gastos de funcionamiento sostenible, la cual para su viabilidad tendría que supeditarse a las transferencias que se realicen a nivel departamental.

De esta misma manera, el concepto de objeción del Ministerio de Hacienda sustituye el artículo 307 de la Constitución al señalar que el establecimiento de órganos de administración propios de las regiones generaría mayor burocracia, cuando con indiferencia señala lo siguiente:

respecto de la institucionalidad político-administrativa... [...] ese manejo bien podría ser asumido por un equipo técnico que materialice las iniciativas y proyectos de desarrollo con enfoque regional establecidos por las entidades territoriales que conformen el esquema asociativo regional y no se reproduzcan las autoridades que existen actualmente en el ámbito territorial, para evitar así la creación de nuevos nichos burocráticos.

De la argumentación planteada, podríamos extraer la visión centralista del Ministerio de Hacienda al visualizar las regiones como entidades eminentemente asociativas, contrario a la naturaleza que, como entidades territoriales, les reconoce la Constitución Política. En este mismo sentido, si hacemos extensivos los argumentos del Ministerio de Hacienda respecto de la creación de órganos de administración debido a la supuesta reproducción en el nivel regional de las autoridades de los otros entes territoriales, nos llevaría a la situación de suprimir alcaldías y concejos distritales y municipales por ser reproducción de las gobernaciones y las asambleas en los departamentos. Por el contrario, la propuesta es hacer un balance entre el gobierno central, las nacientes regiones, de manera que al final se convierta en una suma

o incluso mayor eficiencia en resultados al lograr mayor democracia y cercanía a la resolución de problemas.

La visión centralista del gobierno nacional, reflejada en el concepto del Ministerio de Hacienda nos lleva a la evaluación de las políticas de los diferentes gobiernos nacionales frente a la descentralización y las entidades territoriales. La racionalidad administrativa en los diferentes sectores de la Administración no puede ser vista desde una sola óptica, desconociendo las particularidades de los territorios. La formulación de políticas públicas generales contradice y, en muchos casos, es rechazada por los territorios que se ven desconocidos por un Estado que de manera sistemática y continua ha concentrado el poder político, derivándose en una recentralización de las funciones y recursos que la Constitución de 1991 había entregado a los entes territoriales.

Finalmente, en el marco de la insistente oposición del Ministerio de Hacienda, se imposibilitó que por parte del Ministerio de Interior se presentara el proyecto de ley orgánico de regiones.

#### **LA INICIATIVA PARLAMENTARIA: TABLA DE SALVACIÓN DEL PROYECTO DE LEY**

Ante la negativa del gobierno nacional de presentar el proyecto de ley, por la oposición del Ministerio de Hacienda, se realizó un proceso de socialización del mismo con los diferentes miembros del Congreso de la República, pasando el proyecto a ser de iniciativa “Parlamentaria”;

es decir de los congresistas, con las limitantes que eso implicaba. Lo anterior teniendo en cuenta que cualquier proyecto de ley que implicara gastos solamente podía ser presentado por iniciativa del gobierno teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 154 de la Constitución Política: “[...] No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del gobierno la ley a que se refieren los numerales 3,7,9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150 [...]”. Remitiéndonos al artículo 150 de la Constitución para verificar que proyectos de ley son de iniciativa privativa del gobierno por disposición del artículo 154 citado, caen el tal limitación los proyectos de ley que tengan como objeto: “Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración”. Esta nueva forma de presentación del proyecto de ley requirió que, por parte de algunos miembros de la comisión redactora, se reformulara la redacción del mismo, estableciendo verbos facultativos en algunos casos y difiriendo a la ley de creación de cada región como entidad territorial en otros la reglamentación de algunos asuntos.

Como consecuencia del proceso de socialización en el Congreso se logró la firma y presentación por más de 60 congresistas en la legislatura (2017-2018) ante la plenaria del Senado de la República del “Proyecto de Ley Orgánica de Regiones” en virtud del cual se pretendía: i. Determinar la financiación de las regiones administrativas y de planificación RAP; y ii. Establecer las condiciones de conversión de la RAP en RET, estableciendo sus autoridades, atribuciones y recursos desarrollando lo con-

templado en el artículo 307 de la Constitución Política.

Dicho proyecto de ley fue aprobado en primer debate ante la Comisión Primera del Senado de la República y posteriormente ante la plenaria, con ponencia del senador Juan Manuel Galán. Una vez pasa al tercer debate ante la Comisión Primera de la Cámara de Representante se presenta una comunicación<sup>6</sup>, quince minutos antes de iniciar la sesión, por parte del Ministerio de Hacienda, la cual formula una nueva serie de observaciones al proyecto en trámite.

Había que darle entonces respuesta a las objeciones presentadas por el Ministerio de Hacienda, lo cual demandaba un esfuerzo técnico y jurídico inmediato con el fin de evitar que el proyecto de ley se hundiera ante el temor de los Representantes a la Cámara de estar votando un texto supuestamente contrario a la Constitución según las advertencias del Ministerio de Hacienda. De esta manera, se procedió a darle respuesta al Ministerio bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, el Ministerio de Hacienda señala que en cuanto a la forma de financiación de las regiones administrativas y de planificación (art. 6) y las regiones como entidades territoriales (art. 13) del proyecto de ley orgánica de

<sup>6</sup> Comentarios a la ponencia para tercer debate al proyecto de ley No. 258 de 2018 Cámara 182 de 2017 senado “Por el cual se dictan normas orgánicas para el fortalecimiento de la región administrativa y de planificación, se establecen las condiciones para la conversión en región entidad territorial y se dictan otras disposiciones, en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la CP”.

regiones, dicha reglamentación legal viola las disposiciones constitucionales en los siguientes términos:

[...] teniendo en cuenta que los artículos 6 y 13 de la iniciativa prevén que el gobierno nacional estaría obligado a asignar una partida en las leyes anuales del Presupuesto General de la Nación para cofinanciar los proyectos de inversión de impacto regional, esta cartera considera que son inconstitucionales, pues de conformidad con los artículos 151 y 352 de la Constitución Política todo asunto que sea de carácter orgánico debe tramitarse por medio de una ley orgánica y no bajo leyes ordinarias.

Debe hacerse claridad que el trámite que se le ha dado a este proyecto de ley ha sido el previsto para una ley orgánica, con la mayoría y demás requisitos de la Constitución, y no el de una ley ordinaria como erróneamente se afirma por parte del Ministerio de Hacienda.

En efecto, dando cumplimiento al trámite y requisitos estipulados para las leyes orgánicas, en los tres debates que ya se han surtido en el Congreso de la República, el proyecto siempre ha obtenido un resultado positivo mayor a la mitad más uno de los miembros de cada instancia y corporación. Así, en su trámite en la Comisión Primera Constitucional del Senado, el resultado de la votación fue 17 votos a favor de 19 senadores miembros. Por su parte, el tránsito en la plenaria del Senado arrojó un resultado de 71 votos a favor y solo 4 en contra, mientras en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el resultado

fue de 22 votos a favor de manera unánime. Así, el legislador demuestra la importancia y apoyo a la consolidación de la regionalización en Colombia.

Por otro lado, el Ministerio de Hacienda plantea frente al tema de la financiación de las RET y la asignación de recursos por parte del gobierno nacional en el Presupuesto General de la Nación que:

[...] la presente propuesta no solo elimina este anclaje a la regla fiscal establecida en la Ley 617 de 2000 y la Ley 819 de 2003, sino que genera la obligación de destinar recursos del PGN a la financiación del funcionamiento de las RAP y RET. Al respecto, esta cartera considera altamente inconveniente dicha modificación, pues el costo de las decisiones que unilateralmente tomen los gobiernos territoriales recaería en el Presupuesto de la Nación socavando los límites de gasto sobre el mismo.

Esta posición difiere del sentido que plantea la norma con relación a la financiación de las regiones como entidades territoriales. Es el gobierno nacional el que, a través de su iniciativa legislativa respecto del Presupuesto General de la Nación, debe destinar los recursos que garantice el funcionamiento de las RET y no los gobiernos locales como erróneamente lo establece el concepto.

Continúa el ministerio afirmando:

Como puede verse, el marco legal de los esquemas asociativos se ha desarrollado bajo la

convicción de que su creación no debe generar ni gastos de funcionamiento adicionales, ni un crecimiento de estructuras administrativas y político-administrativas [planta burocrática]. Así mismo, deja claro que su creación y operación no puede tener impacto alguno en el Presupuesto General de la Nación o en los Sistemas de Transferencia de Participaciones o Regalías. En este sentido, la institucionalización de los esquemas asociativos regionales, a través de su conformación en entidades territoriales debería realizarse bajo la misma lógica y no generar presiones sobre los recursos departamentales y nacionales, a partir de la creación de estructuras administrativas permanentes con nuevos gastos de funcionamiento asociados [...].

En este mismo ámbito, el proceso de conversión de la RAP a RET como está planteado en el proyecto conlleva la entrega de responsabilidades en el sostenimiento de la estructura administrativa al nivel superior de gobierno. Es así como, mientras la estructura administrativa de la RAP se soporta en los aportes de las gobernaciones integrantes, al convertirse en RET [lo que puede suceder a penas un año después], la financiación de la estructura administrativa recae en el Presupuesto General de la Nación, sin determinar una contribución por parte de las entidades territoriales que la conforman.

[...] Del mismo modo para este Ministerio resulta equivocado crear una estructura administrativa de RET en la forma que los señala el artículo 13 del proyecto de ley, esto es determinar previamente una partida presupuestal en el

nivel nacional, para posteriormente establecer la estrategia de regionalización de competencias para la implementación de políticas públicas. La enseñanza que queda de la experiencia práctica es que aún queda mucho por avanzar en el marco del desarrollo de la Ley 1454 de 2011 que permite diversos esquemas asociativos para implementar una perspectiva regional en la planificación y gestión del desarrollo territorial y en el esquema de devolución de competencias y recursos desde el nivel nacional a los niveles territoriales.

Frente al texto citado anteriormente podemos argumentar que, al presentarse este como un proyecto de ley orgánico ante el Congreso, lo que se espera es precisamente modificar con la imposibilidad de financiación de la RAP establecido en la Ley 1454 de 2011, la que al ser del mismo nivel y especificidad como legislación de carácter orgánica puede modificar el ordenamiento jurídico vigente establecido en la LOOT.

Al darse la transformación de la Región Administrativa y de Planificación a Región como Entidad Territorial, esta última adquiere los derechos establecidos para todas las entidades territoriales, consagrados en el artículo 287 de la Constitución Política en especial la participación en las rentas nacionales. De esta manera, se desconoce por parte del Ministerio la nueva naturaleza que como entidad territorial adquieren las regiones y la atribución que *per se* adquieren en el ámbito del ordenamiento territorial como divisiones político-administrativas.

De otro lado, el Ministerio cuestiona que el periodo de conversión de la RAP a la RET debe ser mínimo de un año. En este punto debe resaltarse que, en la discusión del proyecto de ley en el Senado, el periodo mínimo de transición de la RAP en RET se aumentó a cinco años.

Respecto de la falta de desarrollo y mayor precisión de la financiación de las RAP y RET, así como la realización de operaciones de crédito público y endeudamiento, reclamada por el Ministerio, no puede perderse de vista que el presente proyecto de ley es de iniciativa legislativa, por lo que al no provenir del gobierno nacional, no pueden redactarse ni estipularse artículos que generen impacto fiscal alguno so pena de incurrir en conflicto con la Constitución de acuerdo con lo contemplado en su art. 154.

Sobre el tema de los órganos de administración RET, el Ministerio plantea que el proyecto: “Se limita a identificar unos órganos de administración propuestos. Sin embargo, no señala ni especifica las funciones y competencias de cada órgano, dejando tal regulación a los estatutos de las correspondiente RAP, lo cual se presta para irregularidades”. Frente a este punto, llama la atención la posición asumida por el gobierno nacional al prejuzgar y dar por sentado que las entidades territoriales regionales creadas podrían cometer irregularidades al momento de establecimiento de las competencias y funciones de los órganos de administración. No pueden hacerse este tipo de señalamientos partiendo de la base de una minusvalía territorial de la periferia, lo cual resulta irresponsable

e irrespetuoso con el sector territorial de la administración pública colombiana. Es necesario señalar que países como España o Italia establecen modelos de organización territorial dotados de ciertas competencias facultativas con el fin de darle desarrollo al principio de autonomía de los territorios.

Respecto de los reparos realizados al artículo 12 de la Ley con relación al control fiscal, debe resaltarse que el mismo fue modificado y que el control recaería sobre la Contraloría General de la República, la cual ejercería la vigilancia sobre las RAP y las RET. Por tal motivo las observaciones del Minhacienda se encuentran superadas.

### **Respuestas a la supuesta incompatibilidad del proyecto de ley orgánica de regiones con las disposiciones de la OCDE<sup>7</sup>**

Frente a las observaciones realizadas por el Ministerio de Hacienda en relación con una supuesta e infundada incompatibilidad del proyecto de ley orgánica de regiones con los parámetros y reglamentaciones de la OCDE, es necesario realizar una serie de precisiones que demuestran la carencia de contextualización, así como el abuso de generalizaciones injustificadas por parte del Ministerio en cada uno de los puntos tratados a continuación:

El Ministerio menciona que: [...] lo que la OCDE considera fundamental para la adecua-

<sup>7</sup> En este punto tuvimos un apoyo fundamental del economista Manuel Fernández quien había sido secretario de hacienda en el primer gobierno de Eduardo Verano.

da planificación del desarrollo regional son las Pequeñas Regiones que están establecidas formalmente y son relativamente estables en todos los países miembros de la OCDE, con la excepción de Israel (20.000 Km<sup>2</sup>) y Luxemburgo (2.580 Km<sup>2</sup>)”.

No estamos de acuerdo con lo anterior, en primera medida, porque el tamaño de una región sea grande o pequeña, es algo relativo al tamaño de cada país. No pueden realizarse generalizaciones injustificadas como si los territorios carecieran de asimetrías poblacionales y geográficas, lo cual nos obliga a contextualizar las inferencias planteadas en torno a la delimitación regional. Es así como, según el documento “Territorial Grids of OECD Member Countries”, que define los límites territoriales de los países de la OCDE elaborado por la Dirección de Gobernabilidad Pública y Desarrollo Territorial de la OCDE<sup>8</sup>, el tamaño promedio de las regiones “pequeñas” no es igual para todos los países de la OCDE. A modo de ejemplo, el promedio de la superficie del nivel territorial pequeño (TL3) equivale a 128.400 km<sup>2</sup> para Australia, 2.400 km<sup>2</sup> para Austria, 3.700 km<sup>2</sup> para Alemania, 2.800 km<sup>2</sup> para Bélgica, 31.300 km<sup>2</sup> para Canadá y 51.200 km<sup>2</sup> para Estados Unidos.

Adicionalmente, con referencia a las pequeñas regiones, para el caso de Alemania, Canadá y Estados Unidos, el nivel territorial 3 (TL3) no corresponde a una entidad administrativa. En el caso de Estados Unidos, por ejemplo, este nivel

TL3 corresponde a uniones de varias ciudades o uniones de ciudades con zonas pertenecientes a otros condados, como el caso del Área Estadística Combinada de San José, San Francisco y Oakland, en el Norte de California, que supera los 50.000 km<sup>2</sup> de extensión<sup>9</sup>. Estas Áreas son designadas por la Oficina de Administración y Presupuesto de los Estados Unidos<sup>10</sup> de acuerdo con la existencia de vínculos económicos entre áreas adyacentes.

El ministerio menciona que:

[...] el objetivo del presente proyecto de ley es la conformación e institucionalización de Macro Regiones, un nivel territorial no contemplado y superior al TL2 identificado por la OCDE, una unión de las Grandes Regiones colombianas, que son los departamentos. Es así como se propone en el proyecto la consolidación de extensas zonas que presentan una amplia diversidad territorial y cultural que no facilita el conocimiento detallado, la producción y consolidación de información homogénea y los procesos de toma de decisiones. En este sentido, para tomar el ejemplo paradigmático de la Región Entidad Territorial que inspira el proyecto de ley, la Región Caribe superaría los 130.000 Km<sup>2</sup> al incorporar los 7 departamentos de la región, superaría los 11 millones de habitantes; agruparía para la planificación y administración del desarrollo zonas tan diversas y

<sup>8</sup> Mayor información en: <http://www.oecd.org/cfe/regional-policy/42392313.pdf>

<sup>9</sup> Existen otras áreas en EEUU con extensión superiores a 50.000 km<sup>2</sup>.

<sup>10</sup> Puede consultar mayor información en: <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/bulletins/2015/15-01.pdf>

disímiles como el desierto guajiro, el piedemonte de la Serranía de San Jerónimo, la depresión momposina, la costa de Puerto López sobre el Golfo de Venezuela, las grandes ciudades costeras y las zonas rurales del Magdalena medio; a su vez exigiría recorrer distancias entre sus poblaciones de más de 700 km (entre Uribia-La Guajira y Tierralta-Córdoba) y superaría el área de países de la OCDE como Islandia, Corea del Sur, Hungría, Portugal, Austria e Irlanda que tienen los dos niveles territoriales referidos para determinar sus decisiones de desarrollo regional.

Sobre lo expuesto por el Ministerio hay que notar que se hace referencia a un grupo de países de la OCDE que tienen una superficie significativamente inferior a la del territorio colombiano y, por ende, el tamaño de sus regiones es proporcionalmente inferior. A modo de ilustración, el territorio de Colombia es equivalente a 13 veces el tamaño de Austria. Por lo tanto, es importante tener presente los datos de otros países miembros de la OCDE con extensiones territoriales más grandes como, por ejemplo, Australia, Canadá y Estados Unidos. Estos tres países tienen regiones<sup>11</sup> con áreas más grandes, que son proporcionales al tamaño de la superficie total de cada país y, sin embargo, también utilizan el nivel territorial TL2.

En efecto, la descripción de los territorios para los países miembros de la OECD se puede consultar en el documento “OECD Regions

11 Las regiones pueden denominarse de diferentes formas como por ejemplo estados o provincias.

at a Glance 2016”<sup>12</sup>. Se puede constatar que Australia cuenta con ocho regiones del nivel TL2 y, por ejemplo, New South Wales<sup>13</sup>, que no es el estado más grande de Australia, tiene una extensión de 809.444 km<sup>2</sup>, lo que equivale a 10,5% del territorio total del país y tiene 7,895,800 habitantes. En el caso de Canadá se tienen 13 provincias del nivel territorial 2 (TL2), en donde Ontario<sup>14</sup>, que no es la provincia más grande, tiene un área de 1.076.395 km<sup>2</sup>, representa un 11% del territorio canadiense y tiene una población de 14,374,084 personas. Por último, Estados Unidos tiene 51 estados, que corresponden al nivel territorial 2 (TL2). Este país presenta una gran diversidad, en donde, por ejemplo, se encuentra a Texas con un área de 696.241 km<sup>2</sup> (seis veces el área de la Región Caribe), que equivale al 7,6% del territorio estadounidense y cuenta con una población de 27 millones de personas<sup>15</sup>.

Los ejemplos anteriores permiten tener un contexto más completo de las regiones de los países miembros de la OCDE para comparar con la Región Caribe, por ser el ejemplo utilizado por el Ministerio, que con una extensión aproximada de 130.000 km<sup>2</sup> representa un 11% del territorio colombiano. Como se ha podido demostrar, el tamaño de una región sea grande o pequeña, es algo relativo al tamaño de cada país.

El Ministerio menciona que:

12 Puede ver más información al respecto en: <http://www.oecd.org/regional/oecd-regions-at-a-glance-19990057.htm> ver table a.1. territorial grid of oecd member countries

13 Mayor información en: <http://www.abs.gov.au>

14 Statistics Canada: <https://www.statcan.gc.ca/>

15 Mayor información en: <https://www.census.gov/>

[...] la iniciativa que propone la conformación en Colombia de regiones administrativas y de planeación más grandes que los actuales departamentos, ya suficientemente extensos para garantizar la cohesión de sus territorios y la implementación de sus políticas de desarrollo, no parece seguir la experiencia de los países miembros de la OCDE, los de mayor avance en modelos de desarrollo regional. Por el contrario, los esfuerzos de los agentes responsables del desarrollo regional y de los legisladores nacionales deberían enfocarse más bien en el desarrollo y consolidación de Pequeñas Regiones en un estadio intermedio entre los departamentos y los municipios, como espacios más cohesionados funcional, cultural y ecológicamente, para ser la base de procesos de planificación del desarrollo más adecuados a las particularidades territoriales.

El Ministerio debe tener en cuenta que la experiencia de los países de la OCDE es mucho más amplia de lo mencionado en sus comentarios y que, si bien es cierto, la experiencia de los países europeos es supremamente valiosa, puesto que han profundizado la descentralización otorgando mayor autonomía tributaria a los territorios y también han incrementado en el poder efectivo de gasto de los gobiernos subnacionales; pero, que el tamaño de sus territorios es inferior al de nuestro país y que, por lo tanto, en el análisis de esas experiencias se deberá tener presente una aplicación proporcional al tamaño del territorio. Así mismo, se deberá también analizar casos exitosos de países miembros de la OCDE como Canadá, con un territorio más grande que los países europeos y con regiones diferentes, pero

que además tiene los indicadores más elevados de descentralización fiscal, en donde el gasto público ejecutado por los gobiernos locales es cercano al 70% de todo el gasto público del país<sup>16</sup>.

Una vez dadas las respuestas a las observaciones del Ministerio de Hacienda se realizó una reunión del más alto nivel encabezada por el entonces Ministro Mauricio Cárdenas y el Gobernador del Atlántico Eduardo Verano de la Rosa, donde se aclararon las posiciones en torno a las objeciones ministeriales.

El ponente del proyecto de ley ante la comisión y la plenaria de la Cámara de Representantes fue el representante Harry Gonzáles, quien rindió ponencia positiva en ambos debates. Sin embargo, el texto del proyecto de ley aprobado en Senado y Cámara fue diferente, por lo que se nombró una comisión de conciliación por parte del nuevo presidente del Senado Ernesto Macías, designando como ponente al Senador Efraín Cepeda, quien una vez concertado el proyecto de ley presentó la respectiva ponencia de texto conciliado siendo aprobada por unanimidad.

El proyecto de ley orgánica de regiones había pasado no solo por las cámaras del Congreso de la República, y por una comisión de conciliación, sino que ahora pasaba por el filtro de un nuevo gobierno que encabeza del electo Presidente Iván Duque Márquez, no había participado en su elaboración ni tampoco lo había objetado por lo que su posición era enigmática.

<sup>16</sup> Puede revisar la base de datos de descentralización fiscal de ocde, introducción Colombia effio c. <http://dx.doi.org/10.1787/888933341774>

## LA SANCIÓN PRESIDENCIAL

Una vez aprobado el proyecto de ley orgánica de regiones el mismo paso al Presidente de la República, quien procedió a sancionar la Ley 1962 del 28 de junio de 2019 “Por la cual se dictan normas orgánicas para el fortalecimiento de la región administrativa y de planificación, se establecen las condiciones para su conversión en región entidad territorial y se dictan otras disposiciones en desarrollo de los artículos 306 y 307 de la Constitución Política”.

## ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 1962 DE 2019

### El hecho regional

Uno de los puntos importantes de la Ley Orgánica de Regiones es la delimitación y conceptualización del hecho regional. Este concepto permite definir el contexto territorial y poblacional dentro del cual las regiones ejercerán las atribuciones asignadas legalmente. En este sentido la Ley establece:

Es un fenómeno territorial que por su naturaleza poblacional y espacial trasciende las escalas de gobierno local y departamental en materias de competencias, inversión, planeación y ejecución de proyectos, requiriendo una atención conjunta para que las acciones que se desarrollen sean eficientes y efectivas, y conduzcan al desarrollo integral de la región. Los hechos regionales son declarados por la respectiva Junta Directiva de las Región Administrativa y de Planificación (RAP), o la Junta Regional de las Regiones

como Entidad Territorial (RET) (Congreso de la República, 2019, art. 2).

Esta disposición fue una de las principales discusiones que se generaron con el departamento nacional de planeación, durante la elaboración del proyecto de ley. La preocupación radicaba en no generar duplicidad de funciones entre las regiones y las demás entidades territoriales existentes como los departamentos.

### Financiación de la RAP y otras disposiciones

Esta fue una de las dos situaciones principales que fundamentaban la expedición de la ley. Lo anterior teniendo en cuenta que la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, establecía que: “Las Regiones Administrativas y de Planificación no generarán gasto del presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, ni del Sistema General de Regalías” (Congreso de la República, 2011, art. 32).

Dicha disposición contenía una prohibición expresa para la Regiones Administrativas y de Planificación que se crearan con base en el artículo 306 de la Constitución Política de acceder a los recursos del Presupuesto General de la Nación, del Sistema de Regalías y del Sistema General de Participaciones. Era la imposibilidad fiscal de tener los recursos que le permitieran un ejercicio adecuado de las funciones que se le asignaran. En la práctica, y ante la imposibilidad de las regiones administrativas de establecer impuestos, solo limitaría su financiación a los recursos que los departamentos que las

conforman les transfirieran. Esta situación hacía imposible dotar de recursos suficientes a las regiones.

En el proyecto de ley elaborado conjuntamente con el gobierno nacional se había colocado que este debería destinar las partidas presupuestales necesarias para garantizar la financiación de las regiones administrativas y de planificación, tanto en sus gastos de funcionamiento como de inversión. Pero, ante la negativa del ejecutivo a presentar el proyecto de ley, bajo los conceptos del Ministerio de Hacienda, y al haber sido presentado por iniciativa de los congresistas, fue necesario modificar su redacción teniendo en cuenta que no era compatible con la Constitución, que un proyecto de ley de iniciativa del mismo legislativo impusiera obligaciones presupuestales al gobierno.

Lo anterior teniendo en cuenta que el artículo 154 de la Constitución reserva solo a iniciativa del gobierno, un proyecto de ley que imponga dichas obligaciones fiscales, en los siguientes términos:

Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las Cámaras a propuesta de sus respectivos miembros, del Gobierno Nacional, de las entidades señaladas en el artículo 156, o por iniciativa popular en los casos previstos en la Constitución.

No obstante, sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo

150; las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Frente a este obstáculo constitucional en el trámite legislativo, y ante la decisión del gobierno nacional de darle visto bueno al proyecto de ley a través de su Ministerio de Hacienda, se modificó la redacción durante el trámite del mismo, cambiando el verbo “deberá” de carácter vinculante, por el verbo “podrá” de carácter facultativo, a la actuación del gobierno de incluir partidas presupuestales para la financiación de las regiones administrativas y de planificación.

El artículo dispuso lo siguiente, cumpliendo además la pretensión de la bancada del partido Centro Democrático que exigió que dicha potestad que se le otorgara al ejecutivo no se utilizara para financiar gastos de funcionamiento sino solo de inversión:

[...] A partir de la vigencia fiscal siguiente a la aprobación de la presente ley, el Gobierno nacional podrá asignar una partida en las leyes de Presupuesto General de la Nación anuales, que tenga como objetivo cofinanciar los proyectos de inversión de impacto regional definidos por las regiones de administración y planificación (RAP) para su ejecución.

Los recursos de inversión asignados por las entidades territoriales para el logro de los

objetivos de la Región Administrativa y de Planificación (RAP), podrán ser utilizados en todo el territorio que la conforma, con el objetivo de alcanzar el desarrollo económico de sus territorios y el mejoramiento social de sus habitantes (Congreso de la República, 2019, art. 5).

Por lo anterior, la financiación de los gastos de funcionamiento de las regiones administrativas y de planificación se generará con base a los recursos que transfieran los departamentos que la compongan:

El funcionamiento de las Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) se financiará con cargo a los recursos o aportes que las respectivas entidades territoriales que la conformen destinen para ello y los incentivos que defina el Gobierno nacional, de conformidad con los indicadores de sostenibilidad fiscal de la Ley 617 de 2000 para los departamentos que las conformen (Congreso de la República, 2019, art. 5).

Dicha redacción daría tranquilidad a los diferentes partidos políticos y establecería las condiciones para su aprobación.

Igualmente, la Ley establece la posibilidad de las regiones administrativas y de planificación de acceder a los recursos del Sistema General de Regalías. En este sentido, se dispuso la capacidad de las RAP de formular y presentar proyectos de inversión, e incluso ser parte de la secretaría técnica de los OCAD, para lo cual se modificaron los artículos 25 y 36 de la Ley

1530 de 2012, la cual regula la organización y el funcionamiento del sistema general de regalías.

### **Conversión de las RAP a RET. Órganos de administración, atribuciones y financiación de las RET**

El segundo y más importante punto que motivó la presentación de este proyecto de ley de regiones, fue la falta de reglamentación de cómo las regiones administrativas y de planificación se convertirían en regiones entidades territoriales.

El artículo 307 de la Constitución Política difiere la reglamentación de este punto a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial en los siguientes términos: “La respectiva ley orgánica, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, establecerá las condiciones para solicitar la conversión de la Región en entidad territorial”.

Sin embargo, la Ley 1454 de 2011, Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, al tocar este punto no reglamentó lo ordenado en la Constitución, incurriendo en una omisión legislativa, encargando a otra ley reglamentar lo que le correspondía. Expresamente determinó dicha ley “de conformidad con el artículo 307 de la Constitución Política la Región Administrativa y de Planificación podrá transformarse en Región Entidad Territorial, de acuerdo con las condiciones que fije la ley que para el efecto expida el Congreso de la República” (Congreso de la República, 2011, art. 36).

Por tal razón, la Ley 1952 de 2019 reglamentó lo pertinente a la conversión de las regiones administrativas y de planificación en entidades territoriales al tenor de lo dispuesto en el artículo 307 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

Para que una Región de Administración y Planificación, y una Región Administrativa y de Planeación Especial (RAP-E) pueda solicitar su conversión en Región Entidad Territorial, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Solicitud formulada por los departamentos que conforman la Región Administrativa y de Planificación (RAP), y por los departamentos y el Distrito de Bogotá en el caso de la Región Administrativa y de Planeación Especial (RAP-E), a través de sus gobernadores y alcalde, respectivamente, avalada mediante ordenanza por las respectivas asambleas departamentales y del Concejo Distrital, en el caso de Bogotá, por pertenecer a la región administrativa y de planeación especial (RAP-E).

2. Contar con un documento técnico de soporte, el cual deberá contener como mínimo:

- Diagnóstico y análisis de las dimensiones técnicas que justifiquen su conversión a Entidad Territorial, y las dimensiones orgánicas y arreglos institucionales con los que se daría su participación dentro del Sistema Territorial colombiano en materia de competencias, funciones y recursos.

- Propuesta y hoja de ruta para adelantar su proceso de conversión, con las acciones que desarrollará en cada plazo, en función de los hechos regionales previamente definidos.

3. La solicitud deberá ser presentada al Congreso de la República, acompañada del proyecto de ley respectivo.

4. La Región Administrativa y de Planificación (RAP) debe haber funcionado como tal al menos durante cinco (5) años.

5. Concepto previo de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

6. La decisión tomada por el Congreso se someterá en cada caso a referendo de los ciudadanos de los departamentos que conforman la región.

Estos requisitos se modificaron sustancialmente respecto de los que existía dentro de proyecto de ley original en cuestiones de tiempo y procedimiento. Sin embargo, en su esencia es similar. La creación de las regiones como entidades territoriales debe darse mediante ley. Esta ley deberá tener, además de los diferentes debates para su aprobación como cualquier otra, el visto bueno de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Senado. Por otro lado, debe señalarse que una vez aprobada la ley su eficacia estará condicionada a la ratificación de la misma por los ciudadanos de los departamentos que conforman la región.

Por ende, la creación de las regiones tendrá un triple control. El de las corporaciones públicas

de las entidades que las conforman (asambleas y concejo en el caso del Distrito Capital), del Congreso de la República y de los ciudadanos. En estas tres instancias se debe definir si se crean o no regiones en determinados territorios del país.

Esta situación podría generar lo que algunos doctrinantes han denominado asimetría territorial (Covilla, 2019), es decir, zonas territoriales del país donde no haya regiones. Algo similar a lo acontecido con algunas zonas, como los territorios no municipalizados, pero a mayor escala y en el nivel de gobierno seccional.

Es el caso del departamento de Antioquia, que a la fecha aprobación de la Ley, no se ha vinculado a ninguna región administrativa y de planificación. En todo caso por exigencia de la bancada antioqueña en la cámara de representantes, se estableció en el mismo artículo que “Los departamentos que a la entrada en vigencia de esta ley no pertenezcan a ninguna Región Administrativa y de Planificación (RAP), podrán asociarse en una RAP o RET, en cualquier momento, cumpliendo con la normatividad vigente”<sup>17</sup>.

Por último, debe señalarse en este punto que la conversión de las regiones administrativas y de planificación en entidades territoriales solo podrá darse a partir del año 2022 de acuerdo a lo estipulado en la misma Ley en su artículo 9 parágrafo 3.

<sup>17</sup> Ver más información en Ley 1962 de 2019. Artículo 9 Parágrafo 2.

En cuanto a los órganos de administración de las RET se rechazó en el segundo debate en el senado la redacción original de la norma que contemplaba la existencia de un gobernador y una asamblea regional, ambos de elección popular. La ley, por ende, dispone en su artículo 11, la existencia de una junta regional compuesta por los gobernadores de los departamentos que la conforman, y un gerente regional elegido por dicha junta.

Lo que corresponde con las atribuciones de las RET, la Ley dispuso, en su artículo 10 parágrafo 2, un listado enunciativo, no taxativo, dado que existe la posibilidad jurídica que en la ley creadora de cada región entidad territorial se asignen unas competencias adicionales e incluso el gobierno nacional en cumplimiento de la norma “procederá a trasladarles competencias específicas con un enfoque diferencial que tenga en cuenta las capacidades institucionales de las mismas. Para su cumplimiento implementará un programa de regionalización de las políticas, recursos, acciones y estructura administrativa de las entidades nacionales con impacto en las regiones”.

Con el fin de evitar duplicidad de funciones entre las regiones entidades territoriales y sus órganos de administración, con los departamentos, distritos y municipios incluidos en su territorio, la Ley ordena la creación de una misión de descentralización que presente proyectos de “iniciativas constitucionales y legislativas para ordenar y definir la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales señaladas en el artículo

286 de la Constitución Política” (Congreso de la República, 2019, art. 10 par. 4).

Esa misión debía ser constituida dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la Ley. Un año después el gobierno no constituyó la mencionada misión, lo que pone de manifiesto un incumplimiento de la disposición legal, perdiéndose una oportunidad valiosa de conciliar la legislación territorial regional, departamental<sup>18</sup>, distrital y municipal. Situación que se hace más gravosa respecto del nivel de gobierno intermedio- departamental, cuando tenemos: “una disposición normativa que aún sigue vigente pese a su decrepitud inicial” (Estupiñán, 2012). A lo anterior, se une otro incumplimiento de la misma Ley dado que un año después no tenemos un nuevo código de régimen departamental ni municipal que integre la legislación sobre la materia. Al respecto, la Ley Orgánica de Regiones estableció: “El Congreso de la República, a iniciativa del gobierno nacional, en un plazo máximo de 12 meses a partir de la promulgación de esta ley, expedirá un código de régimen departamental y un código de régimen municipal que integre y armonice la legislación vigente sobre la materia” (Congreso de la República, 2019, art. 16). Un año después no tenemos en Colombia un nuevo código de régimen departamental ni municipal.

En cuanto a los recursos de las regiones entidades territoriales, la Ley estableció en primer

lugar que estos provendrían de las entidades territoriales que las conformaran (Congreso de la República, 2019, art. 13), llámese departamentos y/o Distritos en el caso de la RAPE<sup>19</sup> Central. Ahora bien, en lo atinente en la participación de las rentas nacionales que tendría como nueva entidad territorial creada, se generó la misma limitante comentada para su financiación al ser un proyecto de ley de iniciativa de los congresistas. En ese sentido, la redacción tuvo que mutar y prescindir del fondo RET creado originalmente el proyecto inicial con recursos de SGB, IVA, entre otros. Por tal motivo, se hizo una modificación en la redacción similar a la utilizada para la financiación de la RAP colocando un verbo facultativo “podrá” en cuanto a la asignación de recursos de la nación por parte del gobierno central. La Ley establece entonces que “El Gobierno nacional podrá asignar una partida en las leyes de Presupuesto General de la Nación para cofinanciar el cumplimiento de las atribuciones conferidas en el artículo 10 de la presente ley” (Congreso de la República, 2019, art. 13).

Otra de las preocupaciones que surgió en el trámite de la Ley en la Cámara de Representante radicaba en que la creación de una nueva clase de entidades territoriales fuera a disminuir los recursos de transferencias que se hacían a departamentos, distritos y municipios. Por lo que se estableció expresamente que “[...] Esta

18 El régimen departamental en Colombia se encuentra compilado en el decreto 1222 de 1986. Más antiguo que la constitución de 1991.

19 Es la única región de administración y planificación en Colombia que además de departamentos se compone de un Distrito. Esta situación especial no se encuentra establecida en la constitución (Art.306) pero fue determinada en la Ley 1454 de 2011.

partida, en ningún caso, afectará los recursos que por concepto del Sistema General de Participaciones hayan sido asignados a los departamentos, municipios y distritos con base en la Constitución y la ley” (Congreso de la República, 2019, art. 13).

En cuanto al control fiscal de los recursos de las Regiones Entidades Territoriales, inicialmente se había establecido la discusión sobre si dicho control debía obedecer a la lógica de una descentralización territorial y tener una contraloría regional o, si el mismo debía ser desconcentrado y estar sujeto de una dependencia de la Contraloría General de la República. Al final ninguna de las dos posiciones tuvo acogida por ser generadora de burocracia y en el debate al interior del Senado se determinó que “La Contraloría General de la República será la entidad encargada de efectuar la vigilancia de la gestión fiscal de las Regiones de Administración y Planificación (RAP) y de la Región Entidad Territorial (RET). En ninguna circunstancia se podrá crear estructura adicional para atender esta labor” (Congreso de la República, 2019, art. 12).

### ALGUNAS DISPOSICIONES FINALES

En relación con los principios que se tendrían en cuenta por parte de las Regiones Entidades Territoriales para adoptar sus estatutos de acuerdo con el artículo 307 de la Constitución Política se señaló que serían los mismos de la Ley 1454 de 2011 y además los contenidos en el artículo 14 de esta Ley: Paz Integral, reconocimiento de la pluralidad

y de la diversidad territorial, participación ciudadana, responsabilidad y transparencia, cierre de brechas socioeconómicas, sostenibilidad ambiental, enfoque de derechos y de género, respeto de la diversidad étnica, cultural y de orientación sexual y promoción de la regionalización.

Por otro lado, en lo que corresponde al control de legalidad de las actuaciones administrativas de las regiones, se había pensado inicialmente en una reforma al código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, ante el temor de generarse una inconstitucionalidad por violación al principio de unidad de materia<sup>20</sup>, se optó por una redacción que determinara la competencia en razón del territorio a la sede de la región y su ubicación en determinado distrito judicial, asimilándola al control de legalidad ejercido sobre las autoridades departamentales, en los siguientes términos:

Los medios de control que se interpongan contra las actuaciones de las autoridades regionales se someterán a las reglas de competencia establecidas en la ley para las autoridades, organismos o funcionarios del nivel departamental. En todo caso, asumirá la competencia para conocer de estos asuntos, la jurisdicción contencioso administrativa de la sede de la respectiva Región Entidad Territorial (RET)” (Congreso de la República, 2019, art. 215).

<sup>20</sup> Con referencia al artículo 158 de la Constitución Política.

## CONCLUSIONES Y COMENTARIOS GENERALES

Aunque algunos doctrinantes han planteado que Colombia: “es un Estado sin centralización suficiente y una autoridad lejos de ser completa sobre todo su territorio” (Robinson, 2013). No menos cierto es que el centralismo ha predominado a lo largo de los últimos 140 años de la república. Y ese centralismo ha sido el causante de desigualdades en el desarrollo de los territorios, he incluso separación de los mismos del territorio nacional, como el caso de Panamá. El historiador Jorge Melo (2017) señala:

A fines de 1903 el congreso colombiano, preocupado por algunos artículos que limitaban la soberanía nacional en la zona del canal, lo rechazó, con lo que crecía el riesgo de un canal en Nicaragua. Esta decisión fue, para muchos panameños, otra prueba de los males del centralismo y que dentro de Colombia no se respetarían sus derechos.

Frente a esta situación y los obstáculos en la gestión de los territorios que pueda seguir causando el centralismo en nuestro país, la descentralización aparece como un instrumento de mejoría en la prestación de los servicios públicos y el aseguramiento de mayor participación ciudadana dentro de un régimen democrático. Y el escenario para una mayor cobertura del Estado es la regionalización.

A un año de haberse expedido la Ley de Regiones son muchas las expectativas que se

tienen respecto de dos temas fundamentales. En primer lugar, el accionar de las regiones administrativas y de planificación existentes, en la medida que estas pueden generar procesos de concertación importantes con el fin de lograr la estructuración de proyectos de gran impacto regional y que dentro del marco de la supradepartamentalidad tengan un mayor radio de acción territorial y poblacional. De igual manera, se esperaría que estas RAP no sean solamente órganos de planeación (Tuiran, 2015) como los fueron los Corpes, cuya existencia se dio hasta el año 2000, sino que, por el contrario, sean órganos de ejecución y de inversión en programas propios del nivel intermedio de gobierno. Para ello se requiere un desprendimiento de competencias del sector central del Estado hacia estas entidades asociativas.

En segundo lugar, la creación de las regiones entidades territoriales a partir de la transformación de las regiones administrativas y de planificación. Este será el paso definitivo para la transformación del ordenamiento territorial en nuestro país y el nuevo rol que jugarán los gobiernos territoriales en cada uno de los rincones del territorio colombiano.

Sin embargo, es necesario advertir, que la creación de las regiones como entidades territoriales, programada para después del 2022 no va generar un cambio en la forma de Estado. Colombia, seguirá siendo un Estado unitario con descentralización de sus funciones administrativas. La creación de las regiones no convertirá a nuestro país en un Estado regional

como el italiano, ni autonómico como el español, ni mucho menos federal como el alemán. Nuestras regiones entidades territoriales RET, solo tendrán competencias administrativas, no tendrán competencias legislativas como si las tienes las comunidades autónomas en España, las regiones en Italia y los Lander en Alemania.

Si quisiéramos advertir un proceso parecido al que acontecerá en Colombia, tendríamos de referencia el modelo francés. Sus regiones son entidades con funciones netamente administrativas, donde el proceso de creación de las mismas se concretó en la década de los años ochenta del siglo pasado cuando pasaron de ser establecimientos públicos para convertirse en colectividades territoriales. El profesor Frank Modere (como se cita en Vidal Perdomo 2001) señala respecto de las regiones en Francia:

El estado francés continúa siendo unitario y la proclamación que abre el artículo 1 de la ley de Marzo de 2 de 1982 (“Los municipios, los departamentos y las regiones se administran libremente por consejos elegidos”) no significa de ninguna manera que las colectividades territoriales dispongan de un poder normativo autónomo.

Por ende, en esta segunda fase, comprendido por la conversión de las RAP en RET, el proceso de descentralización regional francés serviría como referente a una transformación similar a la que tendría Colombia en los años venideros.

Uno de los puntos que se ha criticado de la Ley, es el de los órganos de administración. Este es un tema bastante discutible. El proyecto de ley inicial planteaba la existencia de un gobernador y una asamblea regional elegidos directamente. Sin embargo, en el texto se establece una junta regional compuesta por los gobernadores de los departamentos que conformen la región la cual elegirá un gerente regional. La situación planteada no es la ideal. Sin embargo, no riñe con las características de las entidades territoriales de tener autoridades propias de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política, en su artículo 287, en virtud de su autonomía. En este sentido podemos tener en cuenta que:

Las entidades territoriales tienen autoridades propias, las cuales son elegidas de forma directa o indirecta. La primera se presenta cuando el pueblo elige directamente a sus representantes. Es el caso de las principales autoridades de las entidades territoriales: alcaldes, concejales, diputados y gobernadores. La elección indirecta se da cuando las autoridades elegidas directamente por el pueblo eligen a determinados funcionarios en el nivel territorial. Esta modalidad ocurre, por ejemplo, cuando el concejo elige al personero o al contralor municipal (Hernández, 2004).

Por último y un tema importante que debe señalarse, es la financiación de las regiones. De nada sirve trasladar un sinnúmero de funciones y competencias a las regiones sino se acompañan de un traslado efectivo de recursos, bien sea participando de las

rentas nacionales o dándoles la posibilidad de establecer o adoptar sus propios tributos con arreglo a la ley.

En ese sentido, es altamente preocupante que, en el contexto de las reformas a las transferencias, el cambio del situado fiscal y las participaciones municipales, al Sistema General de Participaciones los recursos hacia las entidades territoriales se hayan disminuido generando una mayor dependencia del gobierno nacional (Bonett, 2016).

Tener entidades de gobierno en el nivel intermedio o seccional como las regiones, sin recursos necesarios, solo las hará menos eficientes en el desempeño de sus funciones. Más aun, cuando el sistema tributario en Colombia está diseñado de manera tal que:

las leyes tributarias han determinado que los impuestos más productivos –renta e IVA– estén en manos del nivel central, mientras que las entidades territoriales gozan de fuentes tributarias menos dinámicas. En el caso de los departamentos son básicamente impuestos al consumo de bienes suntuarios [lo que se conoce como impuestos de los vicios]: licores, cerveza, tabaco y el monopolio de la suerte y azar [...] (AAVV, 2003).

Las leyes que creen cada región deben darle un esquema de ingresos que le establezca una base necesaria de recursos para el desarrollo de sus competencias.

Por lo tanto, la creación de las Regiones Entidades Territoriales debe estar acompañada de un proceso de reforma de las regalías y de las transferencias a través de la metodología del Sistema General de Participaciones, que profundice la descentralización fiscal en Colombia asignándole mayores recursos a las entidades territoriales, incluidas las regiones que se creen, en compensación por un necesario, concomitante y progresivo desmonte de entidades del sector central del Estado cuyas funciones pueden ser ejercidas por los diferentes niveles de gobierno territorial.

## REFERENCIAS

- AAVV. (2003). *Ordenamiento territorial. Reivindicación de la descentralización para el desarrollo*. GTZ-Fescol.
- Bonett, J. (2016). *Sistemas de transferencias subnacionales*. Banco de la República.
- Covilla, J.C. (s.f.). La Ley de Regiones colombiana de 2019: Reflexiones desde las contribuciones al derecho constitucional comparado de la descentralización. Federalismi-it,
- Estupiñán, L. (2012). *Desequilibrios territoriales*. Ediciones doctrina y ley. Universidad del Rosario.
- Hernández, P.A. (2004), *Descentralización, desconcentración y delegación en Colombia*. Editorial Legis.

Melo, J. (2017). *Historia mínima de Colombia*. Editorial Turner.

Robinson, J. (2013). *¿Por qué fracasan los países?*. Editorial Planeta.

Tuiran, Á. (2015). *El territorio: Un análisis desde el derecho y la ciencia política*. Ediciones Uninorte.

Vidal, J. (2001). *La región en la organización territorial del Estado*. Universidad del Rosario.

# Familia junto al interés superior del niño en México

## Family with the Best Interest of the Child in Mexico

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6897>

### Resumen

A decir de algunos doctrinarios el concepto jurídico del Interés Superior del Niño es un concepto jurídico indeterminado, en este artículo se analiza este término desde una perspectiva sociojurídica, argumentando en todo momento que la sociedad debe involucrarse en el cuidado de la niñez, en los entornos sociales que están fuertemente enlazados de la sociedad para con la familia, para poder comprender el sentido que la comunidad internacional le ha dado al concepto de niño, menor de edad y familia; de esta manera, los tratados internacionales firmados por México y ratificados por el Senado generan en el Orden Jurídico Nacional un abanico de normas jurídicas que emanan del texto constitucional para proteger, educar y respaldar los derechos que le otorga y reconoce la supremacía constitucional, a la par de los tratados internacionales a la niñez mexicana.

**Palabras clave:** Familia; Interés superior del niño; Tratados internacionales; Derecho internacional privado.

### Abstract

According to some doctrinaires, the legal concept of the Best Interest of the Child is an undetermined legal concept, in this article this term is analyzed from a socio-legal perspective, arguing at all times that society should be involved in the care of children, in the social environments that are strongly linked from society to the family, in order to understand the meaning that the international community has given to the concept of child, minor and family, in this way the international treaties signed by Mexico and ratified by The Senate generates in the National Legal Order a range of legal norms that emanate from the constitutional text to protect, educate and support the Rights that are granted and recognize constitutional supremacy along with international treaties for Mexican children.

**Keywords:** Family; Superior Interest of the Child; International deals; Private international right.

### Oscar Samario Hernández

Becario del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias. Docente Universidad Autónoma del Estado de Morelos  
Contacto:  
[oscar.samario@crim.unam.mx](mailto:oscar.samario@crim.unam.mx)

### Como citar:

Samario Hernández O. (2020). Familia junto al interés superior del niño en México. *Advocatus*, 18(35), 39-63. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6897>



### Open Access

### Recibido:

23 de mayo de 2020

### Aceptado:

04 de septiembre de 2020

## INTRODUCCIÓN

Integrar a la familia junto al Interés Superior del Menor, desde la célula básica que compone y articula al entorno social, representada y analizada en el presente trabajo, amalgama ambos conceptos desde la concepción del Derecho, empero, también se incluyen enormes contribuciones que la misma sociedad tiene sobre los conceptos relacionados frente a ambos, esto es también opina y forma parte de la constante labor legislativa, judicial, pero sobre todo también se involucra debido a la protección de la familia y el Interés Superior del Menor.

Aquí se incluye un análisis jurídico de concepciones internacionales sobre el concepto de Niño, desde la perspectiva que de este se tiene, y que se encuentra documentada en los tratados internacionales en los que, por supuesto, la República Mexicana es parte integral. Se incluye una descripción de la familia desde la perspectiva social, en la que se incluye una descripción conceptual que incluye un acercamiento con la sociedad.

No se debe al Derecho la facultad de elaborar cada concepto relacionado con el entorno social, sino más bien partir de la generosa idea de que al elaborar las expresiones plasmadas en la norma jurídica, inicia con; términos jurídicos, seguidos de las realidades sociales, considerando las normas vigentes, para establecer una armonía frente a la realidad social imperante. Así, la tarea del legislador en su actuar, mediante el proceso legislativo para la creación de las leyes, deberá

constatar la realidad social sobre el ámbito de aplicación de la norma (Revetllat, 2008).

De esa tarea, la enorme concepción social que emana dentro de las descripciones, opiniones, referencias que se tienen sobre quien integra en el desempeño de sus funciones como legislador debe seguir lo recomendado por Aristóteles, cuando cuestiona los diversos cambios legislativos, sugiriendo que los mismos han de “requerir mucha precaución”, ya que se puede afectar la estabilidad de un orden social moralmente relevante (como se cita en Ollero, 2009, p. 18).

La sociedad es dinámica, dentro de esa dinámica imprime la exigencia de cambio y perfeccionamiento del derecho. Esto es un hecho que pone de manifiesto, en términos modernos, el carácter evolutivo de lo jurídico. El reforzamiento de los DDHH, no sólo en los ámbitos legislativos, sino también en su garantía y efectiva aplicabilidad por parte de los poderes judiciales, lo que representa una considerable muestra del impulso del Derecho por tratar, cada vez más, de responder a los nuevos retos de la sociedad. Y, en la misma línea, se encuentra el compromiso de los juzgadores con el perfeccionamiento de impartir de justicia.

De lo anterior sobre los constantes y los más diversos cambios, desde una prospectiva particular en la que se espera que sean estos los cimientos de la ciencia del Derecho, cuya finalidad sea perfeccionar su adecuada aplicación; se tiene en consideración que estos ocurren de forma sistematizada con mayor frecuencia en la actualidad, en donde los fenómenos de la globa-

lización y las diversas etapas de la modernidad, requieren de constantes actualizaciones, tanto de las normas, leyes, tratados, como de aquellas disposiciones de orden legal, ejemplos como los ya mencionados, deben de igual forma ser analizados de nueva cuenta, siempre que estos sean en función de establecer los beneficios sociales que reclaman las nuevas composiciones, de las diversas y variadas culturas que convivimos en el presente.

### CONCEPTO DE NIÑO

El concepto de niño dista mucho de ser objetivo o universal. Ya sea porque cada sociedad, cada cultura, cada forma de vida, define explícita o implícitamente qué debe entenderse por niño / infancia / menor, cuáles son sus características, y, en consecuencia, qué periodos comprende.

Tal afirmación consiste en declarar que el concepto *niño/a* no es natural, sino cultural, solo baste recordar que se está utilizando el termino *niñ@*, para denominar por igual a niños y niñas, histórico, aunque sobre una base natural, y por tanto varía culturalmente la percepción que se tiene sobre él.

Dentro de la historia de la humanidad, la concepción que se ha tenido respecto de los niños ha ido evolucionando. Así, la noción de infancia / niños, emerge definitivamente solo después de la Revolución Industrial (Revetllat, 2008, p. 79). La idea, por ejemplo, del niño como sujeto de derechos, se reconoce a partir de la aprobación por la Asamblea General de

las Naciones Unidas de la Convención de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989.

Del anterior ordenamiento tomaremos como plataforma tanto al Interés Superior del Niño, considerándolo como principio rector de interpretación fundamental que contempla el deber del Estado de colocar el interés del niño por encima de toda medida adoptada cuando en ella se vea involucrado su desarrollo tanto físico como emocional, de aquí que se justifica el haber hecho mención al artículo anterior en su inciso (a) (Serra, s.f. p. 80).

La Convención sobre los Derechos del Niño ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, ha expresado que el interés del niño debe estar en el centro de cada decisión, incluso en situaciones extremas. Este interés superior del niño debe ser un “mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria” (Cillero, s.f.).

El Interés Superior del Niño es imperativo, es decir, no existe ningún supuesto que lo limite o lo condicione a otros ordenamientos, o sea debe en todo momento el de ser considerado como una constante y reiterada obligación de carácter imperativo hacia las autoridades, que deben asumir en su totalidad, toda disposición en concordancia, en el texto íntegro, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la protección del menor/ niño, inmerso en el seno familiar, los ordenamientos

jurídicos de su protección se encuentran dentro del catálogo de los llamados Derechos Sociales, los que parten de los textos constitucionales y los convenios internacionales, de nueva cuenta en el siglo xx. Para la regulación constitucional en Europa se encuentra establecida en los siguientes ejemplos:

Artículo 36 de la Constitución portuguesa de 1976<sup>1</sup>

(De la familia, el matrimonio y la filiación)

1. Todos tienen derecho a formar familia y a contraer matrimonio en condiciones de plena igualdad.
2. La ley regula los requisitos y los efectos del matrimonio y de su disolución, por muerte o divorcio, independientemente de la forma de celebración.
3. Los cónyuges tienen los mismos derechos y deberes en cuanto a la capacidad civil y política y al mantenimiento y educación de los hijos.
4. Los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden, por este motivo, ser objeto de ninguna discriminación, y ni la ley ni las dependencias oficiales pueden usar designaciones discriminatorias en materia de filiación.

<sup>1</sup> Puede verse mayor información en <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>. Créditos: Portugal: María Rosa Ripollés Serrano, Coordinadora. Constitución: 25 de abril de 1976, revisado el 30 de octubre de 1982, 1 de junio de 1989, 5 de noviembre de 1992, 1997, 2001 para el tribunal penal de la Haya y 2004 para las autonomías de Azores y Madeira, 2005 Para permitir el referéndum sobre la Unión Europea. Fecha de consulta 14 junio 2020.

5. Los padres tienen el derecho y el deber de educar y mantener a los hijos.

6. Los hijos no pueden ser separados de sus padres, salvo cuando éstos no cumplan con sus deberes fundamentales para con ellos y siempre por decisión judicial.

7. La adopción está regulada y protegida en los términos que establezca la ley, la cual debe determinar formas rápidas para la tramitación respectiva.

Artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949<sup>2</sup>

Matrimonio y familia

- (1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.
- (2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.
- (3) En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber.

<sup>2</sup> Puede verse mayor información en <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>. Coordinadora: María Rosa Ripollés Serrano, Alemania: Mariano Daranas Peláez. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Constitución de 23 de mayo de 1949*, con la última modificación de 29 de julio de 2009.

(4) Toda madre tiene derecho a protección y a asistencia de la comunidad.

(5) La legislación asegurará a los hijos habidos fuera de matrimonio las mismas condiciones que a los habidos dentro de matrimonio para su desarrollo físico y espiritual y en su posición social.

Artículo 29 de la Constitución italiana de 1948<sup>3</sup>

#### TÍTULO II—DE LAS RELACIONES ÉTICO—SOCIALES

La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio.

El matrimonio se registrará sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

En cuanto a las Declaraciones Internacionales:

Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>4</sup>

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>5</sup>

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

<sup>3</sup> Puede verse mayor información en <http://www.congreso.es/consti/otras/europea/flash.html>. Créditos Italia: Federico de Montalvo Jääskeläinen. Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947 actualizado con su última reforma de 2 de octubre de 2007. Fecha de consulta 14 de junio 2020.

<sup>4</sup> Puede consultarse más información en <http://www.westlaw.es.strauss.uc3m.es> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril 1977—RCL\1977\893

<sup>5</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 27 de abril 1977—RCL\1977\894.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la Ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

También se encuentra regulado a lo largo de cada principio de un total de diez, contemplado en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 (Organización de Estados Americanos -OEA, s.f.).

En lo que a la República Mexicana se refiere, es el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al momento el precepto ha sido reformado en dieciséis ocasiones, la primera de ellas data en la publicación en el Diario Oficial del Federación (DOF) del 31 de diciembre de 1974 y las recientes de 8 de mayo 2020. Los principios contenidos en la redacción actual del artículo son: La igualdad de la mujer y el hombre; protección de la familia; en cuanto a los hijos la decisión sobre el número, de una manera responsable, por igual a su esparcimiento; los siguientes son derechos para toda persona: alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, con garantía

del Estado mexicano; protección a la salud; medio ambiente adecuado; vivienda digna y decorosa; acceso a la cultura y deporte.

Corresponde a la reforma del 12 de octubre del 2011 con las modificaciones y adiciones al contenido de los párrafos sexto y séptimo para garantizar el interés superior de la niñez.

Es a partir de la reforma de constitucional del 7 de abril de 2002 que impone la obligación al Estado de satisfacer las necesidades mínimas de esta población para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Así, de esta nueva redacción se establece la igualdad de derechos de la niñez para con los adultos relatando entre ellos el interés superior del niño. Las políticas públicas y las obligaciones de los que alrededor de los niños están vinculados tanto por razón familiar como por obligación jurídica permiten una adecuada supervisión de la protección de los derechos a su alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

De enorme importancia y consideración se debe acudir al análisis de la sesión de 10 de octubre de 2011, en la que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el acuerdo 12/2011 en el que se determinan las bases de la décima Época del Semanario Judicial de la Federación. Dentro de las consideraciones de este acuerdo se tienen en cuenta, por su importancia las reformas constitucionales de 6 de junio a los artículos 94, 103, 104 y 107, y aquella otra de 10 de junio en la que se modificó el Capítulo I, Título I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos CPEUM en materia

de Derechos Humanos, y los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.).

### **CONCEPTO DE MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

La primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño.

En 1959, ante la necesidad de una directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.<sup>6</sup> Sin embargo, dada la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional, coercitivo y vinculante para los Estados partes y ya no tan solo con una Declaración, nace la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo tan solo nueve meses después a su adopción, el 2 de septiembre de 1990.

<sup>6</sup> [http://www.un.org/depts/dhl/spanish/children\\_day/index.html](http://www.un.org/depts/dhl/spanish/children_day/index.html) Fecha de consulta: 30 noviembre 2010. Este enlace es directamente a la página de la Organización de las Naciones Unidas en donde se pueden consultar los diversos ordenamientos aquí referidos.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que presenta la mayor cantidad de ratificaciones en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación uniforme de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños contenidos en dicha Convención.

Esto último, perfectamente se podría constituir un claro indicador del carácter consuetudinario de las normas sobre derechos de los niños contenidos en la Convención de los Derechos de los Niños (CDN). En la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, comenzaremos su estudio y análisis de su articulado a continuación. Esta es la primera convención en defender los derechos de los niños, y no conforme con ser pionera en su materia, nos ofrece la conceptualización del niño, esto con la finalidad de facilitar su identificación y así salvaguardar sus derechos y su interés superior (art. 1º). Aunado a lo anterior, esta misma convención nos da la pauta del interés superior del menor, haciendo mención que este será de una consideración primordial a la que deberá de atender toda autoridad y organismo del Estado (art. 3).

Dicha Convención nos indica mediante qué supuestos el menor podrá ser retirado de su familia de origen; el cual, solamente podrá ser decretado cuando sea contrario a su interés superior. Sin embargo, otorga la posibilidad que este, el menor, pueda estar en contacto con

su familia, claro, siempre y cuando, no afecte o sea contrario a su interés superior (art. 9).

Retomando y continuando con la protección sobre el menor, los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas del menor. Esto con el objeto de reintegrarlo o evitar que ocurran estos hechos ilícitos, que afecten su desarrollo y su vida, así como el proteger al menor incluso de sus padres (art. 11).

La autoridad competente no solo velará por los derechos del menor, sino también porque el menor pueda emitir su voluntad en las situaciones que le rodean. Dicha emisión de la voluntad deberá ser realizada ante la autoridad competente, y esta lo valorará dependiendo de la edad y grado de madurez del menor (art. 12).

El Estado también velará porque la familia del menor le otorgue un desarrollo óptimo, sin embargo, en los casos que esto no ocurra, el mismo Estado podrá privar al menor de esta familia, obedeciendo su interés superior. Y, de ser necesario, lo reintegrará, pero a una familia distinta por medio de la figura de la adopción o figuras afines (arts. 18 y 20).

El Estado también velará porque la adopción y su reconocimiento en diverso Estado sean en cuanto al interés superior del menor, del cual observará que este interés será la consideración primordial; así como la equivalencia de las salvaguardas del país receptor del menor. (art. 21). Estas salvaguardas tendrán la finalidad de proteger al menor en contra de cualquier abuso

o explotación de cualquier tipo en su contra (art. 34). Esta protección también deberá alcanzar de manera multicultural la protección del menor, impidiendo el secuestro, venta o trata (art. 35).

De esta manera, el Estado estará obligado a vigilar muy de cerca este tipo de conductas nocivas para el menor. Como medida adicional, el Estado, en caso de no ser capaz de evitar dichas conductas, tendrá la obligación de proporcionar las herramientas necesarias para la recuperación del menor y, de esta manera, alcanzar el mejor desarrollo y recuperación posible, en atención a su interés superior (art. 39).

Por lo anterior, es necesario considerar que los menores son considerados dentro del grupo vulnerable de la sociedad, que por sus especiales circunstancias, están expuestos a la violación de sus derechos como seres humanos; a ellos y a su respeto están encaminados los esfuerzos de la comunidad internacional; ella y los Estados en particular tienen una responsabilidad especial a este respecto, no solo por lo que toca a su protección en general, sino porque deben tender a satisfacer sus necesidades elementales y a proporcionarles una calidad de vida que les permita sustraerlos de actividades peligrosas, así como los abusos, conscientes o inconscientes, a los que están expuestos.

El creciente número de adopciones, en países europeos, de niños procedentes de países asiáticos o americanos; la falta de información respecto de los procedimientos de adopción en el extranjero, que muchas veces ocultan la creciente actividad delictiva; el hecho de la

privación de la libertad en la que muchos de los menores trabajaban; la cantidad de menores trabajadores en muchas partes del mundo, son algunos hechos y datos que preocupan a la comunidad internacional (Triguero, 2001). Ante tal situación, la ONU se dio a la tarea de emitir un documento que se ocupara del problema, en el cual se consagran los derechos fundamentales de los menores de edad. El resultado de esa iniciativa fue la elaboración de la Carta de los Derechos del Niño que en México se promulgó el 25 de enero de 1991. A partir de esta fecha, se empezaron a estudiar proyectos de ley y de convenciones internacionales que fueron ampliando los supuestos y particularizando los principios generales de la Carta Inicial.

Muchos países, entre ellos México, se abocaron a modificar sus sistemas jurídicos con objeto de recoger los principios emanados de ese instrumento internacional y de revisar sus propios ordenamientos, para ofrecer sistemas más amplios y efectivos de protección de los menores, atendiendo siempre al principio general de dar prioridad, en todos los casos, al interés y beneficio del menor.

En el área latinoamericana este esfuerzo se canalizó a través de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho internacional Privado (CIDIP), bajo el auspicio de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en las que participan, además de los Estados que son parte de las Conferencias, y algunos otros que asisten en calidad de observadores o de invitados. En tales foros se muestra el interés no solo por proteger al menor, sino también

por determinar quiénes son menores; pero, dar un concepto de menor es una tarea difícil, pues como veremos a continuación, los tratadistas en Derecho Internacional Privado tampoco se han puesto de acuerdo, y ni siquiera en las mismas convenciones internacionales sobre la materia se encuentra unificación de criterios al respecto. Es evidente esta falta de unidad, ya que la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores en su artículo 3 que se transcribe con fiel tenor, establece: “Artículo 3. La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado así como cuáles son los procedimientos y formalidad extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo” (OEA, 1984 como se cita en Pereznieta, 1998, pp. 291-295).

En tal sentido, se comprende que la minoría de edad se tomará conforme lo declara la ley de la residencia habitual del menor, siguiendo el precepto en derecho internacional, la ley rige al acto, esta ley que puede ser, conforme a la interpretación del artículo transcrito, la ley nacional del menor o la ley de su residencia habitual, la que podría ser la nacional o la de un Estado extranjero; en México ya hemos visto en el apartado anterior que la menor edad se tiene hasta antes de cumplir dieciocho años de edad.

En la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,<sup>7</sup> su artículo 2º, que a continuación se transcribe fielmente,

<sup>7</sup> Véase texto completo de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores” en el Anexo II.

expresa: “ Artículo 2. Para los efectos de esta convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad”.

Esta convención, vigente en México, determina la minoría de edad hasta los dieciséis años, por lo que salta a la vista la diferencia respecto a la menor edad que establecen las leyes mexicanas, es decir, a los dieciocho años; se presenta entonces el dilema de cual norma jurídica acatar. En respuesta, se establece que la ley fundamental de la República Mexicana, es decir su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es superior a los Tratados Internacionales; la Convención en cita es un tratado, pero si se analiza desde la amplia posición de la teoría Monista Internacionalista, como creemos que es la que México adopta, tendríamos que aceptar lo que dispone la citada Convención; además porque México no presentó reserva a los artículos 27 y 46 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados que a la Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (DOF, 18 de noviembre de 1994 como se cita en Perezniето, 1998, pp. 341–348) nos señala:

Artículo 27. El Derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4.

Artículo 46. Disposiciones de Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados.

I.- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio del consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno.

II.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforma a la práctica usual y de buena fe (ONU, 1969 como se cita en Arellano, 1993, pp. 708 – 713).

Por otra parte, la Jurisprudencia de la Corte dictada con fecha 28 de octubre de 1999, sustenta que los Tratados Internacionales tienen en México una jerarquía de un grado inmediatamente inferior a la Constitución Federal y un grado superior a las leyes federales.

Es conveniente anotar que esa edad de 16 años con seguridad se refiere únicamente a los casos sobre la restitución internacional de menores con la finalidad que se expresa en su artículo 1º y, como señala el artículo 2º, para los efectos de esta convención.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (s.f.) en su artículo 2º, inciso a) Esta convención se aplicará a cualquier menor que resida habitualmente en un Estado parte o se encuentre en un Estado parte en el momento en que ocurra un acto de tráfico internacional contra dicho menor.

Para los efectos de la presente convención: a) Menor significa todo ser humano cuya edad sea inferior a los dieciocho años (OEA, 1989 como se cita en Pereznieta, 1998, pp. 342 – 348).

Es evidente la coincidencia de la minoría de edad que establece esta Convención con lo que también dispone la Constitución Federal de México y las leyes federales o locales al respecto, pero, también conviene aclarar que la Convención en cita, por nuestra fuente de información hasta la fecha tiene pendiente la aprobación del Senado y por supuesto las otras fases del procedimiento para entrar en vigencia.

La Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, adoptada en la Conferencia de la Haya con fecha 29 de mayo de 1993, vigente en México, en su: “Artículo 3º. La convención deja de aplicar si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17 Apartado c) antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años (Pereznieta, 1998, pp. 331 – 342). Fácilmente se advierte la coincidencia de la menor edad como se determina en nuestra Ley Fundamental y la Convención de mérito aclarando que también es aplicable esta última solo a los casos de adopción internacional, ámbito de aplicación que se especifica en sus artículos 1º y 2º. En la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la Haya, Países Bajos, el 25 de octubre de 1980 vigente en México, en su artículo 4º por interpretación y a contrario sensu advierte que la minoría se establece hasta los dieciséis años.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en México fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el 19 de junio de 1990, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el 10 de agosto de 1990, cuya observancia es obligatoria por expresa disposición del artículo 133 de la Constitución General de la República, y de cuyos artículos 2, 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 se desprende que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares, así como la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo el amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha Convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación.

Esta Convención sobre los Derechos del Niño determina la minoría de edad a los dieciocho años de edad a menos que, por la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad que le pudiera ser aplicable, adquiera antes la mayoría de edad; esta última aseveración se desprende como una interpretación y análisis personal del artículo que a continuación se transcribe con fiel tenor: “Artículo 1.–Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño

todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (ONU, 1989 como se cita en Summa, 2002, p. 51).

Con lo transcrito, se refuerza nuestra aseveración expuesta al iniciar el presente apartado, lo que puede comprobarse con la consulta de las convenciones referidas (Contreras, 1998; Pereznieta y Silva, 2004). Es considerable destacar, por su aplicación en México, dos tratados que regulan la adopción internacional: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, celebrada en la Paz, Bolivia, en mayo de 1984<sup>8</sup> y la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional adoptada en La Haya, Países Bajos, el 19 de mayo de 1993.<sup>9</sup> Además, el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU<sup>10</sup> se refiere, en forma concreta, a la adopción tanto nacional como internacional. En adelante, se hará referencia a ellas como la Convención Interamericana, la de La Haya o la Convención de la ONU.

La Organización de Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración

Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales sobre el mismo tema, que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, pero, además, se hace hincapié en que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

Después de haber expuesto los conceptos de menor conforme al Derecho convencional, estamos en consideraciones de emitir nuestro concepto en los siguientes términos. En el Derecho Internacional Privado, el ser humano es considerado menor de edad cuando sin haber cumplido la edad de dieciocho años, se encuentra dentro de las disposiciones legales que así lo refieren dentro del Estado y su ley fundamental, la que al ser respetada por todos los demás, sin perjuicio que para los casos concretos se apliquen las disposiciones del derecho convencional en la materia y ámbito que el mismo determine.

Es de reconocimiento que, en los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al abordar temas relacionados con los derechos de los menores, basa su actuar en la normativa que al respecto establece la Convención Americana de Derechos Humanos y bajo un enfoque integrador y sistemático, a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y a otros instrumentos internacionales vinculados con los derechos del niño, a saber, la Convención sobre los Derechos del Niño.

8 El 6 de febrero aparece en el Diario Oficial de la Federación DOF la aprobación de la Convención y el DOF del 21 de agosto del mismo año publica el Decreto de Promulgación de la Convención y el texto. A la fecha solo Bolivia, Colombia y México la han firmado.

9 Esta Convención aparece publicada en el DOF del 6 de julio de 1994.

10 El DOF del 31 de julio de 1990; publica el Decreto por el que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York y el DOF del 25 de enero de 1991 publica el Decreto Promulgatorio.

La Corte ha contribuido de manera clara y oportuna señalando los criterios básicos en torno al contenido de un principio cardinal en materia de derechos del menor, nos referimos al principio del interés superior del niño.

El principio del interés superior del niño considera como elementos claves la dignidad del ser humano y las características propias de los niños o ponderar las características particulares de la situación en la que se halla el niño, tomando en cuenta la necesidad de propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este principio esencial en materia de derechos del niño, es el cimiento para la efectiva realización de todos sus derechos humanos.

En definitiva, el principio del interés superior del niño o del bienestar del niño o del mejor interés del niño, niña o adolescente es un principio compuesto por múltiples factores que se traducen en criterios relevantes que deben ser necesariamente tomados en cuenta por los obligados por el principio, los padres, la sociedad y el Estado. En este orden de cosas, la función judicial –como parte de la estructura estatal– debe tomar en consideración estos criterios propuestos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CIDH, especialmente al resolver conflictos donde esté involucrado un niño, niña o adolescente.

Tal es el tema que propone el presente artículo en donde, además de exponer algunos antecedentes, se estudian y analizan las con-

venciones internacionales generadas en la Conferencia de la Haya Países Bajos sobre Derecho Internacional Privado, así como en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, como principales instrumentos jurídicos internacionales para solucionar de forma adecuada la sustracción internacional de menores, y regular el subsecuente procedimiento para la restitución internacional de menores.

Para la generación de acuerdos internacionales como los anteriores, el interés superior del menor o de la infancia, ha permitido que los derechos fundamentales de menores como lo es la conservación, suspensión o pérdida de la patria potestad, alimentos, custodia, régimen de visitas, reconocimiento de paternidad, adopción, tutela, y demás instituciones jurídicas relacionadas, se analicen constantemente. De esto último, debe ser motivo suficiente cumplir con el objetivo para llegar al exacto conocimiento de lo que representa el interés superior del menor y cuál es su alcance jurídico, como lo es para quienes, interesados en la constante actualización y evolución del derecho como ciencia. Ya he mencionado que la infancia debe desarrollarse dentro de un núcleo familiar y por ende se concibe a la familia como célula básica para su desarrollo integral. En el presente trabajo la palabra menor es utilizada con y para los niños, las niñas y, por ende, para los adolescentes, de conformidad con los tratados internacionales como el grupo colectivo vulnerable.

La conceptualización del interés superior del menor y su defensa legal surge en la Convención

de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Niños de 1989, la cual expone, que este interés será la consideración primordial. El interés superior del menor: es la atención que el Estado debe proporcionar a la infancia para efecto de garantizar su desarrollo integral, tanto físico como emocional, que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana (Pujol, s.f., p. 2).

La profesora Marina Vargas, nos ofrece el tercer concepto en el que nos dice que es: un concepto jurídico indeterminado y que como tal es precisamente la aplicación en concreto al caso lo que permite dilucidar su contenido, esta aplicación se la dará el juez que haga de la ley (Pereznieto y Silva, 2000, p. 151).

Durante el seminario-taller Teoría y práctica de la adopción internacional, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se contemplaron los siguientes conceptos: 1) la integración familiar, 2) una familia funcional, 3) que el menor reciba un buen trato, 4) una educación, y 5) el no desarraigo del menor de su lugar de origen (González, 2002, p. 34).

Otros criterios adicionales, que se deben tomar en cuenta, son: la edad del menor, las circunstancias económicas del adoptante (es), las circunstancias físicas, sociológicas, religiosas. Al interpretar el *interés del menor* hay que relacionar su contenido con las circunstancias concretas de las personas que intervienen en la relación jurídica (Herrán, 2004, p. 53).

Para precisar doctrinalmente la noción interés del menor, su referencia se ha de proyectar a

futuro. El menor es una “persona humana en devenir” (Rivero, 1996, p. 156 como se cita en Herrán, 2004, p. 54) y, por lo tanto, en atención a su interés se tendrá que adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad (Vargas, 1994, p. 4 como se cita en Herrán, 2004, p. 54).

Los artículos 4º y 133º de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, al igual que en la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, en su artículo 3 fracción I, señalan puntualmente el Principio del Interés Superior del Menor y su resguardo, comprendidas en el párrafo noveno:

**Artículo 4o.** En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez (DOF, 18 de marzo de 1980).<sup>11</sup>

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece un principio de igualdad y seguridad jurídica en torno a la familia al afirmar que: La mujer y el hombre son iguales

<sup>11</sup> Reformado dof del 7 de junio de 2000 y dof de 12 de octubre de 2011.

ante la ley. Ésta protegerá el desarrollo y organización de la familia.

Luego, entonces, la garantía establecida en el artículo 4° constitucional implica tres elementos: el primero, que consagra la igualdad entre mujeres y hombres; el segundo, el derecho de los particulares a formar, organizar y desarrollar una familia; y el tercero, el deber del Estado de regular esta actividad de forma que se salvaguarden y se garanticen los derechos de todos los integrantes de la misma. Por otro lado, respecto a la ampliación de la familia y los derechos y obligaciones que de ello derivan, el mismo artículo, como ha sido transcrito las establece.

Con motivo de los compromisos del gobierno mexicano adquiridos a través de los programas nacionales y en particular con respecto a los derechos de los niños, se han hecho adiciones al artículo 4° constitucional que fundamentalmente se refieren a la protección social que se les debe dar a éstos. Como se ha hecho notar en el comentario al párrafo anterior.

Así mismo, se incluye una disposición, la cual se encuentra en el espacio del derecho de familia, en cuanto al ejercicio de la patria potestad y de los derechos y las obligaciones que de ella derivan. Dicha adición se refiere al deber de los padres tutores, o de cualquier persona que tenga a su cargo a un menor de edad en los términos de ley, de garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos sociales –arriba mencionados– a los menores de edad: los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar

y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.<sup>12</sup>

En este sentido, los dos últimos párrafos de la disposición constitucional se refieren a las obligaciones que el Estado adquiere para adoptar medidas eficaces para proteger a este grupo vulnerable y para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo artículo:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.<sup>13</sup>

Otro precepto constitucional fundamental es el artículo 1°, que establece de forma clara y precisa el reconocimiento al derecho a la igualdad para todas las personas dentro del territorio nacional, y que debe ser reconocido, respetado y protegido tanto por el Estado como por cada hombre y mujer en el mismo. Esto se plasma en el texto:

12 Párrafo adicionado en el dof de 7 de abril de 2000. Reformado dof de 12 de octubre de 2011.

13 Párrafo adicionado dof del 18 de marzo de 1980. Reformado dof de 7 de abril de 2000, dof del 12 de octubre de 2011.

**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.<sup>14</sup>

El artículo fue reformado y adicionado con un último párrafo en enero de 2001, la redacción que se ha transcrito es la reformada el 10 de junio de 2011 que junto con el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I Del Título Primero, por el *De los Derechos Humanos y sus Garantías* (DOF, 10 junio de 2011), actualiza y da validez formal a los Derechos Humanos y coloca en segundo plano al antiguo termino de *Garantías*, permaneciendo aquello de la prohibición a la discriminación, como un principio general de igualdad.

Con ello se procuró, igualmente, establecer conceptos que guardaran una congruencia con los criterios expresados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, respecto al derecho a la igualdad y a la no discriminación establecidos en los primeros artículos de los mismos, ya que se trata de supuestos indispensables en un Estado de derecho moderno que se considere como democrático, así como de asumir y respetar las políticas internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, consi-

derando que, en la actualidad, las relaciones entre los Estados que forman la comunidad internacional están supeditadas al reconocimiento, respeto y protección de los mismos.

Es así como, al señalar que la firme tendencia del legislador en México, ante el reclamo social imperante en el país ha paulatinamente adicionado, modificado, derogado diversos preceptos legales, de conformidad al entorno mundial en el que formamos parte. En la actualidad, los tratados internacionales, en donde de manera significativa las sentencias, opiniones, consultas, entre otras, con las que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marca una directriz jurídica que deberá ser tomada con una alta consideración por naciones como México. A este último respecto me permito transcribir parte de la opinión consultiva OC – 17/02;

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

Resultado pues de lo anterior tanto en la CPEUM, como en la opinión consultiva deberá ser el

14 Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Estado y la sociedad los encargados de cumplir y preservar los derechos de los niños.

Revisemos para el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en su artículo 23, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere, en su artículo 17, que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la misma y el Estado.

La Convención también señala en su capítulo II, de los Derechos Civiles y Políticos, que:

Artículo 4°. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 5°. Derecho a la integridad personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 7°. Derecho a la libertad personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto a su honra y el reconocimiento de su dignidad.

Artículo 19. Derechos del niño

1. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el estado.

Artículo 24. Igualdad ante la ley

1. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.

Por último, debemos considerar dentro de este análisis las coincidencias que ordenamientos vigentes nacionales cuyo contenido en tratándose de derechos de los menores contiene disposiciones similares a lo anterior, en canto al Código Civil Federal, en su capítulo V: De la Adopción en su Sección Primera señalada como, Disposiciones Generales, en su “artículo 390.-II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma”, y en la Sección Cuarta, denominada: De la Adopción Internacional, se encuentra contemplado lo siguiente en el precepto:

Artículo 410 E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos

y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.

Contemplado en la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en Título Primero, Disposiciones Generales, establece:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional, y tiene por objeto; Fracción I. Reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

Artículo 3. La Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, concurrirán en el cumplimiento del objeto de esta Ley, para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.

## ¿FAMILIA O SOCIEDAD?

Pedro-Juan Villadrich (2002, p. 41) en su obra *El pacto conyugal*, refiere que en el siglo XIII

Santo Tomas de Aquino,<sup>15</sup> “*en su habitual exactitud*”, la causa del matrimonio es el pacto conyugal; su esencia es el vínculo, a esta primer etapa la llama el Santo “*conyugio*”. La segunda es causa de la anterior que es el desposorio, “*nupcias*”, de “*nubo*” (velarse o taparse), pues en el acto solemne los contrayentes se cubren con un velo las cabezas, por último, son sus fines en concordancia con las dos anteriores deberá surgir el efecto (el fin), la procreación y educación de la prole, en consideración a estos se llama matrimonio.

Para el termino matrimonio expresa el autor; matrimonio, proviene de la conjunción de las palabras latinas, *mater* (madre) y *munus* (oficio) y de ahí “matrimonio” como oficio de la madre en el sentido de concebir, gestar y alumbrar a los hijos. El autor cita la consideración anterior de la que funda la parte central de su libro, ahora bien, existen algunos argumentos de igual importancia y significado, se requieren analizar. Por lo que se debe mantener en estricto apego a este análisis el orden de los argumentos que son presentados en el libro, para de esta forma no hacer mayor distinción que la que hasta el momento ha sido realizado. Coincidiendo pues con el primer argumento, el autor antes citado inicia pues con la siguiente paradoja:

15 Es conocido también como Doctor Angélico o Doctor Común, y es considerado santo por la Iglesia Católica. Su trabajo más conocido es la Suma Teológica, tratado en el cual pretende exponer de modo ordenado la doctrina católica. Canonizado en 1323, fue declarado Doctor de la Iglesia en 1567 y santo patrón de las universidades y centros de estudio católicos en 1880. Su festividad se celebra el 28 de enero. [http://es.wikipedia.org/wiki/Tom%C3%A1s\\_de\\_Aquino](http://es.wikipedia.org/wiki/Tom%C3%A1s_de_Aquino) Fecha de consulta: 18 de junio 2020.

Existe un significativo paralelismo entre la situación de la familia y la de los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Pero al mismo tiempo, en virtud de una inquietante paradoja, la familia y los derechos humanos son objeto o de constantes y gravísimas violaciones (Viladrich, 2002, p. 7).

Ahora bien, se señala que lo anterior ocurre en el mundo contemporáneo, razón suficiente para resaltar que en etapas anteriores a esta no solo no existió la correlación entre la familia y los derechos humanos, ya que a medida que retrocedemos en el tiempo, concluiremos en y una ni la otra existieron. Y es hasta esta época junto a su pasado reciente, cuando en la búsqueda de una mejor fórmula, en la que han participado las diversas ciencias sobre alternativa familiar, propuestas de las grandes ideologías filosófico-políticas, literatura de ensayo y divulgación, políticas demográficas de los Estados y de los organismos internacionales entre otros que señala el autor, en donde de igual forma incluye al Derecho de familia.

En donde encuentra un “Sin embargo”, la familia no lo es en esta mejor fórmula, por el contrario, “coincide en nuestra época con una degradación” (Viladrich, 2002, p. 8), citando entre otros los siguientes ejemplos: el descenso de la tasa de matrimonios contraídos y de la natalidad, abortos, niños abandonados y maltratados, suicidio infantil juvenil, delincuencia, drogadicción, alcoholismo, delitos sexuales, entre otros diversos ejemplos. La nueva paradoja se presenta ahora hacia los DDHH, es en donde se han hecho contribuciones, es el lugar en el

que la gran parte de la sociedad contribuye con ideas, fijando objetivos, señalando metas es en ese mismo lugar en donde, parecen recogerse pésimos resultados, incrementándose su presencia en todas las sociedades, generando en todos aquellos que han participado y aún participan en favor de los derechos humanos, desencanto e impotencia que está a un paso de convertirse en conciencia colectiva de frustración.

El matrimonio analizado como unión conyugal es una realidad natural; este origen natural es la familia, de estilo es matrimonio, el conjunto de la naturaleza personal de los contrayentes. Sin la existencia de masculinidad y feminidad, no existe matrimonio, por consecuencia no existe familia. Contrario a lo anterior, cuando hombre y mujer se encuentran en la célula social que es la familia, resaltaré el matrimonio, luego entonces lo anterior será representativo de la sociedad y humanidad. Esto último sirve de sustento ahora para hablar de la diferencia entre matrimonio real y apariencia legal (Viladrich, 2002, p. 13).

Siendo regulado por un ordenamiento jurídico, faculta al Estado a efectuarlo, bajo consentimiento firme de los contrayentes. Viladrich (2002, p. 15) considera que en el ámbito jurídico dominante en la actualidad, en donde las formulas sobre los requisitos, formalismos, solemnidades y legalidad, han provocado la pérdida de su originalidad en el sentido más real y más natural del verdadero matrimonio, por tanto se debe insistir en cuanto a la naturaleza del matrimonio y en su origen natural, la cual se presenta como unión conyugal, previa

a toda ley, a todo acto jurídico, a toda legalidad. Por lo que resulta adecuado transcribir lo siguiente: “[...] cuando el legislador la regula para garantizar su ordenado ejercicio, no debe desvirtuar esa realidad natural incluyendo la de un artificio legal, como tampoco debiera cambiar, con las leyes, las líneas maestras de lo que el matrimonio es una exigencia de la naturaleza” (Viladrich, 2002, p. 16).

Sin embargo, no podemos pasar por alto que los legisladores, nos presentan expresiones engañosas como: *matrimonio entre personas del mismo sexo*; esto no existe ni podrá existir jamás en la realidad natural del matrimonio. Será cada vez que estos se presenten una adulteración, que desvirtúa el término matrimonio, convirtiéndolo en una *simple situación legal* (Viladrich, 2002, p. 17). De todo lo anterior, estamos en condiciones de señalar, que ni las leyes, ceremonias o solemnidades, incluyendo los documentos legales, por ningún motivo representan el otorgamiento, del hombre hacia la mujer, de la esposa para con su esposo, de que él *sí* que se da en el matrimonio. Aunado a esto, ningún funcionario, ninguna ley, ninguna formalidad, tiene el poder mágico de convertir a una mujer y un hombre en *esposos* (Viladrich, 2002, p. 33). Solo lo hacen los contrayentes, solo lo hicieron los ahora esposos.

### INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

¿Es solo interés superior del menor o discurso político? En el Estado de Morelos al menos, según un la publicación periodística, existen más de 10 000 niños que viven en las calles

(Ramírez, 2010), los diversos gobiernos por supuesto tiene sus propias cifras las que distan por supuesto de aquellas.

Pero toda vez que la respuesta al cuestionamiento anterior con estos simples y sencillos ejemplos parece de los más obvia, no es aquí donde nos quedaremos conformes, aun cuando el tiempo entre una publicación y otra, de nueva cuenta nos confirmen que nada se hace por los niños que *viven en las calles*, manifestado de esta manera por las Comisiones de Derechos Humanos, nacional y Estatal o *en situación de calle*, por el Gobierno.

### TRATADOS INTERNACIONALES

Las Normas Jurídicas Internacionales que constituyen el marco legal del Derecho Internacional Privado, así como los tratados internacionales son las principales formas de llevar a cabo el orden entre las naciones y más específicamente, entre situaciones jurídicas concretas en las cuales se esté en la posibilidad de la aplicación de las normas jurídicas de un Estado u otro, atendiendo a la pluralidad de nacionalidades de los sujetos de la relación jurídica a dirimir. De lo anterior que el estudio del iusprivatismo o Derecho Internacional Privado sea una nueva materia que se encuentra en constante dinamismo a partir de las modificaciones de la realidad internacional contemporánea, así como las adaptaciones a la normatividad aplicable que, en todo caso, se debe ajustar a las condiciones actuales internacionales.

Así es que el Derecho Interno ha tenido una serie de adecuaciones a fin de proporcionar

a los conflictos de carácter internacional soluciones factibles en términos de homologación de criterios normativos acordes a las necesidades determinadas, lo cual es evidente particularmente en materia comercial y civil, en las cuáles mayormente se presentan conflictos de leyes que requieren de la aplicación de normas jurídicas de carácter internacional. Conceptuar el Derecho Internacional Privado dependerá del contenido, naturaleza y objeto que se le asignen, de aquí que antes de poder establecer una postura definitoria de la materia, se necesario destacar el contenido y objeto de estudio de la misma.

El Derecho Internacional Privado comprende al estudio de la nacionalidad, de la condición jurídica de los extranjeros, al conflicto de Leyes y al conflicto de jurisdicciones, es una rama del Derecho, establece lo que es su finalidad: ocuparse de las personas en sus relaciones internacionales. Correspondiendo con Carlos Arellano García (2003, pp. 15 – 31): El Derecho internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público que tiene por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado que pretenden regir una situación concreta.

Arellano García (2003) distingue al Derecho Internacional Privado como conjunto de normas de Derecho Público y orienta su concepto al objeto de sus normas con lo cual termina con mucha claridad el concepto que propone.

## CONCLUSIONES

Los niños no solo son sujetos de protección especial sino sujetos plenos de derecho; como lo es en todo momento también su núcleo familiar que le incluye y le protege. Largo pero productivo se ha manifestado el amplio recorrido del Derecho Internacional Privado en donde poco a poco pensadores sociales, escritores, pedagogos, quienes, al hablar del interés superior del menor, como función integradora desde el seno familiar, han hecho de la sociedad, que tenga que volver sus ojos hacia los niños y reconocerlos como seres humanos en etapa de formación.

La opinión pública tomo conciencia de la desvalida condición de la infancia y como resultado de esa concientización, las primeras leyes protectoras de niños aparecieron a finales del siglo XIX. La vulnerabilidad y dependencia de los niños y niñas requieren de instituciones jurídicas protectoras que les garanticen su óptimo desarrollo. Ahora resulta obvio que los menores requieren de mayor protección y no de aislamiento o reclusión como fue la práctica durante mucho tiempo.

El interés superior del menor también es conocido como *favor filii*, esto se traduce, que en el caso que exista alguna controversia entre padres e hijos, el juez e incluso el mismo legislador deberá beneficiar al hijo (Perezniето, 2000, p. 151). La sociedad ha intensificado su interés en la protección de los menores. El pleno del Congreso también ha tomado su papel así de las reformas al artículo 4to.

Constitucional, resalta aquella en la que se establece el interés superior de la niñez. El menor deja de ser concebido como el objeto de otros intereses para transformarse en el sujeto merecedor de protección jurídica. Bajo la protección de dicho interés superior de la niñez, tanto las legislaciones estatales como los criterios de interpretación de los Tribunales Federales han determinado la procedencia de la suplencia de la deficiencia de la queja, considerándose que el interés superior del niño, no corresponde en exclusiva al padre o a la persona que ostenta la representación o la patria potestad sobre el menor, sino que dicho interés pertenece a la sociedad en forma genérica por tratarse de una cuestión de orden público de carácter colectivo.

La denominación Interés Superior del Menor apareció por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 (Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980), expresando que se trata de un *estándar jurídico* es decir un “límite de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares”, su naturaleza jurídica es la de un “principio o regla aplicable”, que en forma clara la define como “medida media de conducta social correcta”.

El primer paso, para aplicar estos Convenios como “*instrumentos de resolución de controversias*” es acotar un determinado conflicto de intereses en el que esté inmiscuido el niño o el joven menor de edad. Normalmente será

un conflicto en el seno familiar, fruto de un incorrecto ejercicio de la patria potestad, si bien existen otras muchas posibilidades.

En estos casos, el interés superior del menor, el bien del infante, legitima la intervención del Estado, es un principio que dirige la intervención y fija pautas para los tribunales. Por ello, la doctrina alemana ha señalado que “el bien del menor” es la pieza clave que resuelve las tensiones que se crean entre los padres y las autoridades estatales encargadas de velar por el niño.

La prioridad del interés del niño está sobre cualquier otro interés. Tiene una doble función, dirigir y vigilar, obligando a adoptar medidas orientadas hacia el bien del menor rechazando los puntos de vista ajenos a dicha finalidad. Implica la prioridad de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general.

Interés Superior del Menor o de la Infancia, es aquel en el que el niño debe por derecho encontrarse bajo una protección especial, junto con esta, disponer de amplias oportunidades que le permitan desarrollarse en forma saludable y normal, bajo condiciones de libertad y dignidad. Cada precepto que contenga un beneficio social debe también contener este precepto, en donde se atenderá el interés superior del niño. Establecido bajo el amparo de la ley el interés superior del niño, permitirá que las medidas que tanto las autoridades en sus respectivos ámbitos y competencias gubernamentales, como las instituciones privadas, operen bajo la circunspección al principio anterior.

En aquellos casos en que tales derechos se encuentren involucrados en una controversia de carácter judicial deberán solucionarse atendiendo a las circunstancias de cada caso particular prevaleciendo el interés del niño sobre cualquier otro sea este, individual o de grupo.

Resultado del análisis y bajo las consideraciones ya señaladas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido sendas jurisprudencias entorno al interés superior del niño, dentro de estas resalta el registro 2/2010, en cuanto a la adopción en el entonces Distrito Federal, aclarando en la actualidad es ciudad de México, en donde los integrantes del pleno manifestaron en reiteradas ocasiones, los derechos de los niños, adopción, salud, educación, interés superior el menor, en fin llamémosle la suma de derechos del niño, en donde sobresale su propio interés superior.

## REFERENCIAS

- Arellano, C. (2003). *Derecho Internacional Privado*. (15ª. ed.). Editorial Porrúa.
- Carta de los Derechos del Niño. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Cillero, M, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. [http://www.iin.oea.org/cursos\\_a\\_distancia/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf)
- Conferencia de la Haya. (29 de mayo de 1993). *Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*. DOF 24 de octubre de 1994.
- Contreras, F. (1998). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. (7ª. ed.). Editorial Oxford University Press.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.
- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*.
- Convención sobre los Derechos de los Niños*.
- Coordinadora: María Rosa Ripollés Serrano, Alemania: Mariano Daranas Peláez. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Constitución de 23 de mayo de 1949, con la última modificación de 29 de julio de 2009*.
- Federico de Montalvo Jääskeläinen. *Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947 actualizado con su última reforma de 2 de octubre de 2007*.
- Gobierno de México (14 de febrero de 1975). “Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [HTTPS://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA\\_TO\\_IMAGEN\\_FS.PHP?CODNOTA=4751049&FECHA=14/02/1975&COD\\_DIARIO=204698](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?CODNOTA=4751049&FECHA=14/02/1975&COD_DIARIO=204698)

- Gobierno de México. (21 agosto de 1987). “Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, realizada en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4676873&fecha=21/08/1987&cod\\_diario=201539](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4676873&fecha=21/08/1987&cod_diario=201539)
- Gobierno de México. (31 de julio de 1990). “Decreto por el que se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [HTTPS://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA\\_TO\\_IMAGEN\\_FS.PHP?CODNOTA=4668885&FECHA=31/07/1990&COD\\_DIARIO=201156](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4668885&fecha=31/07/1990&cod_diario=201156)
- Gobierno de México. (25 de enero de 1991). “Decreto promulgatorio de la Convención sobre los Derechos del Niño”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [HTTPS://WWW.DOF.GOB.MX/NOTA\\_TO\\_IMAGEN\\_FS.PHP?CODNOTA=4701290&FECHA=25/01/1991&COD\\_DIARIO=202615](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4701290&fecha=25/01/1991&cod_diario=202615)
- Gobierno de México. (14 de mayo de 1996). “Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”. *Diario Oficial de la Federación (DOF)*. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_to\\_imagen\\_fs.php?codnota=4884206&fecha=14/05/1996&cod\\_diario=209399](https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4884206&fecha=14/05/1996&cod_diario=209399)
- González, N. (2002) “*Memorias seminario-taller: teoría y práctica de la adopción internacional*”. *Revista de Derecho Privado, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, I, (3)*, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/3/dtr/dtr3.htm>
- Herranz, M. (2004). *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado*. Lex Nova.
- Ollero, A. (2009). Derecho y Moral implicaciones actuales, en Persona y Derecho. *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, p.61*.
- Organización de las Naciones Unidas-ONU (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, Austria, 23 de mayo de 1969.
- Organización de las Naciones Unidas-ONU. (1989) *Convención sobre los Derechos de los Niños*. Nueva York, Estados Unidos, 29 de noviembre de 1989.
- Organización de los Estados Americanos -OEA. (1989). *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores*. Montevideo, República Oriental del Uruguay, 15 de julio de 1989.
- Organización De Los Estados Americanos -OEA. (1984). *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*. La Paz, Bolivia, 24 de mayo de 1984.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disposición Vigente Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966.
- Pereznieto, L. (1998). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. (7ª. ed.). Editorial Oxford University Press.
- Pereznieto, L. y Silva, J.A. (2004). *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, (S.N.E.), Editorial Oxford University Press.
- Revetllat, I. (2008). Protección de la Infancia en la Legislación Española. *Revista de Derecho*, (3)
- Rivero, F. (1996). *El derecho de visita*. Bosh, Barcelona.
- Summa Jurídica en Materia de Asistencia Social*. (2002). S.N.E. Editorial Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia -DIF.
- Triguero, L. (2001). Algunos temas de Derecho Familiar En González, N. y Benot, A. *Estudios sobre Adopción Internacional*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Vargas, B. (1994). *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*. Editorial Comares.
- Viladrich, P. (2002). *El Pacto Conyugal*. Rialp.



# El mérito como acción afirmativa para acceder al empleo público

## *Merit as affirmative action to access public employment*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6898>

### Resumen

El mérito como principio sobre el cual reposa el cumplimiento de la función administrativa del Estado cobra relevancia estratégica al fundarse como elemento de transformación y el principal reto de las instituciones que requieren cambios para mejorar de manera ostensible su desempeño institucional, a través de la incorporación de los servidores más competentes, capaces y comprometidos. Por tal motivo, el mérito representa un triunfo de aquellos estados sociales de derecho como lo es el caso de Colombia y está catalogado dentro de la categoría de rango constitucional, en razón a que consolida la materialización efectiva en el acceso a los cargos públicos, sin tener en cuenta recomendaciones, favoritismo, tráfico de influencias y botines políticos.

**Palabras clave:** Principio del mérito; Empleo público; Procesos de selección; Postconflicto; Corte Constitucional de Colombia.

### Abstract

Merit as a principle on which compliance with the administrative function of the State rests is strategic relevance in founding itself as an element of transformation and the main challenge of institutions that require changes to ostensibly improve their institutional performance, through the incorporation of the most competent servers, capable and committed, for this reason, the merit, represents a triumph of those social states of law as is the case of Colombia and is classified within the category of constitutional rank, because it consolidates the effective realization in access to public office, without taking into account recommendations, favoritism, influence trafficking and political loot.

**Keywords:** Principle of merit; Public employment; Selection processes; Post-conflict, Constitutional Court of Colombia.

### Humberto Luis García Cárcamo

*Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Especializado en Alta Gerencia, Magíster en Derecho Administrativo. Comisión Nacional del Servicio Civil de Colombia*  
Contacto:  
[humbertolgarciac@hotmail.com](mailto:humbertolgarciac@hotmail.com)

### Como citar:

García Cárcamo H. L. (2020). El mérito como acción afirmativa para acceder al empleo público. *Advocatus*, 18(35), 65-79. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6898>



Open Access

### Recibido:

10 de junio de 2020

### Aceptado:

22 de septiembre de 2020

## INTRODUCCIÓN

Pese a que el principio constitucional del mérito ha contado con un amplio respaldo, principalmente de la Corte Constitucional de Colombia, a través de diversas sentencias, en las que se indica que la forma típica y directa de materialización de dicho principio es a través de los procesos de selección públicos y abiertos en condiciones de igualdad, para acceder al empleo público; en Colombia, el fenómeno de la provisionalidad, como institución excepcional para la provisión transitoria de los empleos públicos y que representa la antítesis al principio constitucional del mérito fue el que predominó durante todo el siglo xx y parte de los inicios del siglo xxi, como la forma predilecta para llegar y hacer parte del aparato estatal.

Esta situación, anormal en el empleo público, se ha venido corrigiendo con la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) desde el año 2004, como una entidad autónoma e independiente que lleva a cabo los procesos de selección públicos y abiertos en el país de manera imparcial y transparente, con la implementación para el efecto, de acciones afirmativas para el acceso a los empleos públicos.

Es así como producto de la implementación del mérito como acción afirmativa para acceder al empleo público, la CNSC llevó a cabo el proceso de selección #221 a 249 del 2012, concerniente a vacantes docentes y directivos docentes que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, precisando que para el efecto, la

CNSC de manera previa, adelantó un proceso de consulta con representantes de las comunidades afrocolombianas negras, raizales y palenqueras y miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras (CPN).

De otra parte, y en razón a la entrada en vigencia del posconflicto en Colombia como consecuencia de los Acuerdos de Paz logrados con la guerrilla de las FARC, ocasionó que se implementaran, entre otras, políticas públicas de acciones afirmativas del mérito como pilar fundamental para el acceso de empleos públicos de carrera administrativa con un enfoque diferencial en los municipios en donde más se sufrieron las consecuencias de la violencia, el abandono y la miseria en el país, materializándose para este punto, con la expedición por parte de la CNSC del proceso de selección No. 828 a 979 y 982 a 986 de 2018 municipios priorizados por el posconflicto (municipios de 5ª y 6ª categoría) para, de esta forma, superar las brechas de desigualdad y la consecución de una igualdad material y efectiva de sus coasociados en Colombia.

El mérito como principio, representa un triunfo de aquellos estados sociales de derecho como lo es el caso de Colombia y está catalogado dentro de la categoría de rango constitucional, en razón a que consolida la materialización efectiva en el acceso a los cargos públicos, sin tener en cuenta recomendaciones, favoritismo, tráfico de influencias y botines políticos.

No obstante, y pese a que el principio constitucional del mérito ha contado con un amplio respaldo, principalmente de la Corte Consti-

tucional, a través de diversas sentencias, en las que se indica que la forma típica y directa de dicho principio es a través de los procesos de selección públicos y abiertos en condiciones de igualdad, la realidad es que la generalidad que ha predominado en los empleos públicos en el país son las provisiones transitorias mediante los nombramientos en provisionalidad, por la creación e implementación tardía de una entidad de carácter autónomo e independiente que se encargue de la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

Esa entidad de carácter autónomo e independiente, es de naturaleza constitucional y fue señalada en el artículo 130 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al establecer que habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Pero, es a través de la Sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional de Colombia, en donde se establece el alcance en la organización y facultades de la Comisión Nacional al establecer que:

La CNSC es una sola, NO tiene el carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo [...] se trata de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos.

Sin embargo, es solo hasta la expedición de la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, en donde se reconfirma y pone en funcionamiento la Comisión Nacional del Servicio Civil y en su artículo 7, establece que es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente Ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Es así como la Comisión Nacional del Servicio Civil en su función relacionada con la administración de la carrera administrativa, empieza a llevar a cabo los procesos de selección para el ingreso al empleo público en empleos de carrera administrativa, con la primera Convocatoria No. 001 de 2005, de carácter público y abierto.

No obstante, y aunque la carrera administrativa ya se encontraba estipulada en el país como norma, desde la expedición de la Ley 165 de 1938, no se contaba con las garantías de la autonomía e imparcialidad de una entidad pública como lo es hoy día la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Adicionalmente, el fenómeno de la provisionalidad, como institución excepcional para la provisión transitoria de los empleos públicos y que representa la antítesis al principio constitucional del mérito fue el que predominó en su totalidad, durante todo el siglo XX y parte de los inicios del siglo XXI en Colombia, como la forma predilecta para llegar y hacer parte como funcionarios del aparato estatal, lo que

ocasionaba que no se generara un filtro efectivo para garantizar quienes ingresaran fueran los más competentes y que anualmente se les pudiera evaluar su desempeño para permanecer en el servicio.

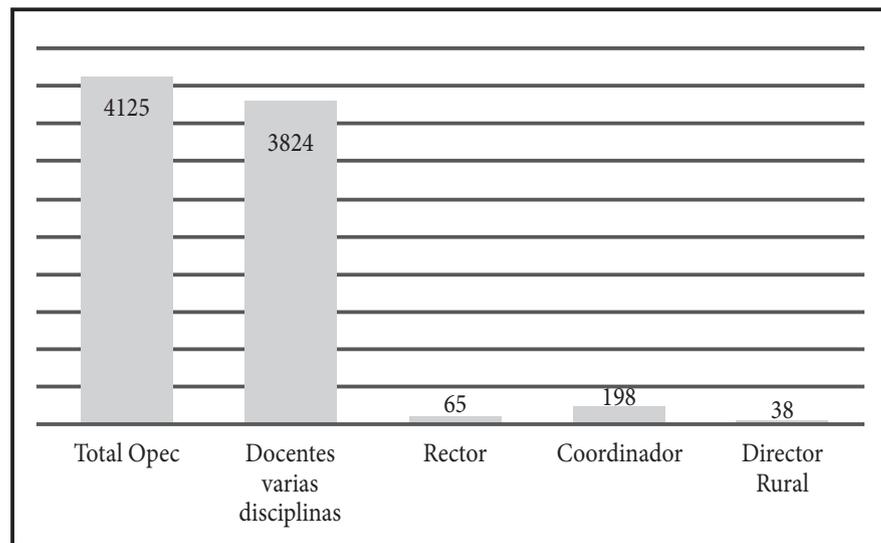
Por tal motivo, gracias a la puesta en funcionamiento la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente en Colombia, y de los procesos de selección de mérito abiertos y públicos que ésta ha llevado a cabo, se ha logrado reducir de forma ostensible los índices de provisionalidad en empleos públicos de carrera administrativa imperantes en el país.

Finalmente y en razón a la entrada en vigencia del posconflicto en Colombia como consecuencia de los Acuerdos de Paz logrados

con la guerrilla de las FARC, ocasionó que se implementaran, entre otros, políticas públicas de acciones afirmativas del mérito como pilar fundamental para el acceso de empleos públicos de carrera administrativa con un enfoque diferencial en los municipios en donde más se sufrieron las consecuencias de la violencia, el abandono y la miseria en el país, materializándose para este punto, con la expedición por parte de la CNSC del proceso de selección No. 828 a 979 y 982 a 986 de 2018 municipios priorizados por el posconflicto (Municipios de 5ª y 6ª categoría).

### EL PRINCIPIO DEL MÉRITO

El principio del mérito es considerado la base fundamental de acceso al empleo público, en especial, a los cargos de carrera administrativa



**Gráfica 1. Oferta Pública de Empleos de Carrera – Docentes y Directivos Docentes Afrocolombianos, Raizal y Palenquera–Procesos de Selección # 221 a 249 de 2012.**

**Fuente:** CNSC (2013).

en el país, cuya finalidad es la selección de los más idóneos y mejores, para de esta manera cumplir con uno de los fines de Estado, que es la prestación del servicio público en condiciones de eficacia y eficiencia. El mérito para otros tratadistas es considerado:

Por el principio del mérito se estiman o aprecian las virtudes o calidades de las personas que desean o aspiran llegar a las posiciones públicas de carrera, que han justificado sus habilidades, conocimientos, aptitudes, utilidad, quilates o valor personal, según la convocatoria del concurso (Obando, 2010, p. 303).

La Ley 909 de 2004 de Colombia, en su artículo 28, establece que el mérito es uno de los principios que orienta el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa y lo define como: “Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”.

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado el principio del mérito en diversas sentencias, como la C-034 de 2015 en la que señaló que el constituyente de 1991, le otorgó una relevancia superior al mérito como un criterio que define cómo se accede a la función pública y por tal motivo incorporó el concurso público como una forma de establecerlo, excepto en los cargos de elección popular, libre nombramiento

y remoción, trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley.

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, autoriza al legislador para que: i) determine los requisitos y condiciones determinantes de méritos y calidades de los aspirantes; ii) defina las causales de retiro –además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las consagradas en la Constitución– y prohíba tomar la posición política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional de Colombia, ha considerado al mérito como un fundamento contenido en la Carta Política del país para ingresar y ascender en la carrera pública, en Sentencias como la C-011 de 1996.

Finalmente, en Sentencias como la C-317 de 2017 y C-349 de 2004, la Corte Constitucional de Colombia, ha sostenido que:

[...] la carrera administrativa ‘se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público’, mérito que comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan ‘todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público’ y, ‘en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general.’

## EMPLEO PÚBLICO

El empleo público es definido por el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, como el núcleo básico de la estructura de la función pública y además establece: “Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

Más allá de una concepción restrictiva en la cual se prevea el empleo como un simple conjunto de funciones y responsabilidades, requisitos y remuneración, lo que le da sustento y legitimidad a su existencia es el imperativo superior de satisfacer los fines del Estado, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución y materializados a nivel nacional y territorial en los planes de desarrollo y planes estratégicos y operativos aprobados en cada entidad pública (Ballén, 2014, p. 18).

De otra parte, según su naturaleza y conforme al artículo 5 de la Ley 909 de 2004, los empleos públicos en Colombia por regla general son de carrera administrativa, es decir, por concurso público de méritos y como excepción a la regla general, de acuerdo con Ballén (2014, p. 27), tenemos los de:

- Elección popular.
- Periodo fijo.
- Trabajadores oficiales.
- Los de las comunidades indígenas, conforme con su legislación.

- Los de libre nombramiento y remoción.
- Empleos temporales.

## EXIGENCIA INTERNACIONAL PARA EL INGRESO AL EMPLEO PÚBLICO

La Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-034 de 2015, señaló que a nivel internacional se ha establecido la importancia de implementar en todos los países principios puntuales que sean aplicables a cualquier forma en el ingreso al empleo público, consagrados en diversos tratados que han sido ratificados por Colombia como lo son:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 21, numeral segundo determina: “toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21, en el numeral primero considera al derecho de acceso a empleos públicos como un derecho político: “c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en el artículo 25 al derecho de acceso a empleos públicos, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los siguientes términos: “ARTÍCULO 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: c)

Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

- La Observación General núm. 25, mediante la cual se interpreta la citada disposición convencional prevé que:

Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos [...] Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso [...] Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política.

- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 4° dispone lo siguiente:

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] j) el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

- La de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

contra la Mujer (CEDAW) en el artículo 7° manifiesta:

Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: [...] b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales.

- La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, mediante su artículo 7°, exige a los Estados Parte que sean consagrados sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos basándose en los principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud.

De conformidad con los diversos tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia, se evidencia que se debe garantizar el acceso al empleo público por mérito y en condiciones de igualdad y transparencia.

## **EL PRINCIPIO Y DERECHO DE IGUALDAD**

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación

por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica y establece que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

En efecto, uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho es el de la superación de la igualdad formal ante la ley, conocida también como igualitarismo o igualdad matemática, para dar paso a la igualdad material, es decir, aquella adaptada y que permite tratos jurídicos diferenciados, con el fin de:

[...] remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

El mandato de propender porque la igualdad sea real, material o efectiva y no meramente formal o aparente, previsto en los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Constitución Política Colombiana, se materializa en una regla de trato diferenciado o adaptado y de formulación de políticas públicas focalizadas, destinadas a corregir desigualdades de hecho de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad, así como respecto de los grupos tradicionalmente marginados o discriminados.

De esta manera, las políticas públicas, incluida la legislativa, cuando consultan el principio de igualdad en pro de lograr la igualdad material, realizan una actividad estatal que se califica como equitativa

La dimensión material del principio constitucional de igualdad se conoce también con el nombre de equidad y aboga por tomar en consideración las circunstancias particulares de los distintos sujetos a la hora de tomar decisiones estatales en el nivel de política pública, política legislativa, adjudicación judicial, entre otros espacios [...]

“La dimensión material del principio constitucional de igualdad se conoce también con el nombre de equidad y aboga por tomar en consideración las circunstancias particulares de los distintos sujetos a la hora de tomar decisiones estatales en el nivel de política pública, política legislativa, adjudicación judicial, entre otros espacios [...] (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

## ACCIONES AFIRMATIVAS

Las medidas de discriminación positiva “Si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo” (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

Las medidas de discriminación inversa o positiva se diferencian de las otras acciones afirmativas de igualdad:

1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Esto quiere decir que para que un trato que practique alguna forma de diferenciación, sea considerado como constitucional, es necesario que responda a criterios de razonabilidad, como una de las formas de excluir la arbitrariedad del Estado. La diferenciación, no es entonces en sí misma contraria al principio de igualdad, ya que, en realidad, puede resultar completamente ajustada al mismo y realizarlo de manera adecuada.

Es por esta razón que la jurisprudencia, tal como la Sentencia C-115 de 2017 de la Corte Constitucional de Colombia, ha entendido que una de las formas de alcanzar la igualdad material es a través de acciones afirmativas en beneficio de personas o grupos poblacionales que, en razón de las dificultades que afrontan para el ejercicio pleno de los derechos o para acceder a ciertos bienes, requieran prerrogativas particulares, estímulos, impulso, beneficios o, en general medidas especiales para superar dichas barreras. Las acciones afirmativas de igualdad son:

[...] políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades

de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, las becas y los subsidios para el acceso a ciertas prestaciones, como los servicios públicos. Una de las formas especiales de acción afirmativa es la discriminación positiva, es decir, aquel trato diferente que propende por materializar la igualdad real, a través de acciones afirmativas de igualdad que recurren a criterios tradicionalmente utilizados para profundizar o al menos perpetuar la desigualdad, tales como el origen racial, el sexo o las preferencias sexuales (discriminación negativa), como lo es el caso en el que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de una norma que tipificaba como falta disciplinaria del personal docente el “homosexualismo” (Corte Constitucional de Colombia, 1998).

Las acciones afirmativas positivas buscan romper esa situación de desigualdad o, al menos, estrechar la brecha de la desigualdad no formalmente jurídica, aunque presente en la sociedad. Por lo tanto, se trata de medidas transitorias cuyo desmonte resulta del análisis de su eficacia en la superación de la desigualdad que combate y por la Corte Constitucional (2000) colombiana ha señalado que “Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser”.

### **Procesos de selección llevados a cabo por la CNSC en donde primó el mérito como acción afirmativa para acceder al empleo público**

#### ***Directivos docentes y Docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera***

En 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil llevó a cabo los procesos de selección # 221 a 249 de 2012, por el cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales de entidades territoriales certificadas en educación como: Antioquia, Apartadó, Atlántico, Barranquilla, Bolívar, Buenaventura, Caldas, Cartagena, Cartago, Cauca, Cesar, Chocó, Córdoba, Jamundí, Magdalena, Nariño, Palmira, Pereira, Putumayo, Quibdó, Risaralda, Archipiélago de San Andrés-Providencia y Santa Catalina, San Andrés de Tumaco, Santa Cruz de Lorica, Santiago de Cali, Sucre, Tuluá, Valle del Cauca y Valledupar.

Para llevar a cabo el proceso de selección, la CNSC, de manera previa adelantó un proceso de consulta con representante de las comunidades afrocolombianas negras, raizales y palenqueras, miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras –CPN-, quienes delegaron en una Subcomisión, proceso que permitió llegar a acuerdos básicos para poder llevar a cabo estas convocatorias.

La estructura del proceso de selección de la convocatoria estuvo conformada de la siguiente forma:

- Divulgación de la Convocatoria.
- Inscripción, publicación del listado de inscritos y citación a prueba integral etnoeducativa.
- Aplicación de la prueba integral etnoeducativa (Competencias básicas y específicas y saberes etnoeducativos de los pueblos o comunidades afrocolombianas).
- Recepción de documentación y verificación de cumplimiento de requisitos mínimos para los empleos convocados.
- Prueba de valoración de antecedentes (análisis de hoja de vida que incluye componente etnoeducativo).
- Prueba de entrevista (competencias profesionales y proyecto etnoeducativo).
- Adopción de listas de elegibles.
- Audiencia pública de escogencia de plaza en establecimiento educativo en el que se desempeñará el docente o directivo docente seleccionado.
- Periodo de prueba: nombramiento y evaluación del desempeño laboral.

En este concurso se ofertaron 4125 vacantes etnoeducadores, distribuidas de la siguiente forma:

- Docentes que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera varias disciplinas: 3824
- Rector que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera: 65

- Coordinador que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera: 198.
- Director rural que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera: 38.

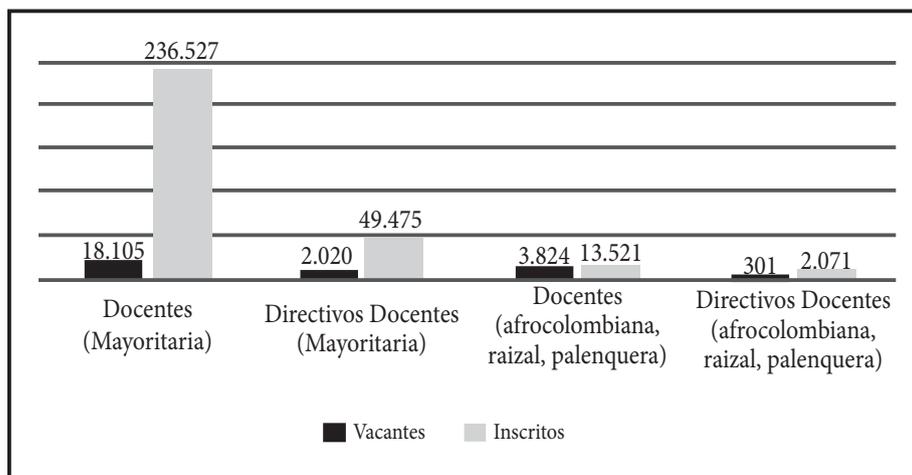
Este proceso de selección tenía particularidades porque mientras en los otros concursos docentes mayoritarios las pruebas escritas eran de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas, en esta ocasión se aplicó la prueba integral etnoeducativa que incluía saberes etnoeducativos de los pueblos o comunidades afrocolombianas. Adicionalmente, en la valoración de antecedentes, se daba un puntaje mayor si la educación formal era en áreas de la etnoeducación y también si la experiencia, era relacionada con el cargo docente o directivo docente en comunidades afrocolombianas negras, raizales y palenqueras.

En conclusión, se puede observar que en los concursos públicos y abiertos en Colombia,

se pudo implementar el mérito como acción afirmativa en su forma de discriminación positiva para acceder al empleo público en el proceso de selección para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera; y este grupo minoritario en Colombia tuvo la oportunidad de acceder a esta oferta pública de empleos con unas particularidades que propendían por materializar la igualdad real y material, para así reducir la brecha de la desigualdad por origen racial presente en la sociedad.

**Procesos de selección # 828 a 979 y 982 a 986 de 2018 municipios priorizados por el posconflicto (Municipios de 5ª y 6ª categoría)**

El Gobierno Colombiano, como medida de implementación para el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción



**Gráfica 2. Vacantes e inscritos – Convocatoria 136 a 249 de 2012, 253 y 254 de Directivos docentes y docentes que atienden población mayoritaria y afrocolombianos, raizal y palenquera.**

Fuente: CNSC (2013).

de una paz estable y duradera, y una Reforma Rural Integral (RRI), expidió el Decreto 893 de 2017, en donde se determinaron 16 Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) en 170 municipios priorizados y que se encuentran enunciados en el decreto referenciado.

Así mismo, se expidió el Decreto 894 de 2017, en donde se señala que para dotar a esos 170 municipios priorizados con el personal con mayores competencias y que ingrese por méritos, la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá diseñar el proceso de selección y evaluación del desempeño laboral de los servidores públicos vinculados o que se vinculen.

El Decreto 1038 de 2018 establece las reglas del proceso de selección y que el operador del proceso será la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), quien asumirá la totalidad del costo que implica este proceso. Dentro de los requisitos especiales señala:

- Haber nacido, en alguno de los 170 municipios priorizados que se encuentran relacionados en el Decreto 893 de 2017.
- Acreditar, a través de certificado de ve-cindad, de estudio o laboral otorgado por autoridad competente, haber tenido la calidad de residente, estudiante o trabajador al menos dos (2) años continuos o discontinuos en cualquiera de los 170 municipios priorizados por el Gobierno nacional, los cuales se encuentran relacionados en el Decreto 893 de 2017.

- Estar inscrito en el Registro Único de Población Desplazada.
- Estar inscrito en el Registro Único de Víctimas.
- Estar inscrito en el Sistema de Información de la Reintegración.

De conformidad con lo expuesto, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió los Acuerdos de Convocatoria, en donde se establecen las reglas del concurso para los municipios priorizados por el posconflicto y en los cuales se busca proveer definitivamente 4.611 vacantes distribuidas por nivel de la siguiente manera: Profesional: 1.153, Técnico: 1.507 y Asistencial: 1.951.

Este proceso de selección responde al mérito como acción afirmativa para acceder al empleo público en Colombia producto del posconflicto con un enfoque diferencial, es decir con las particularidades sociales, económicas, educativas y culturales de esos municipios priorizados que resultaron más afectados por el conflicto armado, la miseria y el abandono en el país.

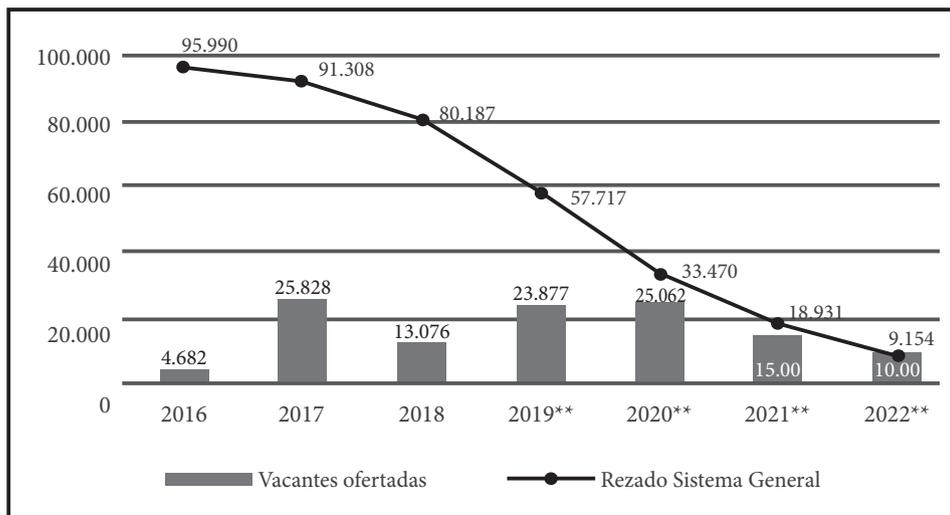
Estos municipios priorizados, subyacen de la premisa según la cual solo a través de un profundo cambio de las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de estos territorios será posible sentar las bases para la construcción de una paz estable y duradera, para superar las condiciones que prolongaron el conflicto armado y garantizar su no repetición.

El proceso de selección tendrá adicionalmente requisitos especiales, que no tienen los otros procesos de selección públicos y abiertos que lleva a cabo la CNSC, pues se exige haber nacido en alguno de los 170 municipios priorizados o ser trabajador, residente o estudiante al menos durante dos años continuos o discontinuos en tales municipios, o estar inscrito en el Registro Único de Población Desplazada o de Víctimas o de Reintegración. Tampoco los participantes deberán pagar derechos de participación y los municipios no tendrán que cofinanciar el concurso, puesto que la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) asumirá la totalidad de los costos del proceso de selección.

Conforme con lo expuesto, con esta acción afirmativa del mérito de acceso a los empleos públicos, se busca entonces que los municipios priorizados que vivieron el horror del conflicto armado, y que precisamente por este entorno

de violencia, resultaron de contera, en una situación de miseria y de abandono del Estado colombiano, puedan resurgir, ser prósperos, organizados, y mantener una paz estable y duradera para, de esta forma, reducir las brechas y la desigualdad social y económica con otros territorios del país.

En conclusión, el mérito como acción afirmativa debe ser el criterio preponderante de cómo acceder y permanecer en los empleos públicos y su forma típica de establecerlo, es a través de los procesos de selección llevados a cabo por un órgano autónomo e independiente, que brinde garantías, transparencia e imparcialidad a dicho proceso, en donde se pueda contar con los ciudadanos más competentes y comprometidos en la prestación del servicio público y, de manera consecuente, poder terminar con el fenómeno de la provisionalidad que es precisamente la antítesis al principio del mérito.



Gráfica 3. Estabilización de Oferta de Vacantes de Carrera en Colombia. Ilustración Rezago 2019-2022

Fuente: CNSC (2019)

Esta situación generaría una transformación positiva en las instituciones públicas y en últimas en todo el aparato estatal. Sin embargo, todos los países cuentan con situaciones particulares y propias en donde existen grupos étnicos minoritarios, conflictos internos, territorios abandonados o en miseria, o de otros con identidad cultural, educativa, económica y social diferentes que generan condiciones de desigualdad en el acceso al empleo público, en donde la única forma de superar esas brechas es precisamente a través de la implementación de políticas públicas con acciones afirmativas de carácter transitorio o permanente, que permitan realmente la consecución de una igualdad material y efectiva de sus coasociados.

## REFERENCIAS

- Ballén, F. (2014). *Empleo público y carrera administrativa en Colombia*. ESAP.
- Comisión Nacional del Servicio Civil. (2019, 10 de junio). <https://www.cnsc.gov.co/index.php/136-a-249-de-2012-docentes-y-directivos-docentes#2-221-a-249>
- Comisión Nacional del Servicio Civil. (2019, 11 de junio). <https://www.cnsc.gov.co/index.php/828-a-979-y-982-a-986-de-2018-municipios-priorizados-para-el-post-conflicto>
- Comisión Nacional del Servicio Civil. <https://www.cnsc.gov.co/index.php/planeacion/category/41-informes-de-gestion>.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-410 del 15 de septiembre de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-011 del 18 de enero de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-481 del 9 de septiembre de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-372 del 26 de mayo de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-371 del 29 de marzo de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-964 del 21 de octubre de 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-349 del 20 de abril de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-349 del 20 de abril de 2004.
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia C-034 del 28 de enero de 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-115 del 22 de febrero de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-317 del 12 de mayo de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-890 del 20 de noviembre de 2014.

Congreso de la República. (2004). *Ley 909 de 2004: Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0909\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html) [2019, 17 de junio].

Obando, J. M. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*. (3ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.

Presidencia de la República de Colombia. (2017). *Decreto 893 de 2017: Por el cual se crean los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial-PDET*. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20893%20DEL%2028%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (2017).

*Decreto 894 de 2017: Por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20894%20DEL%2028%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (2017).

*Decreto 1038 de 2018: Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con los requisitos de ingreso, selección, capacitación y estímulos para los empleos de los municipios priorizados en el Decreto Ley 893 de 2017*. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201038%20DEL%2021%20DE%20JUNIO%20DE%202018.pdf>



# El mérito como elemento de transformación de las instituciones

## *Merit as an element of transformation of institutions*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6899>

### Resumen

La administración pública moderna procura el fortalecimiento de sus instituciones, partiendo para ello de la implementación de nuevas políticas públicas que permitan atender las necesidades de la ciudadanía y garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Así las cosas, las instituciones deben plantear políticas basadas en la implementación del mérito ya sea desde el punto de vista estructural o como acción afirmativa en beneficio de la comunidad y, provocando la transformación de sus instituciones y un replanteamiento de la función administrativa, lo que se traduce a su vez, en la necesidad de construir capacidad institucional para el desarrollo, en implementar mecanismos de transparencia y generar condiciones favorables para atender los problemas colectivos que se presentan en una población dinámica.

**Palabras clave:** Administración pública; Políticas públicas de empleo público; Transformación institucional; Procesos meritocráticos.

### Abstract

The modern public administration seeks to strengthen its institutions, based on the implementation of new public policies that meet the needs of citizens and ensure compliance with the essential purposes of the State. Thus, the institutions must concentrate their efforts on achieving the programmed goals, proposing policies based on the implementation of merit as affirmative action for the benefit of the community and, causing a rethinking of the administrative function, which in turn translates, in the need to build institutional capacity for development, to implement transparency mechanisms and generate favorable conditions to address the collective problems that arise in a dynamic population.

**Keywords:** Public administration; Public policies of public employment; Institutional transformation; Meritocratic processes.

### Sixta Zuñiga Lindao

Abogada. Especialista en Derecho Administrativo y Gerencia Pública. Magíster en Derecho Administrativo. Comisión Nacional del Servicio Civil de Colombia.  
Contacto: [Sixta.1980@hotmail.com](mailto:Sixta.1980@hotmail.com)

### Como citar:

Zuñiga Lindao S. (2020). El mérito como elemento de transformación de las instituciones. *Advocatus*, 18(35), 81-99. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6899>



### Open Access

### Recibido:

19 de junio de 2020

### Aceptado:

08 de septiembre de 2020

## INTRODUCCIÓN

Este artículo se propone analizar la importancia de diseñar estrategias que permitan la transformación de las instituciones, redefiniendo prioridades en búsqueda de mayor legitimidad, eficiencia en la resolución de las demandas sociales y transformación de la sociedad, donde el mérito como principio sobre el cual reposa el cumplimiento de la función administrativa del Estado cobra relevancia estratégica al fundarse como elemento de transformación y el principal reto de las instituciones que requieren cambios profundos, implementando procesos de selección basados en competencias y promoción laboral realizada bajo sistemas meritocráticos.

La transformación de las instituciones basadas en el mérito es la base del cambio social, sin ella, de nada servirá contar con buenos planes y diseños, pues estos no podrán ser implementados, y el Estado no conseguirá proveer los bienes y servicios públicos a los ciudadanos. Es en este escenario en el cual cumple un papel relevante los procesos meritocráticos y el mérito en sí, generando una relación directa entre definición de las políticas públicas fundadas en el mérito, la transformación de las instituciones y la transformación social. El mérito trasciende del ámbito laboral y se encamina al aseguramiento y efectividad de los derechos fundamentales y los principios que fundan la administración, para lograr una sociedad más equitativa y justa; esta es la mejor estrategia para alcanzar resultados, ya sea en el marco de una política pública estructural o una política transitoria como es el caso de las acciones afirmativas en

beneficio de un sector de la sociedad o de un grupo poblacional determinado, cerrando los espacios a la corrupción, ofreciendo garantías de seguridad jurídica y de integridad pública.

Es claro que para transformar las cosas es necesario cambiar mentalidades, para lograr la metamorfosis de la sociedad, se requiere de tiempo, de políticas pensadas desde la problemática social, basadas en el mérito y viabilizadas por instituciones sólidas con recursos humanos competentes que puedan ejecutar las políticas planteadas.

La aspiración de todo Estado es el bienestar general, para lo que requiere de una acción coordinada y permanente entre sus distintos organismos, y el diseño e implementación de políticas públicas que sirvan como hoja de ruta para el logro de los objetivos que se propone, teniendo en cuenta la complejidad de la sociedad, las necesidades de la ciudadanía y los niveles de desarrollo que se desean alcanzar.

Las políticas públicas permiten agrupar los planes, programas y proyectos que llevará cabo un gobierno en un determinado periodo de tiempo, como mecanismos de operación e implementación, siendo la estrategia más acertada para que su diseño atienda las necesidades reales de la población. Así mismo, es importante que los gobiernos fortalezcan las instituciones o transformen aquellas que sean necesarias, otorgando las competencias suficientes para lograr el cumplimiento de los planes diseñados para cubrir las necesidades de la comunidad.

Las instituciones deben concentrar sus esfuerzos en alcanzar las metas programadas, planteando políticas basadas en la implementación del mérito, provocando un replanteamiento de la función administrativa, lo que se traduce en mejorar las estrategias para la profesionalización del servicio y para mejorar la capacidad institucional.

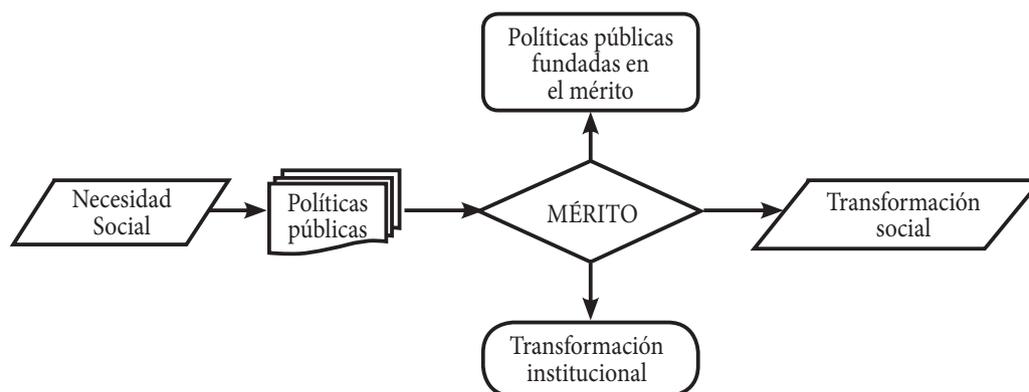
Es importante entonces, contar en la administración pública con instituciones sólidas que tengan competencias y atribuciones previamente delimitadas, así como también, con servidores capaces de asumir la definición, diseño, formulación e implementación de las políticas públicas en cualquiera de los niveles.

Para lograr la transformación de las instituciones, es necesario que el gobierno formule desde sus políticas las bases del cambio, que se redefinan prioridades en búsqueda de mayor legitimidad y eficiencia en la resolución de las demandas sociales. Sin dicha transformación, de nada servirá contar con buenos planes y diseños, pues estos no podrán ser implementados, y el Estado no conseguirá proveer los bienes y

servicios públicos a los ciudadanos. Es en este escenario, en el que cumplen un papel relevante los procesos meritocráticos y el mérito como principio sobre el cual reposa la finalidad de la función administrativa del Estado.

El mérito trasciende de lo laboral y se encamina al aseguramiento y efectividad de los derechos fundamentales y los principios que fundan la administración, para ello deben existir políticas públicas basadas en dicho principio o, tal como se señaló previamente, se funden en su desarrollo o implementación.

No podríamos mirar de manera aislada o independiente la formulación de la política, de su implementación, ni tampoco podríamos establecer como vagones sueltos a las instituciones que se encargan de ejecutarlas, pues todo ello hace parte del aparato administrativo de cuyo funcionamiento depende el logro de los objetivos propuestos. Es claro, entonces, que existe una relación directa entre la definición de las políticas públicas fundadas en el mérito, la transformación de las instituciones y la transformación social.



**Figura 1. Rol del Mérito en el proceso de transformación social**

Fuente: elaboración propia.

El mérito es la mejor estrategia de éxito para lograr los resultados esperados, cerrando los espacios a la corrupción en todos los sectores en que se formule la política; es un freno a la arbitrariedad y ofrece garantías de seguridad jurídica y de integridad pública a los coasociados (disminución de los índices de corrupción y aumento proporcional de los índices de integridad pública). Entendiendo por integridad pública: “El posicionamiento consistente y la adhesión a los valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados”<sup>1</sup>.

Sobre el particular, el Comité de Gobernanza Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE, al emitir el documento sobre “Integridad Pública, una estrategia contra la corrupción” (2018) señala que la corrupción perpetúa la desigualdad y la pobreza, afecta el bienestar y la distribución en el ingreso, y socava las oportunidades para participar equitativamente en la vida social, económica y política. La corrupción, hoy en día, es una de las mayores preocupaciones de la ciudadanía por encima de la globalización y la migración (OCDE, 2018, p. 2)<sup>2</sup>.

Señala la mencionada organización que es necesario diseñar una estrategia para la integridad pública, definiendo políticas que utilicen

enfoques conductuales y de gestión del riesgo y que involucren a toda la sociedad, dando prioridad a los intereses generales por encima de los intereses privados.

Así, al desarrollar los riesgos y oportunidades, se hace referencia a la contratación estatal que, a la fecha, sigue siendo burocrática e ineficiente; a la infraestructura pública, los cuales son normalmente vulnerables a la corrupción y la captura de políticas públicas por interés particulares, ubicándolas en el centro de relación entre el gobierno y los ciudadanos, y que determinan la calidad de vida de los mismos; en tal sentido, recomienda la OCDE que las políticas establezcan mecanismos que privilegien el interés público, para garantizar la transparencia, promover la rendición de cuentas y mejorar las políticas de integridad organizacional.

La estrategia se desarrolla en tres frentes:

1. Un sistema de integridad coherente y completo: compromiso, responsabilidades, estrategias y normas.
2. Una cultura de integridad pública: sociedad, liderazgo, meritocracia, formación y apertura.
3. Rendición de cuentas eficaz: gestión de riesgos, sanción, supervisión y participación.

Las estrategias definidas conllevan en sí mismo, diferentes elementos que deben ser atendidos de manera integral, pues en ella se habla de mérito, buscando cualificar los profesionales

1 <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

2 Nivel de preocupación: Corrupción: 69% – Globalización: 62% Erosión de valores sociales: 56% Inmigración: 55% y Ritmo de innovación: 51%. ocde (2018, p. 2).

o personal que prestan el servicio en la administración pública, los que deben contar con gran compromiso y valores de integridad en la prestación del servicio. Se promueve un sector público profesional basado en la meritocracia, consagrado a los valores y a la buena gobernanza del servicio público, en concreto se logra:

- a. Garantizando la gestión de los recursos humanos donde se apliquen sistemáticamente principios básicos, como el mérito y la transparencia, que contribuyan a promover el profesionalismo del servicio público, evitar el favoritismo y el nepotismo, que proteja contra las injerencias políticas improcedentes y que atenúe los riesgos del abuso de poder y las conductas indebidas;
- b. Garantizando un sistema de contratación, selección y promoción justo y abierto, basado en criterios objetivos y en un procedimiento formalizado, y un sistema de evaluación que fomente la responsabilidad y la ética del servicio público.

Seguidamente, la estrategia establece la necesidad de líderes íntegros, la sanción para los corruptos, la creación de reglas y valores que reflejen la política y, por supuesto, señala la importancia de contar con mecanismos de transparencia y participación como la rendición de cuentas.

Así las cosas, las recomendaciones realizadas por la OCDE y las estrategias definidas en el documento citado, guardan total concordancia con el planteamiento abordado inicialmente,

pues a partir de la formulación de las políticas públicas basadas en el mérito, la profesionalización del servicio público que procura el desarrollo adicional de destrezas y habilidades y el respeto por los principios de buen gobierno, se podrá lograr la transformación social, de las instituciones y el logro de los fines esenciales del Estado.

### **ACCIONES AFIRMATIVAS EN MARCADAS EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE MÉRITO**

Por otra parte, en el marco de las políticas públicas que se formulan para atender las demandas sociales, se pueden establecer acciones afirmativas que permitan minimizar las brechas entre desiguales; estas políticas normalmente de carácter transitorio permiten el uso y goce de beneficios o garantías específicas que concede el Estado a grupos poblacionales con condiciones especiales o diferentes.

A la luz de lo desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia (2000),

Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. [...] La discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, [...] lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas

personas tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras.

Es importante tener en cuenta que las acciones afirmativas que se diseñan de manera transitoria deben además de atender las necesidades sociales, ajustarse a las normas de carácter general, como para el caso de Colombia lo es la Constitución Política, y defender criterios de objetividad y meritocracia. En tal sentido, considera la Corte Constitucional que las medidas afirmativas se ajustan a la Constitución si se logra demostrar que:

(i) tiene vocación transitoria porque con ella no se pretende perpetuar desigualdades; (ii) son medidas para corregir tratos discriminatorios, por lo que consagran tratos desiguales pero con justificación constitucional que intenta terminar con situaciones históricas, culturales o sociales de trato discriminatorio; (iii) son medidas de grupo que deben ser expresamente autorizadas por la ley o por actos administrativos, dependiendo de la situación concreta; (iv) se presentan en situaciones de escasez de bienes o servicio; (v) son diseñadas para favorecer un grupo determinado de personas, por lo que no resultan válidas medidas *in generi* o abiertas con gran margen de discrecionalidad del aplicador jurídico, en tanto que, en aras de proteger un grupo de personas, permitiría establecer tratos arbitrarios o caprichoso (2007).

Si bien es cierto que diseñar acciones afirmativas en el marco de una política pública, es completamente viable política y técnicamente, estas deben guardar total respeto y coinciden-

cia con el principio del mérito, pues solo los procesos meritocráticos logran demostrar las competencias de aquellos que se enmarcan en la acción afirmativa. Clara evidencia de los presupuestos planteados, la encontramos en la política colombiana que ha establecido diferentes acciones afirmativas en beneficio de algunos grupos poblacionales, como es el caso de los beneficios dispuestos para la participación de la mujer en los niveles decisorios del poder público mediante la Ley 581 de 2000, expedida de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional.

Es posible que, al pensar en este tipo de medidas, se considere que no existen parámetros justos o equitativos para su aplicación, pues un porcentaje de mujeres, por el hecho de ser mujer, podrá ocupar un cargo público. No obstante, en este aspecto hay que hacer claridad en que, a pesar de existir la acción afirmativa en favor de la mujer, debe cumplir con los requisitos establecidos en el manual de funciones y además contar con las competencias funcionales y comportamentales exigidas por la Ley y el mencionado manual, lo que se constituyen en criterios meritocráticos dispuestos para lograr una selección objetiva.

Así mismo, encontramos los actuales concursos públicos de mérito para población afectada por el conflicto armado en Colombia, como resultado de los acuerdos firmados entre el gobierno nacional y el grupo revolucionario FARC, en el marco del proceso de paz que vivió este país. Dichos concursos son adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil,

previa regulación emitida por el gobierno nacional mediante Decreto Ley 893 de 2017, Decreto Ley 894 de 2017 y el Decreto 1038 del 21 de junio de 2018 para el sistema general de carrera administrativa y, para los concursos que se adelantan por única vez en el sistema especial de carrera docente, encuentran asidero jurídico en las disposiciones contenidas en el Decreto 882 de 2017, Decreto reglamentario 1578 de 2017 y la Resolución del Ministerio de Educación Nacional No. 4972 de 2018.

Los concursos especiales, a pesar de contar con el carácter público y general de todo concurso, fueron diseñados bajo elementos diferenciales para valorar las hojas de vida de los ciudadanos que aspiran ocupar un cargo público en las zonas consideradas como municipios priorizados para adelantar los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (Municipios PDET), considerando adicionalmente formas diferenciales para evaluar los requisitos de los aspirantes, facilitando la intervención de la población vulnerable.

Encontramos entonces dos casos de acciones afirmativas, una de carácter permanente en favor de la mujer y otra de carácter transitorio en favor de los grupos poblacionales afectados por el conflicto armado.

En este contexto, sería más sencillo, y por supuesto enmarcado en el principio de igualdad, que los procesos de selección estructurados para acceder a un empleo público, por su característica de generalidad, no establecieran elementos diferenciales según la población a la

cual va dirigida; pero, teniendo en cuenta los elementos analizados, las políticas responden a una necesidad social y su diseño, formulación, ejecución y evaluación dependen del cubrimiento de las demandas sociales. Queda entonces la discusión en el campo meramente técnico, pues es en este dónde se podrán formular los criterios meritocráticos que permitan determinar dentro de la población beneficiada quienes cuentan con las competencias, habilidades y/o destrezas necesarias para ocupar el empleo.

En este acápite es importante insistir en la importancia del mérito en el diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas, logrando, por sí, transformar las instituciones. El mérito como principio es la base de los procesos de selección basados en competencias, de los mecanismos de promoción laboral, capacitación, formación y evaluación de los servidores a cargo de la prestación del servicio y ejecución de la política pública, independiente de su carácter transitorio o estructural o de las acciones afirmativas que genere el gobierno a favor de un grupo poblacional.

#### **PAPEL DEL MÉRITO EN LA TRANSFORMACIÓN DE LAS INSTITUCIONES COLOMBIANAS**

Actualmente, Colombia apuesta por lograr instituciones modernas y capaces de promover el desarrollo económico y social del país, respetando al tiempo la condición de los funcionarios públicos por ello, se aprobó recientemente en el Congreso de la República un aparte específico sobre el tema en el nuevo Plan Nacional de

Desarrollo denominado “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”. Este es un documento de política pública que traza la ruta a seguir por el país, intentado transformar los déficits actuales en materia de gestión pública para poder acelerar el crecimiento económico y la equidad de oportunidades, estableciendo estrategias que no solo vinculan al gobierno nacional sino al conjunto de la administración pública y a todas las organizaciones y miembros de la sociedad en general, buscando lograr un pacto por el país que queremos.

Este es el fundamento del porqué las bases del Plan Nacional de Desarrollo establecieron la necesidad de realizar tanto pactos estructurales como de naturaleza transversal que viabilicen este propósito. Igualmente, diseñaron pactos por la productividad y equidad en las regiones, resaltando los aspectos fundamentales para el desarrollo de cada una de estas y propone procedimientos para abordar los obstáculos del mismo.

Ahora bien, con relación a los primeros pactos referidos, encontramos: el Pacto por la legalidad: seguridad efectiva y justicia transparente para que todos vivamos con libertad y en democracia, el Pacto por el emprendimiento, la formalización y la productividad y el Pacto por la equidad: política social moderna centrada en la familia, eficiente, de calidad y conectada a mercados.

Por su parte, en lo relacionado con los pactos transversales el diseño incluye entre otros; el Pacto de sostenibilidad, el Pacto por la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Pacto

por la transformación digital de Colombia, calidad y eficiencia en los servicios públicos, Pacto por la inclusión de todas las personas con discapacidad y el pacto por una gestión pública efectiva.

Para efecto del tema que nos ocupa, centraremos la mirada en el pacto número xv, denominado Pacto por una gestión pública efectiva, el cual parte de un diagnóstico en el que se reconocen las problemáticas del sector público en Colombia, tales como:

- Rigidez en los arreglos institucionales para una adecuada gestión.
- Desarticulación de esfuerzos y traslape de funciones en la administración, generando ineficiencia.
- Falta de innovación.
- Pobre desempeño de los sectores y de las instituciones, en términos de eficiencia y eficacia. La ejecución de las políticas públicas y la gestión de la información trascienden la lógica sectorial y desborda la capacidad de seguimiento, control y análisis para la toma de decisiones.
- Falta de sistemas de información eficientes.
- Retos en materia de gobernanza pública multinivel.
- Baja profesionalización del empleo público: actualmente persisten deficiencias en el desempeño de los servidores públicos que se traducen en el bajo cumplimiento de los objetivos institucionales. Estas deficiencias se explican en gran medida por la falta de formación profesional y de conocimiento de lo público.

- Importantes asimetrías entre la formación y el desempeño de los servidores del nivel nacional frente al nivel territorial.
- Deficiencias técnicas y conceptuales en la evaluación y el diseño de los puestos de trabajo y de perfiles por competencias, y la definición de competencias laborales.

El diagnóstico elaborado como base y sustento de los cambios propuestos, integra al debate los resultados obtenidos por el país conforme al Índice de Desarrollo del Servicio Civil (IDSC), según el cual Colombia se encuentra en un nivel medio con 52 puntos sobre 100 posibles (2013) lo que representa a juicio del gobierno, una mejora de seis puntos con respecto al año 2004, aunque aún por debajo de otros países como Chile, Brasil y Costa Rica. Debe añadirse que este índice evalúa la planificación del talento humano, la organización del trabajo, la remuneración, la evaluación y el desarrollo humano, entre otros. Lo que permite identificar problemas adicionales frente al empleo público relacionados con la formación, capacitación, los estímulos y la evaluación del desempeño laboral de los servidores públicos.

No obstante, el documento carece de análisis adicionales con relación a otros indicadores que permitan soportar las metas y objetivos propuestos a gran escala, lo que fue reconocido por el Centro de Investigaciones para el Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia, en el documento de análisis crítico sobre el Plan, denominado “¿Seguiremos padeciendo el síndrome de la bicicleta estática? Análisis crítico del “Pacto por una gestión pública efectiva”, escrito por John Mauro Perdomo Munévar. Este

documento plantea que la política pública se limita a describir los síntomas de un problema, diseñando unas políticas repetitivas, basadas en argumentos suaves, que carecen de fuerza para generar cohesión social y establecidas gobierno tras gobierno en el país. El autor denomina esta problemática como el ‘Síndrome de la bicicleta estática’ (Perdomo, 2019, p. 2)<sup>3</sup>.

Así las cosas, el pacto anteriormente reseñado incluye dos pilares:

1. Transformación de la administración pública.
2. Gasto público efectivo.

Esto en búsqueda de mejorar la eficiencia del Estado y de la gestión pública que permita el logro de resultados estratégicos en la calidad de vida de los ciudadanos y en el desarrollo económico del país en el mediano y largo plazo.

Frente al particular, el Gobierno Nacional insiste en la necesidad de transformar las instituciones y a la administración pública en general, pues tal como se referencia en el documento del Plan.

Sin dicha transformación, de nada servirá contar con buenos planes y diseños, pues estos no podrán ser implementados, y el Estado

<sup>3</sup> El autor entiende por ese síndrome “el agobio por la sucesión interminable de reuniones que no conduce a soluciones sino a nuevas reuniones, la presión constante por resolver lo urgente aplazando lo importante y la impresión que el margen de maniobra de cualquier nueva iniciativa es mínimo, dado el cúmulo de restricciones normativas, institucionales y presupuestales vigentes. Frustración viva al percatarse que lo que se logra no se compecede con todo el esfuerzo individual y colectivo realizado” (Perdomo, 2019, p. 2).

no conseguirá proveer los bienes y servicios públicos que los colombianos necesitan. Para ello se requiere una transformación de la administración pública que permita superar las barreras institucionales que existen actualmente, las cuales impiden mejorar la productividad del sector público. Esto implica lograr una institucionalidad pública efectiva y mejorar el desempeño de los sectores e instituciones en términos de eficiencia y eficacia, al eliminar las duplicidades y la colisión de funciones y competencias, favorecer la coordinación y reformular el rol del Estado como agente regulador. Además, se debe optimizar la productividad del servidor público, consolidando la profesionalización del empleo, la formación en asuntos públicos y el sentido de pertenencia y orgullo hacia lo público (Departamento Nacional de Planeación –DNP, 2019, p. 883).

Las reformas que se plantean desean impactar el tamaño y la eficiencia del Estado, lo que incluye aspectos, tales como: la calidad en la prestación de los servicios; empleo público y ajustes normativos; recursos y desarrollo de competencias que permitan enfocar los resultados de las entidades públicas y hacer de la administración pública el mejor lugar para trabajar.

En la perspectiva de conseguir estos objetivos el Pacto propone una hoja de ruta que incluye cuatro elementos:

1. Cualificar la arquitectura institucional.
2. Mejoramiento en el desempeño de los sectores e instituciones en términos de eficiencia y eficacia.

3. Elevar la profesionalización del Estado.
4. Ampliar el acceso a educación y formación en asuntos públicos.

Nótese que todos los elementos referidos en esta hoja de ruta guardan relación directa o indirecta con la aplicación de sistemas de meritocracia, pues solo a través de la consolidación de estos sistemas podrá conseguirse la sinergia necesaria para transformar nuestras instituciones, redefiniendo las misiones, roles y competencias que permitan el funcionamiento eficiente del Estado, buscando mayor productividad en la gestión, fortalecimiento el ingreso al empleo público y promoviendo políticas de desarrollo y evaluación del servicio público, tal como se expone en este compendio de objetivos que incluye el Pacto y que puede caracterizarse como una nueva política pública nacional.

Esta nueva política pública señala como estrategia fundamental en el fortalecimiento de la gestión pública, y la transformación de la administración, el cambio de la arquitectura institucional para lograr de esta manera mayores sinergias y eficiencias en lo atinente a la concurrencia y complementariedad. Se busca mayor innovación, trabajo articulado con las entidades involucradas en el respectivo sector, con implementación de mejores prácticas y la eliminación de trámites innecesarios.

La segunda estrategia es la Coordinación intra e intersectorial, la cual persigue articular de manera permanente la gestión institucional entre el Departamento Administrativo de Función Pública –DAFP, la Comisión Nacional del

Servicio Civil –CNSC y la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP, órganos de dirección y gestión del empleo y la gerencia pública en Colombia, conforme a lo previsto en la Ley 909 de 2004<sup>4</sup>, atendiendo su misionalidad y respetando, en el caso de la CNSC, la autonomía que le reconoció la Constitución de 1991 en su artículo 113 como “Ente Constitucional Autónomo” frente a las ramas del poder público.

Plantea igualmente el plan, una tercera estrategia ligada directamente al servicio público, que es el desarrollo integral de los servidores públicos, en la cual, como punto a resaltar, el DAFP y la CNSC deberán diseñar e implementar herramientas que garanticen la movilidad y el ascenso dentro del empleo público, mediante concursos, el desarrollo de competencias o de reconocimiento por buen desempeño. Aspecto que ya se trabaja a pasos agigantados por ambas entidades y sobre lo cual hare referencia más adelante.

Finalmente, la cuarta estrategia denominada: “*Mas gerentes públicos*”, propone un aumento de los gerentes comprometidos, éticos y con liderazgo, especialmente en el nivel territorial. Este objetivo aparece asociado con la eliminación progresiva de las barreras socioeconómicas en el acceso a la educación en la ESAP y con garantías al acceso y la participación efectiva en los programas de formación y capacitación ofrecidas por la ESAP a los diferentes sectores sociales en los asuntos públicos, según las cate-

gorías y grupos poblacionales, y a aquellos que se definan como prioritarios, a través de la implementación de una metodología de medición diferenciada de resultados de los procesos de capacitación. En asuntos como este, podemos observar la aplicación de acciones afirmativas en la implementación de una política pública ya sea coyuntural o estructural en el país.

De conformidad con las estrategias previstas por el plan, el gobierno nacional establece que las metas del Pacto por una gestión pública efectiva encuentran asidero en el objetivo para el desarrollo sostenible número 16, el cual hace referencia a la consolidación de la Paz y la Justicia con instituciones sólidas.

Ahora, solo a título de referencia, abordaremos el segundo pilar del Pacto por la gestión pública efectiva, que es el gasto publico efectivo, el cual incluye cinco acciones:

- Asignación estratégica y con responsabilidad del gasto público bajo un enfoque de presupuesto orientado a resultados.
- Evaluación del gasto público de inversión.
- Gobernanza multinivel del presupuesto para implementación de paquetes integrados de políticas públicas.
- Simplificación y optimización de la contratación pública.
- Optimización de la administración del patrimonio del Estado y la gestión de activos.

Así mismo, establece objetivos y estrategias que se ilustran en el siguiente cuadro:

4 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” en Colombia.

**Tabla 1.**  
Pacto por la Gestión Pública Efectiva: Objetivos y Estrategias

Objetivo	Estrategia	ODS	Asociado
Fortalecer los instrumentos para la asignación estratégica y responsabilidad del gasto público.	Orientar el presupuesto público a resultados.	Objetivo justicia sólidas.	No.e 16: Paz, Instituciones
Simplificar y optimizar la contratación pública.	Un sistema de contratación a la medida y sostenible social y Ambientalmente.	Objetivo justicia sólidas.	No. e 16: Paz, Instituciones
Optimizar la administración del patrimonio del Estado y la gestión de activos.	El Estado como generador de valor.	Objetivo justicia Sólidas.	No. e 16: Paz, Instituciones

Fuente: elaboración propia con base en la Ley 1955 de 2019 –.

En el análisis del mismo, se recalca como uno de los problemas de interés debe ser la inadecuada efectividad del gasto público, lo que tiene efectos negativos para contrarrestar la corrupción, uno de los grandes problemas del país. Esta afectación se materializa en los términos del Plan, en la ineficiencia en el uso de los recursos públicos por lo que se requiere del fortalecimiento de todos los mecanismos que posibiliten la transparencia de la administración y en la ejecución de los recursos públicos.

Como criterio general el plan incluye la necesidad de:

[...] desarrollar la capacidad institucional para el gerenciamiento de lo público, junto con procesos de desconcentración que otorguen espacios para la toma directa de eficacia, además de procesos de transparencia fiscal que permitan el control desde todos los niveles, esto es: monitoreo amplio del mismo Gobierno, control de órganos competentes y de la ciudadanía en general (DNP, 2019, p. 898).

El presupuesto aprobado para hacer realidad el Pacto, se encuentra detallado tanto en el Plan Nacional de Desarrollo como en el Plan Plurianual de Inversiones, en los que se evidencia que se ha estipulado una asignación de \$ 8.296, de los cuales \$2.320 pertenecen al rubro de la transformación pública y \$5.976 al gasto público efectivo (cifras establecidas en miles de millones de pesos).

De igual manera, el Plan Plurianual establece los programas generales por cada pacto propuesto (DNP, 2019, p. 6), encontrando que el Pacto por una gestión pública efectiva quedó formulado de la siguiente manera:

1. Transformación de la administración pública:  
Fortalecimiento de la infraestructura física de las entidades del Estado del nivel Nacional desde el Sector Presidencia.  
Promoción de la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios.

2. Gasto público efectivo:
  - Fortalecimiento del recaudo y tributación.
  - Fortalecimiento del sistema de compra pública
  - Gestión de recursos públicos.
  - Inspección, control y vigilancia financiera, solidaria y de recursos públicos
  - Mejoramiento de la planeación territorial, sectorial y de inversión pública.
  - Política macroeconómica y fiscal.

Dejo entonces a juicio del lector, la consideración de si los recursos asignados a la transformación de la administración son suficientes, así como los programas de inversión aprobados, una vez conocidos los objetivos y estrategias diseñadas para cumplir el respectivo Pacto.

Así las cosas, Colombia se dispone a realizar cambios trascendentales de transformación institucional, basados en una nueva cultura social, en una gestión pública más eficiente y competitiva, mediante sinergias en la ejecución estratégica del presupuesto y con mayor responsabilidad del gasto público; con mayor equidad y transparencia en el ejercicio de la función pública, aumentando los estándares de profesionalización del servicio civil y asumiendo los retos que la administración pública moderna nos exige.

Cambios que se analizan previo a la definición de la actual política, por ejemplo, por el Departamento Administrativo de la Función Pública (2018), en su documento de “Política de Empleo Público y de Gestión Estratégica del Talento Humano” que estableció como dimensiones estratégicas para la gestión de

un empleo público diverso el cambio cultural, la formación y capacitación, y la atracción de talento. Igualmente, incluye la necesidad de explorar nuevas estrategias para atraer y retener el talento diverso a las entidades públicas, siendo clave para la planificación estratégica y el desempeño de las instituciones, al ser un proceso simultáneo al fortalecimiento del mérito en todas las formas de vinculación laboral con el Estado. Se recomienda la implementación de mecanismos efectivos de movilidad y desvinculación basados en evaluaciones técnicas, lejanas al clientelismo.

En este orden de ideas el documento en referencia propuso tres cambios estructurales.

Primero, la CNSC, Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, junto con las entidades del orden nacional y territorial, deben adelantar las gestiones de planificación necesarias para realizar los concursos y empezar a reducir el alto número de vacantes en empleos de carrera administrativa. La planeación de estos concursos debe también tener como propósito la reducción de tiempos y costos de los mismos.

Segundo, parte integral de los procesos de selección en los concursos, debe ser el modelo por competencias. Esto no solo afianza la meritocracia, sino que tiene el potencial de hacer los concursos más eficientes y también reducir los tiempos de ejecución de estos. Tal como se planteó en líneas anteriores, la selección por competencias es un paso fundamental en la profesionalización del servicio civil y, tal

como está plasmado en la Ley 909 de 2004, dicha selección no se está empleando de la manera adecuada.

Tercero, las entidades deben suministrar en tiempo real la información de vacantes a la CNSC vía web/SIMO y apropiar los recursos en el presupuesto respectivo para cofinanciar los concursos. De esta manera, el uso de la figura de provisionalidad tenderá a disminuir de manera importante y solamente perdurará por un tiempo máximo de un año (1) en cada empleo vacante, también deberá buscarse interoperabilidad entre SIMO y el SIGEP II de tal manera que se facilite el reporte de vacantes para todas las entidades públicas (DAFP, 2018, p. 66).

Así las cosas, la CNSC, el Gobierno Nacional representado en el DAFP y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la coordinación de la Procuraduría General de la Nación y bajo la observación de la Universidad Nacional de Colombia, crearon la mesa para la meritocracia, en la que se analizaron diversos factores que generaban grandes problemas para el empleo público en el país, como lo es el caso de las

demandas judiciales en las convocatorias públicas de mérito y el tema relevante de la falta de recursos para realizar los procesos de selección en las entidades del orden nacional.

En las discusiones de la mesa se logró coordinar una planeación conjunta e interinstitucional de los concursos públicos, que permitirán eliminar la provisional en las entidades del orden nacional en un periodo de cuatro años para lo cual el Ministerio de Hacienda cumple un papel decisivo al comprometerse a girar los recursos fiscales necesarios en la realización de los procesos de selección a cada una de las entidades vinculadas a los mismos. Lo que se traduce en una apropiación requerida de 86.287,9 tal como puede observarse en la siguiente imagen.

Con estos recursos la CNSC convocará a concurso público de méritos al 30% de vacantes que a la fecha están en provisionalidad y se espera que, en 2022, el 100% de los cargos vacantes del orden nacional, estén provistos por servidores de carrera administrativa.

De igual manera, se requiere hacer una referencia obligatoria a las disposiciones contenidas

**Tabla 2.**

Planeación de Convocatorias – Entidades del orden Nacional (2019 – 2022)

Vigencia	Entidades	Vacantes	Apropiación Requerida *	Pagos Efectuados *	Total *
2019	17	2.411	7.638,0	800,5	8.438,5
2020	73	17.736	62.955,2	2.885,9	65.841,1
2021	1	4.219	15.694,7		15.694,6
Total	91	24.366	86.287,9	3.686,4	89.974,3

Fuente: CNSC (2019).

en el artículo 263 de la misma Ley 1955 de 2019 “Plan Nacional de Desarrollo”, el cual establece “La reducción de la provisionalidad en el empleo público”, como desarrollo de las bases que fundamentan el mencionado plan. Dicho artículo, a su tenor establece:

Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1033 de 2006.

Los procesos de selección para proveer las vacantes en los empleos de carrera administrativa en los municipios de quinta y sexta categoría serán adelantados por la Escuela de Administración Pública –ESAP, como institución acreditada ante la CNSC para ser operador del proceso. La ESAP asumirá en su totalidad, los costos que generen los procesos de selección.

**PARAGRAFO PRIMERO.** Las entidades públicas deberán adelantar las convocatorias de oferta pública de empleo en coordinación con la CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

**PARAGRAFO SEGUNDO.** Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema general de carrera, que estén siendo desempeñados con

personal vinculado mediante nombramiento provisional antes de diciembre de 2018 y cuyos titulares a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley le falten tres (3) años o menos para causar el derecho a pensión de jubilación, serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional [...]

Para los demás servidores en condiciones especiales, madres, padres cabeza de familia y en situación de discapacidad que vayan a ser desvinculados como consecuencia de aplicación de una lista de elegibles, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible sean reubicados en otros empleos vacantes o sean los últimos en ser retirados, lo anterior sin perjuicio del derecho preferencial de la persona que está en la lista de ser nombrado en el respectivo empleo.

Si bien es cierto, la anterior disposición ha generado distintas interpretaciones en lo que se refiere al pago de los derechos de participación, a los costos del proceso de selección que corresponden a las entidades públicas atendiendo al sistema de carrera al que pertenece la entidad, así como las disímiles interpretaciones frente a su vigencia y la forma de aplicación de las acciones afirmativas que se establecen a favor de los pensionados y demás servidores vinculados con condiciones especiales, debe reconocerse que el artículo logra superar la brecha más importante al momento de planear la realización de los concursos públicos de mérito, particularmente en el caso de los territorios, cual es, la falta de recursos de los municipios de quinta y sexta categoría para aportar a la realización

del proceso de selección, al establecer que esta obligación tal como se observó anteriormente, quedó bajo la responsabilidad de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP, quien actuará como operador y financiará el respectivo proceso de selección.

De esta manera, se persigue la reducción de la provisionalidad en el nivel territorial, que a la fecha se aproxima al 70% (Congreso de la República, 2019, p.4) y se inicia la materialización de las estrategias definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, desde la coordinación interinstitucional, en búsqueda de la transformación de las instituciones a partir de la consolidación del mérito y la profesionalización del servicio público.

Por otra parte, tal y como reseñé anteriormente, las entidades y órganos competentes en Colombia en materia de empleo y administración pública, vienen trabajando conjuntamente para lograr las reformas normativas que el nuevo sistema necesita, reformas que permitan garantizar el mérito dentro de un sistema objetivo de promoción. Por ello, es importante resaltar dentro de este sano criterio que concibe al mérito como elemento de transformación institucional, la recién aprobada Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que modificó la Ley 909 de 2004 y que incorpora elementos estructurales con relación a los concursos de ascenso que les permiten a los servidores de carrera administrativa tanto una mejor retribución económica, como el acceso a puestos de trabajo más cualificados. Basado en estos supuestos, el gobierno nacional sustentó

el proyecto presentado ante el Congreso de la República, exponiendo entre otros aspectos:

Si se aspira a la consolidación de una función pública altamente profesionalizada, que contribuya de una manera adecuada al logro de los fines esenciales del Estado (art. 2°), es imprescindible que se viabilice la dinamización y promoción de la carrera administrativa, para que no sólo se cuente con personal adecuado y calificado, sino que se les permita a quienes han accedido al servicio público a través de concursos públicos y abiertos, es decir, a quienes ya han demostrado, al ingreso, el mérito para el desempeño de funciones y cargos públicos, escalar dentro del sistema a través de concursos meritocráticos de ascenso, de manera que puedan acceder a cargos de mayor responsabilidad y retribución [...]

No puede perderse de vista que la razón del servicio público es la adecuada satisfacción de necesidades del ciudadano, en procura de garantizar el interés general, que se satisface de una manera más adecuada cuando es prestado por personal que aquilata una mayor experiencia, lo cual no constituye una negación de los concursos públicos y abiertos, en cuanto estos últimos constituyen la regla general para el ingreso al empleo público y también deben ser utilizados en la generalidad de los casos para proveer los cargos de carrera administrativa pertenecientes a la planta global de la respectiva entidad.

Desde esta misma perspectiva de análisis es importante mencionar los informes de organis-

mos como la OCDE, organización internacional que ya reconoció al país como miembro y que sostiene que en Colombia no existe movilidad en el empleo, toda vez que los funcionarios son nombrados para un cargo en particular y para lograr un ascenso deben participar en un nuevo concurso público, lo que significa que las nuevas necesidades de personal tienen que ser cubiertas mediante la creación de nuevas vacantes que no son provistas mediante la redistribución del personal existente.

Sobre este punto, la OCDE asevera que la situación podría mejorar mediante una oferta de posibilidades de movilidad y redistribución del personal dentro y entre las organizaciones. Para la OCDE uno de los aspectos centrales que impiden la consolidación de un modelo eficiente de administración de personal lo constituye la ausencia de regulaciones que permitan el ascenso en la carrera del personal previamente seleccionado por mérito (Congreso de la República, 2019, p. 6).

Así las cosas, son acertados los argumentos presentados para debatir ante el Congreso de la República la reforma propuesta, pues el sistema de carrera no es solo el acceso al empleo público, sino también su permanencia y desarrollo, pues

El mérito es presupuesto de la profesionalización de la función pública, junto con otros atributos clásicos como la inamovilidad o la imparcialidad. Estas tres notas son las que caracterizan o significan a la institución de la función pública. La movilidad deberá basarse en criterios de mérito, medido a través de pruebas

escritas de conocimientos o de competencias, aplicadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la permanencia en el servicio, la evaluación del desempeño, la capacitación y la formación adquiridas (Congreso de la República, 2019, p. 6).

Veamos entonces, como incorpora la nueva ley en el sistema meritocrático, los concursos públicos de ascenso:

El concurso de ascenso tiene como finalidad reconocer el alto desempeño de los servidores escalafonados en la carrera y permitir la movilidad a un cargo superior dentro de la planta de personal.

El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenecen a la misma planta de personal, en los niveles asesor, profesional, técnico o asistencial.
2. Existen servidores públicos escalafonados en la carrera general, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso.
3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplen con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso es igual o superior al número de empleos a proveer.

Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos

se proveerán a través de concurso abierto de ingreso.

Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe un número igual de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar escalafonado en la carrera general.
2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del empleo.

Debe tenerse en cuenta que adicionalmente se estructuraron mecanismos de movilidad horizontal, y profesionalización basados en criterios de mérito, que sin duda beneficiarán a todos los servidores públicos del país<sup>5</sup>, dando cumplimiento a los postulados de la nueva política pública nacional y poniéndose en sintonía con países como Francia, España, Alemania y Perú que dentro de sus sistemas de carrera administrativa han desarrollado

<sup>5</sup> Colombia cuenta con 1.198.238 servidores públicos, de los cuales el 73% corresponde a la rama ejecutiva del orden nacional y el 18% al orden territorial. De los 877.482 trabajadores de la rama ejecutiva del orden nacional, el 38% son docentes, el 47% de uniformados y el 12% planta de personal permanente. Del total de servidores el 23% corresponde a contratistas, en un número aproximado de 281.326 (dnp, 2019, p.885).

los concursos de ascenso y otras formas de movilidad horizontal.

Colombia sigue perfilando todos sus esfuerzos para mejorar el servicio público, transformar las instituciones cumpliendo con las exigencias de los sistemas meritocráticos y, de esta manera, lograr el bienestar de todos los ciudadanos, los benefactores del diseño y ejecución de políticas públicas que permitan mayor eficiencia y transparencia en la administración pública.

## REFERENCIAS

- Congreso de la República de Colombia (2019). *Exposición de motivos de la Ley 1960 de 2019*.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-371 del 24 de marzo de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia C-932 del 8 de noviembre de 2007.
- Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP. (2018). Documento de Política de Empleo Público y de Gestión Estratégica del Talento Humano. DAFP.
- Banco Interamericano de Desarrollo –BID. (2014). *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Colombia*. BID.

Departamento Nacional de Planeación –DNP. (2019). *Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022*. DNP.

Departamento Nacional de Planeación –DNP. (2019). *Plan Plurianual de Inversiones 2018-2022*. DNP

Congreso de la República. (2004). *Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0909\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html)

Congreso de la República (2019). *Ley 1955 de 2019 Plan Nacional de Desarrollo “Pacto por*

*Colombia, pacto por la equidad”*. [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=93970](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=93970)

Congreso de la República (2019). *Ley 1960 de 2019 “Por el cual se modifican la ley 909 de 2004, el decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201960%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE. (2018). *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública*. OCDE.



# Contra la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia: una cuestión de principios

## *Against the implementation of life imprisonment in Colombia: a question of principle*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6900>

### Resumen

La implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia como mecanismo para punir la ejecución de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, desborda todo el anclaje constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho y de los fines de la pena, en el entendido que constituye un agravio a la dignidad humana sin posibilidad de resocialización y sin tomar en cuenta criterios de razonabilidad, propios de sistemas penales que basan el poder punitivo del Estado en la concesión de penas retributivas de tipo moral, más que en penas privativas de la libertad con consideración de criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad. En esa medida, este documento se desarrolla a partir de una metodología dogmático-jurídica mediante el análisis de referentes históricos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales en torno a la pena de prisión perpetua, y desde un análisis de derecho comparado, con el objetivo de justificar la inconveniencia de su implementación en cualquier ordenamiento jurídico que propugne por los fines esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

**Palabras clave:** Prisión perpetua; Dignidad humana; Principios constitucionales; Garantías fundamentales.

### Abstract

The implementation of life imprisonment in Colombia as a mechanism for punishing the execution of sexual crimes against children and adolescents goes beyond the constitutional anchorage of a social and democratic State based on the rule of law and the purposes of the penalty, on the understanding that it constitutes an offense against human dignity without the possibility of resocialization and without taking into account criteria of reasonableness, typical of criminal systems that base the punitive power of the State on the granting of moral retributive penalties, rather than on sentences of deprivation of liberty with consideration of criteria of proportionality, necessity, and reasonableness. To that extent, this document is developed on the basis of a dogmatic-legal methodology through the analysis of historical, doctrinal, normative, and jurisprudential references to the penalty of life imprisonment and from an analysis of comparative law, with the aim of justifying the inconvenience of its implementation in any legal system that advocates the essential goals of a Social and Democratic State based on the rule of law.

**Keywords:** Life imprisonment; Human dignity; Constitutional principles; Fundamental guarantees.

### Omar Huertas Díaz

Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.  
Contacto: [ohuertasd@unal.edu.co](mailto:ohuertasd@unal.edu.co)

### Carolina Amaya Sandoval

Maestranda en Derecho Penal de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.  
Contacto: [caramayasan@unal.edu.co](mailto:caramayasan@unal.edu.co)

### Como citar:

Huertas Díaz O. y Amaya Sandoval C. (2020). Contra la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia: una cuestión de principios. *Advocatus*, 18(35), 101-120. [https://doi.org/10.18041/01\\_24-0102/a.35.6900](https://doi.org/10.18041/01_24-0102/a.35.6900)



### Open Access

### Recibido:

05 de agosto de 2020

### Aceptado:

23 de octubre de 2020

## INTRODUCCIÓN

La implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia como mecanismo para punir la ejecución de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes desborda todo el anclaje constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho de los fines de la pena, en el entendido que constituye un agravio sin posibilidad de resocialización y sin tomar en cuenta criterios de razonabilidad, propios de sistemas penales que basan el poder punitivo del Estado en la concesión de penas retributivas de tipo moral, más que en penas privativas de la libertad con consideración de criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad. Es por ello que, desde la academia se debe hacer un llamado al encauce del debate sobre la base de principios constitucionales y en respeto de las garantías fundamentales de los procesados, sobre la base de la dignidad humana.

En esa medida, el debate en torno a la imposición de la pena de cadena perpetua para delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes debe retomar su cauce sobre las bases mismas de un Derecho Penal garantista, propio de un Estado Social y Democrático y Derecho.

Es así que, como académicos y ciudadanos, nos oponemos de manera infranqueable ante una propuesta legislativa que desborda el respeto por los derechos fundamentales, en contra de quienes va dirigida la sanción penal, que de por sí, ya constituye un agravio contra la libertad y los fines de la pena (Huertas, Alcalé y Amaya, 2019, p. 1).

Con todo, el presente artículo busca realizar, en primera medida, una descripción de los antecedentes de la pena de prisión perpetua y su implementación en Colombia, con el fin de evidenciar la inviabilidad de su aplicación. En segunda medida, se procede al análisis de los fundamentos constitucionales para su inaplicación, donde se busca estudiar el sentido de la prohibición de dicha pena, tomando como base los criterios constitucionales y jurisprudenciales para ello, encauzados desde la dignidad humana y la prohibición de tratos crueles e inhumanos. Esto de igual forma, concuerda con los fines de la pena de la proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, lo cual contribuye a generar un debate desde la teoría penal y las garantías fundamentales. En esa medida, se busca validar la hipótesis sobre que la aplicación de la pena de prisión perpetua en cualquier ordenamiento jurídico atenta contra la dignidad humana y se constituye como una forma de tratos inhumanos y crueles, además de desmontar todo el andamiaje de los principios penales y constitucionales, en especial, la idea del Derecho Penal que debe operar como un mecanismo de *extrema ratio*. En esa medida, su aplicación resultaría inconstitucional.

En tercera medida, en este artículo se exponen los criterios usados en otros ordenamientos jurídicos para prohibir la aplicación de la pena de prisión perpetua y desde un análisis de derecho comparado, para así finalizar con unas conclusiones. Finalmente, el presente artículo resulta de importancia para toda política criminal que tenga pretensiones garantistas, pues la determinación de responsabilidad debe ir más

allá de fundamentos populistas y de la mera retribución punitiva permanente ante un delito sin posibilidades de resocialización, lo cual debería ser un valor esencial en toda sociedad.

## METODOLOGÍA

El presente artículo se desarrolla mediante una metodología dogmático-jurídica basada, en primera medida, en un análisis histórico de la pena de prisión perpetua desde la teoría penal, así como desde su implementación y posterior derogatoria en Colombia, tomando como base una amplia revisión bibliográfica y un análisis de contexto. En segundo lugar, se desarrollarán los fundamentos constitucionales y penales para la no implementación de la pena de prisión perpetua en virtud de referentes doctrinales, normativos y jurisprudenciales, igualmente, a partir de la revisión bibliográfica, normativa y el análisis jurisprudencial. Y, finalmente, se hará un análisis de derecho comparado en torno a los aportes sobre los criterios que se han tomado en cuenta para la derogación de la pena de prisión perpetua en otros ordenamientos jurídicos con el fin de verificar la hipótesis presentada en este artículo.

### Antecedentes históricos de la pena de prisión perpetua T2

Hablar de penas a perpetuidad y rechazar su implementación en cualquier Estado Social y Democrático de Derecho, implica hacer un análisis de su origen histórico y de cómo ello ha influido en el ideario punitivo de la sociedad. En esa medida,

El origen del castigo puede encontrarse en el sentimiento de venganza de los hombres primitivos. Esa venganza era la manifestación de los instintos de conservación y defensa. En aquellos tiempos no existían penas estructuradas y preestablecidas ni tampoco un monopolio estatal sobre el poder de sancionar. En la venganza privada se encontraban confundidos los planos del derecho y la moral.

[...]

Frente a la notable desproporción existente entre la infracción y la sanción al ofensor, en la venganza privada surge una primera limitación en el llamado “talión”, el cual puede encontrarse regulado como método de castigo en el código de Hammurabi, la ley de la XII Tablas y la ley Mosaica, entre otros. [...] La confiscación absoluta del conflicto por parte de la autoridad surge a partir del siglo XII, cuando quienes ejercían la soberanía advierten la utilidad y la conveniencia a usurpar y monopolizar el castigo. El conflicto dejó de ser lesión contra la víctima para convertirse en delito contra el soberano. Ya no se lesionaba a un ser humano, sino que al delinquir se manifestaba una profunda enemistad con aquel (Juliano y Ávila, 2012, p. 7-9).

Al respecto, Foucault establecía que

el suplicio es un elemento en la liturgia punitiva, y que busca marcar y volver infame a aquel que es su víctima. Si bien tiene por función la de purgar el delito, no reconcilia. Mientras que por parte de la justicia que lo impone, le suplicio

debe ser resonante y debe ser comprobado por todos, en cierto modo como su triunfo (Juliano y Ávila, 2012, p. 9).

Frente a ello, valga resaltar que durante el Antiguo Régimen uno de los aspectos más característicos fue:

[...] la consagración de poderes arbitrarios de monarcas y jueces, y, como parte de ello, la arbitrariedad concerniente a la determinación de la pena [...] En este contexto el derecho penal cumplió un papel muy importante en el proceso de centralización del poder. Tomás y Valiente, por ejemplo, afirmó que la Monarquía absoluta castellana utilizó la ley penal como uno de los más instrumentos de imposición de autoridad más relevantes y, al mismo tiempo, como una maquinaria protectora del orden social establecido (Zysman, 2012, p. 37).

En esa medida,

[...] en la edad media aparece el derecho penal europeo, que se implementó como resultado de la fusión del derecho germánico, canónico y romano. Esta época se caracterizaba por una protección de los intereses de los monarcas del clero y de la nobleza, implicando esto una correlativa desigualdad ante la ley. Otro rasgo característico era la inexistencia de garantías procesales y la inclusión de diferentes penas como la tortura, los malos tratos, las mutilaciones, la pena de muerte, los trabajos forzados y la confiscación de todo tipo de bienes (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 62).

Así pues, las prisiones de Europa estaban “destinadas a recoger vagabundos, prostitutas y jóvenes delincuentes alrededor del siglo XVI, los cuales se encontraban principalmente en las ciudades. Se considera que la cárcel como castigo se aplicó de manera formal a partir del siglo XVIII” (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 62).

Cabe destacar que la prisión, “entendida como instrumento de reinserción social del delincuente, pero sobre todo entendida como un proceso moral cuya función es preservar los valores compartidos y las convenciones normativas en que se basa la vida social” (Huertas, 2009). En esa medida,

[...] no es concomitante con el surgimiento de la privación de la libertad como pena. Al momento de su aparición nadie pensaba en ella como otra forma de castigo o de retribución del mal causado. Por su parte, las penas de prisión perpetua en sus orígenes se aplicaban de diversas formas como amputaciones o marcaciones y se consideraban como penas a perpetuidad, porque acompañaban al individuo durante toda su vida (Huertas, 2009).

Además, “el origen de las penas de prisión perpetua se encuentra íntimamente vinculado a las penas capitales” (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, pp. 62-63). Al respecto, Zaffaroni hablaba del origen canónico de la prisión perpetua basado en lo siguiente:

[...] la imposibilidad de los jueces eclesiásticos de imponer penas de muerte. Por su parte

Ferrajoli afirmaba que la existencia de ciertas condenas antiguas con duración perpetua como las condenas a galeras, deportación o trabajos forzados existían desde el derecho romano. Estas podían ser impuestas de forma vitalicia al condenado alcanzando su consolidación en la edad moderna como una alternativa a la pena de muerte. A partir del siglo XVIII, a la luz de la ilustración y el iluminismo, permanecía la pena de muerte para gran cantidad de delitos. Adicionalmente, la caracterización de la racionalidad y el laicismo influyó de manera relevante en la nueva concepción del derecho penal, que se rige por la razón y guiado por principios como el de legalidad e igualdad penal (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, pp. 62-63).

Cabe resaltar que, en Colombia desde la Constitución de 1886,

[...] la única referencia histórica de la pena de muerte y cadena perpetua es la establecida en el Código Penal de 1890 y abolida según Acto Legislativo No. 3 de 1910. Por su parte, los códigos penales de 1936 y 1980 nunca establecieron penas únicas o fijas. En Colombia, desde aquella carta política del siglo XIX, no había existido cadena perpetua. En cuando a antecedentes de iniciativas legislativas recientes para implementar en Colombia la pena perpetua se encuentra la ley 1327 del 5 de julio de 2009, la cual tuvo como finalidad someter a referendo la implantación de la prisión perpetua en Colombia. [...] La anterior iniciativa no tuvo sustento jurídico, ya que la Constitución Política de Colombia se circunscribe a prohibir unas

penas y en cuanto a las que puedan establecerse señala un criterio de exclusiones o limitaciones jurídicas (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, pp. 63-64).

Al respecto, se debe señalar que:

Si bien en el siglo XVI empezaron a aparecer en Europa prisiones legas, destinadas a recoger mendigos, vagabundos, prostitutas y jóvenes delincuentes, los cuales se multiplicaron principalmente en las ciudades, merced a una serie de problemas emergentes en la agricultura y a una acentuada crisis en la vida feudal, lo cierto es que la cárcel como castigo se afianza a partir del siglo XVIII.

[...] Durante los siglos XVI y XVII se prepara el redescubrimiento y relanzamiento de los derechos y libertades individuales. Esta explosión sin precedentes se desarrolló a partir de diversas causas, en cuya base se encuentra la orientación filosófica que abandonando la exclusividad religiosa de la Edad Media se convierte en la época moderna en el ariete que iba a derrumbar el envejecido estado de las cosas (*ancient regime*), liberando al espíritu y haciendo penetrar los principios de libertad en el orden civil y político.

La formación del espíritu liberal vinculado estrecha y naturalmente con el desenvolvimiento del comercio y el progreso adquirido por la industria entró en un periodo de franco crecimiento, que no cesaría hasta la Revolución Francesa. En torno a la cultura del liberalismo surge un nuevo estrato social: la burguesía

con interés en obtener ampliar y proteger sus derechos.

[...] Surge así un nuevo orden, una nueva sociedad estructurada sobre las ideas iluministas, con consideraciones hacia la naturaleza del individuo, el origen contractual de la sociedad, la igualdad y la libertad como derechos fundamentales (Juliano y Ávila, 2012, pp. 11-12).

Con base en ello, el artículo 11 de la Constitución Política establece que “el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. E igualmente, el artículo 34 del mismo texto normativo señala que “se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”.

Ahora bien, los insumos de los que se valió la Constitución Política para prohibir expresamente la pena de prisión perpetua, trascienden del ámbito histórico al doctrinario y jurisprudencial tal y como se procede a señalar a continuación.

#### **FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y PENALES PARA LA NO IMPLEMENTACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN PERPETUA EN COLOMBIA**

En primera medida, es necesario que el Estado, mediante el uso del poder punitivo responda ante conductas atroces como lo delitos sexuales,

[...] pero atendiendo a los principios y garantías del Derecho Penal. En esa medida, el artículo 4 del Código Penal establece como fines de la pena, la prevención general, retribución justa,

prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Quiere decir que, con la imposición de una pena de cadena perpetua se pierde la posibilidad que tiene la persona condenada de reinserción social e incluso de protección, cuando el derecho a la libertad se limita de manera permanente e irrevocable (Huertas, Alcalé y Amaya, 2019, p. 1).

Al respecto, es deber del Estado propugnar por el respeto a la dignidad humana, pues tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional:

El Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

En igual sentido, se debe destacar que la actividad legislativa debe tomar en cuenta los principios de las sanciones penales tal y como se han consagrado en nuestro ordenamiento penal, toda vez que:

[...] el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los

procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen, así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. *Fundamento, porque el ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas (Corte Constitucional de Colombia, 1995).

Ahora bien, para fundamentar que cada uno de los principios de las sanciones penales (necesidad, proporcionalidad y razonabilidad), los cuales desarrollan el mandato de protección de los bienes jurídicos tutelados por el Estado, así como de los derechos inalienables de la persona, la Corte ha señalado en primera instancia que:

La **necesidad** de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados, no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

En este punto, hay que tomar en cuenta la diferencia entre merecimiento de la pena y necesidad de la pena. Así pues,

[...] el merecimiento de la pena se concibe como un juicio global de desvalor sobre el hecho por concurrir un injusto penal que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de la pena presupone el merecimiento de la pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo. Sin embargo, a pesar de la existencia de necesidad de pena, una conducta puede no ser merecedora de ella cuando una pena significaría una reacción desproporcionadamente grave frente a la misma. Así pues, el merecimiento de pena supondría un límite adicional a la exigencia o necesidad de la pena (Luzón, s.f., pp. 22-23).

Bajo ese entendido, cabe resaltar que:

El merecimiento y la necesidad de la pena no deben ser entendidas como categorías autónomas sino como institutos con puntos en común y con una influencia recíproca. Así su desarrollo parte de la concepción de que, si el Derecho penal contemporáneo se basa fundamentalmente en el principio de protección de los bienes jurídicos importantes y de la vigencia del ordenamiento jurídico frente a ataques gravemente reprobables, así como en los principios de subsidiariedad, de necesidad y de efectividad, dichos principios han de repercutir también en las categorías e instituciones que constituyen los requisitos de

la pena. Esto significa que las mismas han de ser interpretadas de tal forma que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en lo general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria (Luzón, s.f., p. 26).

Por su parte, y respecto a la proporcionalidad, la Corte ha indicado que:

Al establecer tratami tá sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

En este punto valga aclarar que la proporcionalidad se define entonces como:

[...] la necesidad de que entre la respuesta jurídico penal y el delito exista la suficiente correlación, en el sentido de que solo servirá para motivar a los ciudadanos el señalamiento de una consecuencia jurídica que, por su entidad y por su duración, sea proporcionada a la gravedad del delito cometido cuya pena se establece en atención a la importancia del bien jurídico protegido y al grado de afección que

haya sufrido. En este sentido, se hace referencia a una proporcionalidad jurídica, no material eliminando así las viejas teorías talionistas que, aunque partían del principio de dignidad de la persona, en el sentido de que admitían que ser humano en un fin en sí mismo y no se puede utilizar para alcanzar ningún fin, no la respetaban a la hora de seleccionarla sanción idónea para determinadas infracciones, permitiendo entre otras, la pena de muerte o la cadena perpetua.

Es común analizar la proporcionalidad como límite al *ius puniendi* del Estado desde el prisma del principio de legalidad. No obstante, también es posible acercarse a ella desde el punto de vista del principio de dignidad de la persona, que es el límite más temprano con el que cuenta el derecho a castigar del Estado: en este sentido, se puede partir de que la dignidad de la persona obliga al legislador a establecer aquella pena que por su naturaleza y duración sea la menos restrictiva posible de los derechos y libertades del condenado, de forma que no sea innecesaria por excesiva. En estos términos cabe entender que la pena ha de ser cuanto menos restrictiva de los derechos del condenado, mejor. Esto lleva al análisis del principio de prohibición de las penas inhumanas y degradantes (Alcale, 2016, pp. 56-57).

Ahora bien, en torno a la razonabilidad, la Corte ha concluido que “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y

la solidaridad humanas” (Corte Constitucional de Colombia, 1996).

Bajo esa misma línea, la Corte ha reiterado que el Legislador goza de discrecionalidad para establecer penas a distintos hechos punibles, pero siempre y cuando:

[...] se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan a una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que:

[...] el hecho de que en la actualidad Colombia se encuentra en un estado de cosas inconstitucional por la sistemática vulneración a los derechos humanos en las cárceles del país, derivada del hacinamiento, las condiciones de insalubridad, la corrupción al interior de los establecimientos y del no cabal cumplimiento por parte de la institucionalidad, de las recomendaciones que la Corte Constitucional ha hecho al respecto. Así, con la imposición de una pena como la cadena perpetua, además de impedir la resocialización, pondría al condenado en una situación de vulneración de derechos de manera perpetua. Ello contraría todo el anclaje en que debería soportarse el aparataje penal (Huertas, Alcalé y Amaya, 2019, p. 3).

Al respecto, y para no ir muy lejos, el artículo 34 de la Constitución Política establece que: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”. Ello encuentra desarrollo en la Sentencia C-581 de 2001, en la cual la Corte Constitucional estableció que:

El Constituyente no concibió la libertad individual como un derecho absoluto y, por consiguiente, intangible; por el contrario, autoriza su limitación en ciertos casos que sólo puede ser impuesta por el legislador, pues en esta materia existe una estricta reserva legal. La restricción debe estar plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos. De otro lado, se requiere que el efecto negativo sobre la libertad que se restringe, sea notablemente mitigado con el beneficio constitucional que se alcanza a raíz de su restricción. Todo lo anterior, siempre que no se afecte el núcleo esencial del citado derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Cabe destacar que Colombia ha suscrito e introducido a su ordenamiento interno tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en el artículo 10, inciso 3 que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”, de manera que la pena perpetua impediría el cumplimiento de dicha finalidad.

En este punto, es necesario resaltar que Ferrajoli, como partidario de un derecho penal mínimo y racional,

[...] justifica la pena a partir de un doble fin preventivo: la prevención de delitos y la prevención de venganzas privadas. Dice que la pena no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas y señala que el derecho penal no constituye una garantía de venganza destacando que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. [...] Su concepción preventiva es preventivo general: *la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas*. No obstante, considera que el segundo fin es el que más debe ser subrayado porque: a) es más alcanzable que el primero; b) nunca ha sido debidamente considerado por las autoridades; c) lo estima a la vez necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista; y d) es el que distingue el derecho penal de otros sistemas de control social que son más eficientes para satisfacer el fin de defensa social (Silvestroni, 2007, pp. 48-49).

De ello se evidencia que una pena de prisión perpetua no se comparece con los criterios de prevención ni con las bases de un derecho penal mínimo garantista. Además, se debe resaltar que:

[...] es común asignar al derecho penal la función de protección de la sociedad. A partir de esta base de acuerdo, las opiniones se

separan. Dejando a un lado los innumerables matices, cabría distinguir dos grandes direcciones respecto a la relación entre *retribución y prevención*. Por una parte, quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la *retribución justa* y en la determinación penales conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución. Por otra parte, quienes invierten los términos de la relación: *fundamento de la pena es defensa de la sociedad* (protección de bienes jurídicos), y a la retribución (con éste u otro nombre) corresponde únicamente a la función de *límite máximo* de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido.

A diferencia de la primera posición, ésta permitiría disminuir o incluso prescindir de la pena *por debajo* de lo que exigiría la retribución (Mir Puig, 2011, pp. 49-50).

Al respecto, y desde una postura unificadora,

Una teoría de la retribución no se ajusta a un modelo punitivo de tratamiento porque es incapaz por sí misma de encastrar analíticamente, y necesita comparaciones con posturas preventivo-generales o especiales que le den validez. Ello quiere decir que en la asignación de una pena han de intervenir las diversas posturas –o algunas de ellas– conforme a la instancia de tratamiento en que se encuentre el autor. Podrá implementarse un modelo inicial preventivo-especial al condenado, que atienda razones preventivo-generales esencialmente

positivas –de integración. Pero, a su tiempo, podría encontrar límites su ejecución por criterios de retribución en función de la culpabilidad hallada, del grado de reproche formulado, y de las necesidades de efectos expiatorios en el individuo comprometido por el efecto del tratamiento (Rodríguez, 2013, p. 95).

En el mismo sentido, Mir Puig (2011) señala que el debate se ha contemplado desde dos sectores opuestos:

Por un lado, los retribucionistas que instan a distribuir la pena conforme al merecimiento, pues ven el hacer justicia como un valor en sí mismo, y, por tanto, sin necesidad de una justificación práctica. Por otro lado, los utilitaristas, que distribuyen la pena para evitar infracciones futuras. Estos creen que la pena sólo puede justificarse por los beneficiarios que puede proporcionar, en concreto por la reducción futura de delitos. Tradicionalmente, esto significaba distribuir la pena para optimizar la disuasión futura del delito o la rehabilitación o inocuización de los delinquentes peligrosos.

Estos dos sectores opuestos proponen que se castigue a diferentes personas y en diferente medida, ya que atienden a criterios distintos. Los retribucionistas, queriendo hacer justicia, se atenderían a la reprochabilidad moral del delincuente según la definición de la filosofía moral. Los utilitaristas queriendo reducir el crimen, se fijarían en lo que es más eficaz para la disuasión, rehabilitación o inocuización de los delinquentes potenciales. Tradicio-

nalmente, estos dos objetivos –hacer justicia o prevenir la delincuencia– han entrado en conflicto, y, cuando lo hacen, hay que escoger entre ellos. Sin embargo, recientes estudios empíricos muestran un cuadro realmente distinto. Puede que estas dos posturas –retribucionistas versus utilitaristas–, no sean totalmente incompatibles. En este sentido, es posible que hacer justicia sea la mejor manera de luchar contra la delincuencia. Por tanto, los utilitaristas deberían estar interesados en el merecimiento empírico (juicios compartidos por la comunidad sobre la justicia). Por su lado, también los retribucionistas deberían manifestar un interés en el mismo. El merecimiento empírico no es el trascendental merecimiento deontológico de los filósofos morales, sino que, dadas las dificultades obvias de operativización de este último (los filósofos morales parecen estar en desacuerdo en muchos, si no la mayoría, de los temas), el merecimiento empírico puede que sea la mejor y más real aproximación posible al merecimiento (Robinson, 2012, pp. 54-55).

Con todo, y en el sentido de desvirtuar la imposición de una pena de cadena perpetua en Colombia, es relevante mencionar las categorías de la prohibición de exceso y la prohibición de defecto, inicialmente desarrolladas por Hassemer, así,

En la *prohibición de exceso* se pone de relieve la tradición clásica de los derechos fundamentales como fundamentos de derechos de defensa frente a las intromisiones estatales. Esta prohibición hace efectivos los límites a

las intervenciones del Estado que sobrepasan la medida legislativa. La objetividad se inserta de modo trivial en este cartabón. Es una prohibición de criminalización para el legislador. Es un vector negativo, un límite, emparentado hoy con los denominados *mediating principles* (principios limitadores de la punición), tales como la autoprotección, la subsidiariedad, la proporcionalidad, la tolerancia y la difusión de la responsabilidad. La *prohibición de defecto*, por contra, establece que el legislador puede estar obligado en determinadas situaciones, por la Constitución, a proteger determinados intereses con ciertos medios que no siempre han de provenir de la legislación represiva, pudiendo utilizar el arsenal de herramientas que proceden de todos los sectores del ordenamiento jurídico (Balcarce, 2014, pp. 220-221).

Al respecto, valga aclarar que, en el caso de la prohibición de defecto, esta no puede ser aplicable al caso de la imposición de la pena de prisión perpetua, toda vez que la Constitución misma se lo impide al legislador, caso en el cual no se encuentra autorizado para ello ni siquiera bajo el alegato de primacía del interés general.

En este punto es necesario recalcar que el fundamento de la prohibición de la pena perpetua deriva de los fines esenciales de la pena, los cuales gozaron:

[...] de una amplia y reconocida difusión tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como en el ámbito europeo durante la década de los años sesenta del pasado siglo. Fruto de

aquella tendencia fue el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en 1966 y ratificado por España en 1977, confirme al cual “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

[...] En organismos internacionales y en Tribunales de derechos humanos se sigue defendiendo hoy en día la prevención especial como uno de los fines o funciones de las penas privativas de libertad. Un órgano jurisdiccional tan respetado como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Gran Sala de 4 de diciembre de 2007, *Diskinson c. Reino Unido*, declara en el 28 lo siguiente:

“Los criminólogos se refieren a las diferentes funciones asignadas tradicionalmente a la pena y que incluyen, concretamente, el justo castigo, la disuasión, la protección de la sociedad y la reinserción, como demuestran especialmente los instrumentos jurídicos elaborados bajo la égida del Consejo de Europa. Reconocida en otros tiempos como un medio para prevenir la reincidencia, la reinserción, según una concepción más reciente y positiva, implica más bien la idea de una readaptación social para la promoción de la responsabilidad personal. Este objetivo se ve reforzado por el desarrollo del principio de progresión”: a medida que cumple su pena, un recluso debería progresar a través del sistema penitenciario, pasando por el periodo inicial de privación de libertad, en el que se puede poner el acento en el castigo y la represión, hasta las fases posteriores de la

pena de prisión, las que se debería privilegiar la preparación para la puesta en libertad (Cuerda, 2011, pp. 59-62).

En esa medida, la pena de prisión perpetua además de no suplir los fines propios de las penas es una forma de violación a la dignidad humana. Así, distintas investigaciones, así como el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa y la ONU, señalan que:

[...] la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los quince años. Por encima de ese tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad –pérdida de la autoestima, deterioro de las habilidades sociales, pérdida de los vínculos familiares–, muy difíciles de reparar. Se han descrito numerosos episodios de reducción de las funciones vitales, de desarrollo patológico de la personalidad y alto nivel de psicoticismo, así como procesos de regresión a estadios infantiles y otros tipos de disfuncionalidades, y un aumento significativo de las tasas de suicidio. Además, la esperanza de vida de los penados a prisión es bastante más baja que la de los ciudadanos en libertad, concretamente no suele superar los 65 años de edad.

Existe consenso, el menos en el contexto del Consejo de Europa, en que la pena de muerte o las penas corporales (mutilaciones) son penas crueles e inhumanas, y dichas penas tampoco son constitucionales aunque pudieran ser revisables, esto es, sometidas a la condición de reinsertabilidad social del reo (Mir Puig, 2018, p. 57).

Con todo, la pena de prisión perpetua atenta flagrantemente con la **dignidad humana**, entendida esta como “el valor moral inherente a toda persona humana, y, por otra parte, implica el reconocimiento de que toda persona es autónoma y se determina conforme a sus propios designios” (Pardo, Moncayo y Olarte, 2019, p. 38). En esa medida,

Negar la libertad de forma indefinida al reo es negarle su condición de persona, de miembro de una comunidad social y política, y por tanto, supone privarle de su dignidad y condición humana. Al revocarle el atributo esencial inherente a su condición humana, el penado queda reducido a mero ser biológico, a su sustrato físico. Por ello, la prisión de por vida es a la persona lo que la pena de muerte es a su sustrato biológico: un instrumento para su destrucción permanente.

[...] La prisión permanente es una pena cualitativamente distinta a la pena de prisión, pues no solo restringe la libertad del reo, es una pena de naturaleza corporal, dado que menoscaba psíquica y físicamente a la persona.

[...] La prisión permanente no es, entonces, tan solo una pena que priva de su libertad al reo, es una pena corporal que cercena las capacidades psíquicas del reo, como las mutilaciones cercenan otras partes o funciones del cuerpo humano. La prisión permanente supone un cambio cualitativo en el contenido y naturaleza de la prisión porque no se trata de efectos solo posibles, sino ciertos e irreversibles (Arroyo, Lascurain y Pérez, pp. 29-32).

Sin embargo, en contra de lo preceptuado por la Constitución Política y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre,

[...] dos de los proyectos de que han pretendido implantar la prisión perpetua en Colombia afirmaron que “la dignidad es solo para las víctimas, y no para los victimarios”

Ahora bien: es claro que el fin de prevención general que tiene una medida como la de cadena perpetua viola esta primera dimensión de la dignidad al pretender utilizar a un ser humano como un medio para que otros no cometan la conducta que se pretende sancionar. Estiman los legisladores que han tenido las iniciativas referentes a la prisión perpetua que, si los ciudadanos son conscientes de que la sanción que corresponde a ciertos delitos es severa y efectiva, van a tener un incentivo para no cometer dichos delitos, y que la forma en que este mensaje puede llegar de mejor manera a ellos es el sometimiento de los individuos infractores a la pena de prisión perpetua, que viene a ser una pena “ejemplar”.

[...] En sentencia de constitucionalidad, uno de los motivos que esgrimió la Corte para fundamentar la inconstitucionalidad de la medida es que no es dable que el delincuente sea “utilizado por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna. La utilización del individuo es inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada” (Pardo, Moncayo y Olarte, 2019, pp. 38-39).

Se debe mencionar igualmente que, de aceptarse la pena de prisión perpetua en nuestro ordenamiento jurídico, se negarían preceptos constitucionales relativos a la imprescriptibilidad de las penas, en el entendido de que de acuerdo al artículo 28,

“Toda persona es libre” y se prohíben las penas imprescriptibles. Puesto que la prescripción de las penas se calcula con arreglo al máximo *quantum* punitivo previsto para cada delito, si hubiera algún delito frente al cual se previera la prisión perpetua, la garantía de este artículo constitucional perdería toda validez y sentido.

Este es, pues, otro de los aspectos que contribuirían a la pérdida de identidad de la Corte Constitucional. En suma, serían tantos y masivos los cambios que habría que efectuar a la Constitución para poder instalar en ella la posibilidad de la cadena perpetua, que a la postre no estaríamos en presencia de la Constitución de 1991 sino de otra con un espíritu completamente diferente a ella (Pardo, Moncayo y Olarte, 2019, pp. 48-49).

Así, tal y como lo establecieron los magistrados Uprimny Yepes y Escobar Gil en el salvamento de voto hecho a la sentencia C-1212 de 2001:

El derecho a no ser sometido a penas imprescriptibles tiene como objeto permitir la resocialización de la persona condenada. La regla según la cual no existen penas imprescriptibles es una garantía constitucional de que el Estado va a atender la función resocializadora de la

pena. Por otra parte, esta función resocializadora está fundada en el valor primordial sobre el cual está fundamentado nuestro Estado de Derecho: la dignidad humana. Esta dignidad no se pierde por la comisión de un delito. Presumir que una persona que ha cometido un delito y ha pagado una condena no ofrece una garantía suficiente de moralidad es estigmatizarla, desconociendo el carácter resocializador que consagra la Constitución. En esa medida, teniendo en cuenta la stirpe constitucional de la imprescriptibilidad de las penas como garantía de su carácter resocializador, en consonancia con el principio pro libertate, también de stirpe constitucional, es natural que esa prohibición cubra también las penas perpetuas.

Las anteriores consideraciones se ven reforzadas por un argumento lógico, y es el siguiente: si admitiéramos que la prohibición de las penas imprescriptibles no cubre la hipótesis de las sanciones intemporales, entonces deberíamos concluir que es constitucional que la ley imponga como pena por un delito la privación perpetua del derecho a ejercer una determinada profesión, pero que es inconstitucional que la ley establezca que el Estado puede perseguir ese delito e imponer esa sanción sin limitaciones temporales. Eso significaría que, si la persona empieza a cumplir su pena, entonces ésta puede ser perpetua, (con lo cual se pierde la vocación resocializadora de la pena que propugna la Constitución), mientras que, si no empieza nunca a cumplir esa sanción, entonces sí ope-

raría una cierta resocialización por fuera de la pena, pues el Estado no podría intentar aplicar la sanción sino por un determinado plazo. Esa situación es a todas luces irrazonable, por lo cual hay que concluir que no es posible hacer la distinción entre penas perpetuas y penas imprescriptibles para determinar el alcance de la prohibición establecida en el artículo 28 de la Carta. Debe entenderse entonces que esa disposición constitucional no sólo prohíbe las penas o delitos imprescriptibles, en el sentido técnico penal, sino también las penas perpetuas (Corte Constitucional, 2001, parr., 11-14).

Finalmente, y en torno a la búsqueda de implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia, se está ante un escenario de populismo punitivo en el cual,

[...] un grupo de individuos-indeterminada en número y composición social- movilizados en pos de lograr “cambios” en un sentido amplio, efímero y sin ninguna dirección concreta. Otros autores han señalado que se trata de un discurso que es caracterizado por un llamado al castigo en nombre de las víctimas.

[...]David Garland, señala que este nuevo imperativo político en la que las víctimas deben ser protegidas termina asumiendo un juego un juego de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar “de parte” de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes (Zysman, 2017, pp. 70-80).

## ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO EN TORNO A LA PENA DE PRISIÓN PERPETUA

A continuación, se presenta una breve descripción normativa respecto de cómo algunos de países, ordenamientos jurídicos y tribunales conciben desde un ámbito constitucional la pena de prisión perpetua:

### Bolivia

El Código Penal Boliviano contempla en su artículo 25 que:

[...] una declaración de principios sobre la finalidad de la sanción: La sanción comprende las penas y las medidas de seguridad. Tiene como fines la enmienda y readaptación social del delincuente, así como el cumplimiento de las funciones preventivas en general y especial. [...] Es interesante destacar que las penas perpetuas se encuentran prohibidas constitucionalmente (Juliano y Ávila, 2012, pp. 21-22).

### Brasil

Al igual que Bolivia, se prohíbe constitucionalmente la pena de prisión perpetua. Así, “en su apartado dedicado a los derechos y garantías fundamentales, en el artículo 5, inciso XLVII, expresamente rechaza las penas de carácter perpetuo. Igualmente, en su Código Penal se impone un límite de 30 años para cualquier pena privativa de la libertad” (Juliano y Ávila, 2012, p. 22). En igual medida, el Tribunal Federal ha negado solicitudes de extradición

cuando considera que la legislación del país que la requiere va en contravía con las garantías básicas del ser humano (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 69).

### Perú

La Constitución de Perú no hace referencia a las penas privativas de prisión perpetuas, y su Código Penal,

[...] luego de diversas reformas mantiene la previsión de la cadena perpetua como pena privativa de la libertad posible para algunos delitos contra la propiedad o libertad sexual, entre otros. Sin embargo, el 3 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional resolvió que la prisión vitalicia sin fecha de liberación es inconstitucional debido a que los propósitos de “reeducación, rehabilitación u reincorporación” del régimen penitenciario obligan al legislador a prever una fecha en la que la sanción habrá de concluir, lo que posibilitará al individuo encarcelado reincorporarse a la sociedad. Ello motivó que se legislara al respecto y actualmente la cadena perpetua puede ser revisada de oficio o a pedido de parte por un juez, luego de 35 años de cumplimiento de la pena (Juliano y Ávila, 2012, p. 23).

### Estados Unidos

Tomando en cuenta la distinta y variada legislación criminal en Estados Unidos por su organización federal,

[...] se pueden encontrar en los diferentes estados que integran el país prácticamente todas las formas de prisión perpetua. Actualmente, todos los Estados cuentan con la posibilidad de imponer penas perpetuas sin posibilidad de libertad condicional, con la única excepción de Alaska. [...] Una situación controvertida era la posibilidad de condenar a personas menores de edad castigos perpetuos, sin posibilidad de libertad condicional. Este tipo de castigos eran aplicables en diversos Estados (en Washington se había declarado constitucionalmente válida esta posibilidad). Realidad tratada en un informe de Humans Right Watch, donde se denunciaban los casos en que se había castigado a menores con efectivo encierro hasta su muerte.

La presión internacional llevó a que la Corte Suprema de Estados Unidos decidiera, en mayo de 2010, en la causa *Graham v. Florida*, que las personas menores de edad no podían ser condenados a sufrir privación de libertad efectivamente perpetua sin posibilidad de liberación condicional, por ser considerada una pena cruel e inhumana, contraria a la Octava Enmienda constitucional (Juliano y Ávila, 2012, pp. 24-25).

### **España**

Actualmente, en el Código Penal Español de 1995 aún vigente, se contemplan penas privativas de la libertad,

[...] como la prisión; localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria, pago

de multa, entre otras. De esta manera quedó derogada la norma implementada por las normas anteriores para recurrir a penas privativas de la libertad tales como presidio mayor y menor, prisión mayor y menor, reclusión, entre otras. Es significativo que, en la pena de prisión, se fija su duración que va desde tres (3) meses a veinte (20) años como máximo, salvo las excepciones que contenga el código. De conformidad con lo anterior se entiende que en la actualidad en la legislación española no existe la pena de cadena perpetua. Sin embargo, cabe la posibilidad de que, atendiendo a las circunstancias del recluso (edad, salud...) pueda llegar a darse eventualmente una reclusión perpetua dependiendo de la pena interpuesta en cada caso concreto (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 68).

### **Alemania**

Por su parte, Alemania declaró inconstitucional la pena de prisión perpetua por ser una pena contraria a la dignidad humana, por no haber posibilidades de recuperar la libertad, es decir, por no concebir la resocialización en tanto derecho humano fundamental.

Así pues, el Tribunal Constitucional Federal Alemán establece que el tiempo máximo de cumplimiento de una pena es de 30 años, donde igualmente estableció la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua. En esa medida, “se prohíbe la cárcel perpetua de forma explícita y se admite la pena de prisión de larga duración aplicada a los crímenes catalogados típicamente como graves. También incluye la revisión de la

condena a prisión revisable como un mandato, no como excepción” (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 65).

Cabe mencionar que igualmente el Tribunal Constitucional ha promulgado lo siguiente:

De acuerdo a la situación actual de los conocimientos no se puede asegurar que la pena de reclusión perpetua, conforme a lo previsto en la ley penal y en consideración de prerrogativa de gracia, lleve forzosamente a daños de tipo psicológico y físico que lesionen la dignidad del hombre (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 75).

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Finalmente, hay que mencionar que en Europa se admite la pena de prisión perpetua revisable donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no discute sobre la imposición de la pena desde un ámbito de la proporcionalidad de esta, sino a partir de ciertas condiciones para su legitimidad desde dos perspectivas: en primera medida, desde la necesidad de que haya una expectativa de libertad, y segundo, desde la posibilidad de revisión de la pena de prisión perpetua (Montero, Maldonado y Manrique, 2017, p. 76).

En esa medida, el TEDH respecto a la cadena perpetua “siente doctrina de que una pena perpetua irreductible, que priva al interesado de toda esperanza de ser puesto en libertad, podría vulnerar el artículo 3 de la Convención. [...] Así, el TEDH exige que la pena de prisión

perpetua o permanente no sea irreductible de iure o de facto, debiendo la pena albergar posibilidades, tanto legales como reales, de suspensión, reducción o conmutación” (Mir Puig, 2018, p. 52).

Sin embargo, desde nuestra perspectiva una pena de prisión perpetua revisable resulta un eufemismo procesal que busca auscultar en la práctica, lo que sigue siendo una pena de prisión perpetua sin garantías sustanciales (más allá de las procesales), como lo es la resocialización. Ello redundaría en una mera expectativa, mas no en una garantía, lo cual atenta contra los derechos humanos de las personas privadas de la libertad bajo la pena perpetua.

### **CONCLUSIONES**

De todo lo expuesto, se concluye que la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia como mecanismo para punir la ejecución de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes desborda todo el anclaje constitucional de un Estado Social y Democrático de Derecho de los fines de la pena, ya que ello constituye un agravio sin posibilidad de resocialización y sin tomar en cuenta criterios de razonabilidad, propio de sistemas penales que basan el poder punitivo del Estado en la concesión de penas retributivas de tipo moral, más que en penas privativas de la libertad con consideración de criterios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, sobre la base de la dignidad humana.

Así pues, con la imposición de una pena de cadena perpetua, se transmitiría un mensaje represivo y antipedagógico a la sociedad, pues erróneamente tiende a creerse que el Derecho Penal es la única vía para reprimir conductas delictivas como los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, además de las sanciones que impone el legislador con plenas garantías para los procesados, es necesario dar soluciones desde la educación y la academia.

Por ello, se hace un llamado a la racionalización del debate, y para que la sociedad se oponga ante una medida que resulta inconstitucional y atentatoria de la dignidad humana que, entre otras cosas, constituye una modalidad de tratos inhumanos y crueles.

Por lo tanto, esta medida punitiva además de ser atentatoria de preceptos constitucionales y garantías fundamentales contribuiría de manera negativa al estado de cosas inconstitucionales en las cárceles de Colombia, por lo que se hace imperativa la comprensión del Derecho Penal como mecanismo de *extrema ratio*, significando lo anterior, que solo el legislador lo debe utilizar de manera subsidiaria, extrema y cuando no existan otras formas de respuesta a los problemas sociales planteados, a contrario sensu, debe utilizarlo al mínimo como corresponde al esquema de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Finalmente, debemos señalar que con este artículo buscamos de manera categórica oponernos a la implementación de la pena de pri-

sión perpetua en Colombia, y en consecuencia reclamamos desde la academia y para todos los colombianos, que se mantenga el statu quo de la Constitución, de tal manera que se refuerce la progresividad de los derechos alcanzados por los colombianos y se evite vulnerar los pactos y tratados internacionales suscritos por Colombia, garantizando de esta manera el respeto del Bloque de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad.

## REFERENCIAS

- Arroyo, L., Lascurain, J. y Pérez, M. (2016). *Contra la cadena perpetua*. Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha.
- Alcale, M. (2016). *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*. Iustel.
- Balcarce, F. (2014). *Dogmática penal y principios constitucionales*. Editorial B de F y Euros Editores.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-038 de 1995.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-647 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-121 de 2012.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-118 de 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1404 de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-581 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1212 de 2001.
- Cuerda, A. (2011). *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Atelier.
- Huertas, O. (2009). Durkheim: la perspectiva funcionalista del delito en la criminología. *Revista de Criminología* 51(2), 103-115.
- Huertas, O.; Alcalé, M. y Amaya, C. (2019). *Cadena perpetua en Colombia: una propuesta para su rechazo desde la academia y en beneficio de la sociedad*. Editorial Ibáñez.
- Juliano, M. y Ávila, F. (2012). *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*. Editores del Puerto.
- Luzón, D. (1991). *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. Universidad de Coímbra.
- Mir Puig, S. (2011). *Bases constitucionales del derecho penal*. Iustel.
- Mir Puig, C. (2018). *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier.
- Montero, D.; Maldonado, M. y Manrique, F. (2017). *Prisión perpetua revisable: El caso colombiano desde perspectiva constitucional*. *Iustitia*, 15, 57-84.
- Pardo, A., Moncayo, A. y Olarte, A. (2019). *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Robinson, P. (2012). *El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena*. Marcial Pons.
- Rodríguez, G. (2013). *Teoría constitucional del reproche penal. Programa de un Derecho penal constitucional*. Editorial B de F y Euros Editores.
- Silvestroni, M. (2007). *Teoría constitucional del delito*. Editores del Puerto.
- Zysman, D. (2012). *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot.
- Zysman, D. (2017). *Castigo y democracia. Estudios jurídicos, sociológicos, criminológicos*. Ediciones Didot.

# Ubicación y fuerza vinculante de las subreglas jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano

## Location and binding force of the jurisprudential subregles within the colombian legal system

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6901>

### Resumen

Resulta de vital y trascendental importancia en el estudio del derecho constitucional actual, así como de la teoría jurídica, ocuparse del análisis del precedente judicial y de la capacidad que este tiene de crear subreglas con carácter vinculante y oponible a los jueces y usuarios de la administración de justicia. Trataremos no solo de desarrollar la naturaleza de dichas subreglas, sino también de mirar la ubicación que ocupan dentro del ordenamiento jurídico. Concluiremos, con meritorio acierto, que determinando la ubicación que dichos precedentes ostentan en el escalonamiento jurídico colombiano será así mismo el poder y carácter vinculante que tengan dentro del sistema normativo.

**Palabras clave:** Jurisprudencia; Corte constitucional; Subreglas; Sentencias; Ley; Constitución política; Ordenamiento jurídico.

### Abstract

It is of vital and transcendental importance in the study of current constitutional law, as well as legal theory, to deal with the analysis of the judicial precedent and its capacity to create binding sub-rules that are enforceable against the judges and users of the administration of Justice. We will try not only to develop the nature of these sub-rules, but also to look at the position they occupy within the legal system. We will conclude, with perfect success, that determining the location that said precedents have in the Colombian legal staging will also be the power and binding nature that they have within the regulatory system.

**Keywords:** Jurisprudence; Constitutional court; Sub-rules; Sentences; Law; Political constitution; Legal system.

### Eduardo Pablo Cerra Nolasco

Abogado. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre.

Contacto:

[eduardop.cerran@unilibre.edu.co](mailto:eduardop.cerran@unilibre.edu.co)

### Como citar:

Cerra Nolasco E. P. (2020). Ubicación y fuerza vinculante de las subreglas jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano. *Advocatus*, 18(35), 121-133. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6901>



### Open Access

### Recibido:

09 de agosto de 2020

### Aceptado:

19 de octubre de 2020

## INTRODUCCIÓN

Sea lo primero señalar que el presente ensayo no tiene por finalidad agotar la materia que le da título al presente escrito, sino que, por el contrario, pretendo emitir unas sucintas y breves opiniones relacionadas con el área objeto de estudio. El presente documento no es más que el embrión de uno más amplio y acabado.

Con el propósito de determinar la importancia que tienen las subreglas jurisprudenciales y la consecuente ubicación que las mismas precisan dentro del ordenamiento jurídico colombiano me permitiré desarrollar las ideas bajo el siguiente esquema metodológico.

En primer lugar, iniciaré por conceptualizar acerca del significado e importancia del ordenamiento jurídico bajo el esquema de la Constitución Política de 1991. A continuación, se examinará la noción e importancia entre los conceptos de valores, principios y reglas. Finalmente, se determinará el concepto de precedente y se le contrastará con el de jurisprudencia para determinar el alcance de cada uno. Se señalará, igualmente, la ubicación de las subreglas contenidas en los precedentes judiciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano con el propósito de determinar su peso y fuerza vinculante dentro del mismo.

## SOBRE EL CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO BAJO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Antes de indicar cómo se organiza el ordenamiento jurídico colombiano en los términos y vigencia de la Constitución Política de 1991 resulta menester ubicarnos, rápidamente, en el nacimiento de dicho concepto.

La noción de ordenamiento jurídico se dirige o, mejor, apunta a indicar que se trata, básicamente, de un conjunto de normas jurídicas que, organizadas de manera coherente y armónica, integran un sistema normativo propio y unitario.

Durante los siglos XVIII y XIX, el modelo de Estado liberal evoluciona hacia la victoria de la norma estatal escrita. La ley es considerada la norma por excelencia, superior en rango y en eficacia por sobre cualquier otra, y las Constituciones no eran más que un simple documento programático y político sin ninguna aplicación normativa.

Muchos autores atribuyen el nacimiento de la teoría del ordenamiento jurídico al jurista austriaco Hans Kelsen, cuando en realidad los primeros plumazos, por así decirlo, pertenecen al otrora jurista vienés Adolf Julius Merkl que, en su famosa teoría del *Stufenbaulehre*<sup>1</sup> citado por Giraldo Ángel (2002), escribió:

<sup>1</sup> Teoría jurídica alemana que se ha entendido en su traducción al español con el nombre de "Escalonamiento Jurídico".

[...] el derecho no es, como a veces se cree, una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos en un sistema. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta: la creada con la actual regulación es inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma –la de grado más bajo– se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra de grado aún más superior” (p. 149).

Esta teoría se distingue por basarse en un modelo de norma escrita legislada caracterizada por: estabilidad, generalidad, unidad, unilateralidad, permanencia y el carácter imperativo y proposicional.

Este sistema de ordenamiento jurídico, iniciado en la teoría de Merkl, fue desarrollado de manera más extensa y precisa por Kelsen (1982) en su *Teoría Pura del Derecho* al indicar que:

[...] la sentencia judicial es legítima porque se profirió conforme al reglamento, y éste se impone porque es a la ley, la que a su vez le sirve de fundamento porque fue dictada conforme a la Constitución, la cual debe su validez a que fue creada por quien tiene el poder de darla

y es válida incondicionalmente porque, como poder originario que es, no está sometida a ninguna autoridad (p. 107).

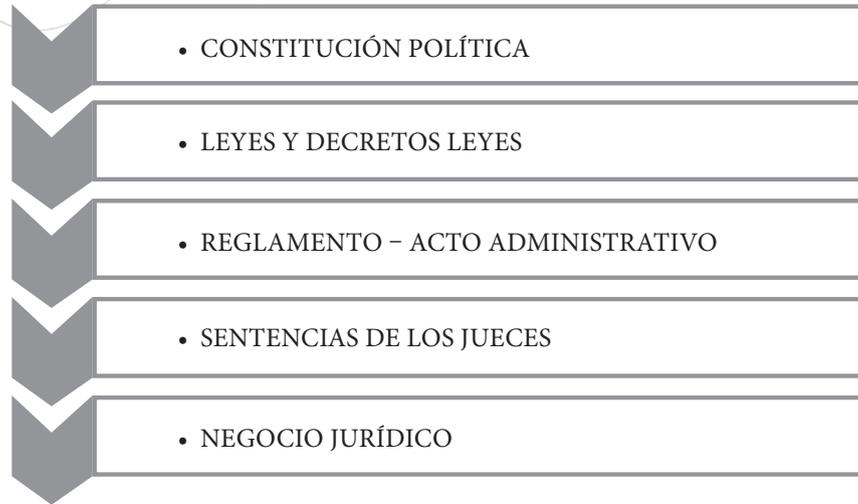
El ordenamiento normativo, que en principio se caracterizó por ser positivo, se organizaba de manera escalonada, no piramidal, a través de normas jurídicas yuxtapuestas que se sirven unas de otras en una relación de “fundamento y aplicación”, sirviendo las de arriba como fundamento de las de abajo y éstas como aplicación de aquéllas.

En este orden ideas, tenemos que la Constitución se ubica en la cima de dicha escalera jurídica, debajo de ella la ley, seguidamente, los decretos-leyes, a continuación, el reglamento o actos administrativos y, finalmente, en la parte más baja de dicho escalonamiento las sentencias de los jueces y el negocio jurídico.

Como dije, en este ordenamiento de normas yuxtapuestas, las disposiciones más altas sirven de fundamento a las más bajas y, a su vez, las de abajo son aplicación de la que le precede.

Empero, si todo el sistema normativo se sustenta en una Constitución Política, nos preguntamos: ¿sobre qué base se sustenta dicha Constitución? El mismo Kelsen responde a esta pregunta. Sostiene que se soporta en una denominada *Norma Fundamental*<sup>2</sup> y que la misma, al no haber sido creada de conformidad con un procedimiento legislativo o parlamentario, no se constituye en una norma de derecho positivo;

<sup>2</sup> *Grundnorm*.



**Figura 1. Orden normativo**

Fuente: elaboración propia.

no es una norma puesta, sino supuesta (Kelsen, 1982, p. 139).

En un lenguaje más práctico y accesible, podemos entender que esta *Norma Fundamental*, *Norma Básica* o *Groundnorm* corresponde a toda una serie de valores, principios y costumbres que identifican y caracterizan a un determinado pueblo. Tal como lo afirma la teoría del positivismo puro no es una norma propiamente dicha, sino que se asimila, palabras más palabras menos, a un sistema axiológico. En el caso colombiano, así como en muchos otros<sup>3</sup>, ese catálogo de valores que componen la *Groundnorm* se encuentran consignados en el Preámbulo de la Constitución de 1991.

En estricto rigor jurídico, la Constitución, como verdadera norma jurídica, no se encuentra

sujeta a la *Norma Fundamental* del Kelsen, sino que se inspira en ella para ser soportada axiológicamente.

Ahora bien, las transformaciones experimentadas por el Estado y la sociedad durante el siglo xx, han producido una especie de subversión del panorama antes descrito. El sistema normativo u ordenamiento jurídico ha ido adquiriendo una complejidad extraordinaria generado, entre otras razones: i. Por el carácter normativo que se le ha dado a la Constitución; ii. Por la crisis que ha padecido la norma escrita; iii. Por el carácter vinculante que ha ido adquiriendo la jurisprudencia dictada por los órganos judiciales de cierre en cada jurisdicción; y, iv. Por la integración en el orden interno de los tratados o pactos internacionales que reconocen derechos humanos.

Precisamente, fueron estas circunstancias las que llevaron al Consejo Constitucional francés a integrar al ordenamiento jurídico

<sup>3</sup> Se cita a título de ejemplo los preámbulos de las Constituciones de Venezuela de 1999 y el de la 4ª República francesa de 1946.

de ese país el concepto de Bloque de Constitucionalidad, mediante los famosísimos *Arrêts* D-39 de 1970 y D-44 de 1971. Y es que no se puede perder de vista que las Constituciones de las cinco repúblicas francesas expedidas después de la Revolución de 1789 se han caracterizado por adolecer de partes dogmáticas (clausulado de derechos), eso debido, en mi opinión, a que hasta antes de la década del setenta del siglo pasado los franceses veían en la ley, expedida por la Asamblea, el verdadero instrumento de desarrollo y asignación de derechos para los ciudadanos, tal como fueron establecidos, entre otros, por el Código Civil de Napoleón de 1804, y la Constitución no era más que un simple documento programático y político, sin ningún vigor normativo, que debía dedicarse exclusivamente a organizar las instituciones políticas y administrativas del Estado francés.

En Colombia, el desarrollo del mencionado bloque tuvo una evolución diferente. Aunque se le dio peso prevalente en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, solo fue con las sentencias C-578 y C-225, ambas de 1995, en las que la Corte Constitucional empleó expresamente el término Bloque de Constitucionalidad, para referirse a que las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario –DIH, junto con la ley estatutaria que regula los estados de excepción, integran, con la Constitución Nacional, un Bloque de Constitucionalidad.

Se entiende por Bloque de Constitucionalidad, en los términos de Vidal (2009), como

[...] el cuerpo de disposiciones a las cuales se les atribuye la condición de hacer parte de las disposiciones de la Constitución para efectos del control de constitucionalidad. O sea que se aumenta el número de estas disposiciones para producir mayores efectos constitucionales y, a la postre, dar mayores poderes al juez constitucional (p. 45).

Obviando el denso desarrollo que ha tenido el concepto al interior de la Corte Constitucional, podemos afirmar, sin parar mientes, que en la actualidad dicho Bloque se encuentra integrado por los siguientes instrumentos jurídicos:

1. En primer lugar, la Constitución Política (artículo 4 de la Carta de 1991).
2. Los Tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos (art. 93).
3. Los derechos naturales (art. 94).
4. Las sentencias de la Corte Constitucional (art. 243).
5. Las leyes Estatutarias (art. 152).
6. Las leyes orgánicas (art. 151).

Este concepto de Bloque nos permite concluir, anticipadamente, que la Constitución está contenida en diversas fuentes normativas y no puede ser percibida como un documento único, sino que corresponde a una categoría más heterogénea, plural y compleja. En resumen, existen diversas fuentes o tipos normativos que se pueden contener en la Constitución.

La adopción e incorporación del concepto de Bloque de Constitucionalidad ha permitido, en consecuencia, variar el orden de configuración del ordenamiento jurídico y hoy, de manera sucinta, podemos organizarlo de la siguiente:

En la cúspide de la escalera ubicamos al Bloque de Constitucionalidad (con cada uno de los cinco componentes enunciados); un escalón abajo, la Ley (emitida formalmente por el Congreso o los decretos emitidos por el gobierno nacional en uso de las facultades previstas en los artículos 150, numeral 10, y 212 a 215 de la Constitución Política); luego, los Decretos Reglamentarios y/o Reglamento en general; a continuación, los reglamentos locales; y, finalmente, en la parte más baja del escalonamiento jurídico, el Negocio jurídico.

### NOCIÓN E IMPORTANCIA ENTRE LOS CONCEPTOS DE VALORES, PRINCIPIOS Y REGLAS

Para los efectos del presente ensayo, resulta indispensable tener claridad, el menos meridiana, entre los conceptos de valores, principios y reglas jurídicas, así como la importancia y aplicación que ostentan dentro del sistema normativo colombiano.

Entiéndase por **regla** cualquier proposición prescriptiva que contiene un precepto de conducta establecido por una autoridad legítimamente constituida y expresada en normas imperativas del ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1287 de 2001, indicó que “las reglas son las disposiciones

jurídicas en las que se define, de forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina las consecuencias jurídicas”.

El máximo exponente de este sistema conceptual es, sin duda, Hart (1963), quien manifiesta:

Una vez que abandonamos la opinión de que el fundamento de un sistema jurídico consiste en el hábito de obediencia a un soberano ilimitado jurídicamente, y la reemplazamos por la concepción de una regla de reconocimiento última, que da al sistema de reglas ciertos criterios de validez, aparece ante nuestros ojos todo un campo de atractivos e importantes problemas. Son problemas relativamente nuevos, porque permanecieron ocultos mientras la teoría jurídica y la teoría política se atenían a las viejas formas de pensamiento (p. 137).

Por su parte, los **principios** son normas fundamentales y generalísimas del sistema jurídico que se caracterizan por su textura abierta, y en los que, no necesariamente, se establecen consecuencias a la proposición en ellos contenida. Los principios constitucionales y los principios generales del derecho tienen carácter vinculante y son de obligatoria observación.

La Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-1287 de 2001, manifestó que “los principios, entendidos como concepto deontológico, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisos o derechos”.

El máximo exponente y defensor del principalismo jurídico es, sin duda, el norteamericano Ronald Dworkin que, ante la afirmación de Hart de acudir a la discrecionalidad judicial al momento de resolver los casos difíciles o en penumbra, Dworkin (1978) repone:

cuando un caso no está claramente cubierto por una regla (porque no hay ninguna regla que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas, o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <aplicando la ley>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo, un juez, que <ejercer su discreción>, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una ya existente (pp. 65-66). [Y continúa] mi conclusión es que, si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, según el cual, el derecho de una determinada comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra (p. 99).

Mientras que las **reglas** son normas cuyo texto establece una prescripción que solo puede ser cumplida o incumplida, los **principios** son normas que ordenan la realización de algo en la mejor manera posible, o sea, que son mandatos de optimización.

Finalmente, los **valores**, en los términos de la providencia antes citada de la honorable Corte colombiana

son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen valores al igual que las que consagran principios, determinan el contenido de otras normas, y aquéllas sólo se diferencian de éstas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Lo cierto es que en todas las anteriores formulaciones subyace la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento. Las cosas que importan a una sociedad en un determinado tiempo se llaman Valores, justamente porque valen, porque es preciso defenderlos (se destaca extra texto).

En los términos antes descritos, los valores constitucionales solo tienen eficacia interpretativa, los cuales deben ser delimitados a través de las leyes. Los valores son definitorios al momento de resolver un problema de interpretación, no son normas de aplicación directa que puedan resolver aisladamente un caso concreto. Estos valores constitucionales los ubicamos en el preámbulo de la Constitución Nacional.

## PRECEDENTE JUDICIAL Y EL CONTENIDO DE SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES

Considero primordial resaltar la importancia en diferenciar los conceptos de precedente judicial con el de jurisprudencia, los que, para efectos del presente ensayo, resultan de vital importancia.

Ha sido precisamente la jurisprudencia de las altas cortes la que ha indicado que de la redacción e interpretación del artículo 230 constitucional, se precisa la diferencia entre ambos conceptos.

En una destacada sentencia del 30 de mayo de 2019, emitida dentro del Expediente núm. 130012333000-2018-00394-00, la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó que el precedente es la decisión o conjunto de decisiones que sirven de referente a un juez que debe pronunciarse respecto de un asunto determinado, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos, y respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye la subregla que vincula al operador jurídico a fallar en determinado sentido.

La mencionada figura del precedente puede también relacionarse con aquella competencia que cumplen las altas cortes como generadoras de subreglas jurisprudenciales que hacen parte del ordenamiento jurídico y que tiene carácter vinculante, ejercida a partir de su doble función como órganos de cierre y como organismos encargados por la Constitución para ejercer

la labor de máximo interprete dentro de su respectiva jurisdicción.

Por su parte, la jurisprudencia solo es concebida como un criterio auxiliar de la actividad judicial y su característica fundamental consiste en que en ellas no se crean subreglas jurisprudenciales, sino que se aplican las existentes por el ordenamiento jurídico.

La Sala concluyó que no cabía la menor duda que solo el precedente es vinculante para los jueces, es decir, solo aquellas providencias judiciales en las que, dentro de la *ratio decidendi*, se crearan y consignaran subreglas jurisprudenciales.

Ahora bien, ¿qué entendemos por subreglas jurisprudenciales? García (2014) responde a esta pregunta en los siguientes términos:

La aplicación del antiformalismo llevó a la Corte Constitucional (Sentencia SU-047 de 1999) a definir el precedente, como los presupuestos fácticos, que subyacen en la *ratio decidendi* emanados de la interpretación de una norma superior para la solución de un caso concreto. Explica, además, que los precedentes cumplen funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de Derecho legislado como el colombiano. En síntesis, en el sistema jurídico colombiano hace carrera la técnica del precedente. Por medio de la *ratio decidendi*, se crean subreglas que se constituyen en norma, en los términos en que indica el fundamento jurídico de la decisión, ejerciendo este organismo de cierre control constitucional sobre estas. Al respecto, dijo la Corte Constitucional

en la Sentencia C-634 de 2011, al referirse al proceso interpretativo que era necesario la armonía entre el mandato legal y los principios y valores constitucionales; labor realizada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar la jurisprudencia con carácter de autoridad y, por lo tanto, las subreglas resultantes son vinculantes (pp. 58-68).

Como se observa, de lo antes anotado, las subreglas no son más que contenidos prescriptivos y normativos contenidos en providencias judiciales, que no se encuentran previamente desarrollados por el legislador a través del procedimiento legislativo. La subregla jurisprudencial se contiene en la *ratio decidendi* o, incluso, en la parte resolutive de la providencia judicial, y es esta subregla, precisamente, la que permite distinguir a un precedente judicial de la mera jurisprudencia.

Constituyen claro ejemplo de subreglas jurisprudenciales las contenidas en la sentencias C-239 de 1997 en la que la Corte declaró la exequibilidad del artículo 326 del decreto 100 de 1980 (otrora Código Penal) “con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”; así también como en C-355 de 2006, en la que la misma corporación judicial declaró, entre otras cosas, la exequibilidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (actual Código Penal),

en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En las dos sentencias citadas observamos como la Corte desarrolla verdaderos contenidos normativos y prescriptivos que, en principio, no se desarrollaron a través del procedimiento legislativo ordinario, sino que se crean e imponen a través de decisiones judiciales, constituyendo verdaderos precedentes.

Ahora bien, la Corte Constitucional, al revisar el concepto de doctrina probable, contenido en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, efectuó unas importantes anotaciones a cerca de la importancia y peso que tenía el precedente judicial dentro del ordenamiento jurídico. En primer lugar, advirtió la Corte respecto del artículo 230 superior que:

La sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que se refiere al ordenamiento jurídico

como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución (Corte Constitucional, 2001).

En segundo lugar, respecto de las partes de la estructura de la decisión judicial que resultan vinculantes con carácter normativo indicó que en la misma providencia que:

si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial.

Explicó que la fuerza normativa de la doctrina dictada por las altas cortes deviene de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; del principio de la buena

fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; y, finalmente, del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido.

De lo dicho hasta ahora, podemos concluir que, para la Corte Constitucional así como para quien escribe estas líneas, las subreglas jurisprudenciales, así como el precedente donde se encuentran contenidas, ocupan un lugar de privilegio dentro del ordenamiento jurídico, ubicándose en el mismo nivel o escalón en el que se encuentra la norma jurídica que se está interpretando por la máxima corporación judicial, es decir, los precedentes judiciales que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, por ejemplo, dicten en ejercicio de su labor interpretativa de la ley ocupan en dicho ordenamiento, el mismo nivel de la ley que están interpretando, así como los precedentes judiciales que dicta la Corte Constitucional en ejercicio de su labor como suprema guardiana y protectora de la Constitución se unen al escalonamiento jurídico en el mismo nivel en que se ubica a la Constitución Política.

Así, se ha sostenido, entre otras, en Sentencia C-104 de 1993 que:

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutoria de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la

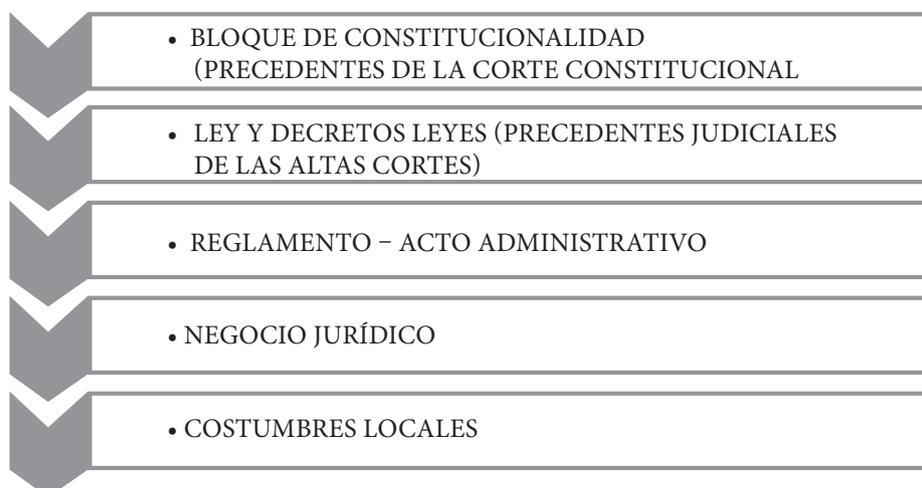
Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución” (se subraya).

De una manera gráfica, lo representamos de la siguiente manera, en la que se la inclusión dentro del ordenamiento jurídico de los precedentes judiciales de la Corte Constitucional al lado de la Constitución, y los del resto de las altas cortes (Corte Suprema, Consejo de Estado, etc.) al lado de la ley:

Ahora bien, con todo lo expuesto, vale la pena destacar o, mejor, distinguir, el carácter vinculante, que no obligatorio, del precedente judicial. Esta característica le impone al juez el deber de respetar y atender las subreglas contenidas en los precedentes; sin embargo, se le permite apartarse del mismo para el caso concreto que se esté juzgando, a condición de

que exponga de manera razonada y suficiente los motivos que lo conducen a desatender el mismo. Este carácter vinculante es propio de los sistemas jurídicos modernos de tradición romano germánica, pero no así en los sistemas anglosajones en los que la figura del precedente adquiere, más bien, un carácter obligatorio, en los que muy difícilmente el juez puede rehusar su aplicación. En este sentido ha expresado la Corte Constitucional que:

el juez puede apartarse de un precedente cuando demuestre que no se configuran los mismos supuestos de hecho que en un caso resuelto anteriormente o cuando encuentre motivos suficientes para replantear la regla jurisprudencial. Para tal fin, el funcionario debe cumplir dos requisitos: (i) En primer lugar, debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia). (ii) En



**Figura 2. Corte constitucional escalonamiento**

Fuente: elaboración propia.

segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente). Así, en conclusión, si un juez asume una posición contrapuesta en casos similares, sin que presente argumentación pertinente y suficiente, se verá incurso en una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (SU-515 de 2013).

En los mismos términos se redactó el artículo 7 del Código General del Proceso, en el que, por cierto, se legaliza el carácter vinculante del precedente judicial, así:

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos (resaltado es mío).

## CONCLUSIONES

De lo expuesto concluimos, en resumen, que:

1. El ordenamiento jurídico se encuentra constituido por un conjunto de normas

yuxtapuestas que se encuentran organizadas de manera escalonada.

2. Ese escalonamiento jurídico se basa en una relación o binomio de Fundamento – Aplicación, por medio de la cual las normas más altas sirven de fundamento a las más bajas y estas, a su vez, no son más que aplicación de aquellas en las que se fundamentan.
3. El mencionado escalonamiento se sustenta, en la actualidad, sobre la base de un bloque de constitucionalidad que tiene carácter normativo.
4. La providenciales judiciales de las altas cortes se constituyen en verdaderos precedentes judiciales cuando en ellas se incorporan verdaderas subreglas jurisprudenciales.
5. Dichas subreglas se identifican en la *ratio decidendi* de la providencia, así también como en la parte resolutive de la misma.
6. Finalmente, estos precedentes judiciales tienen, dentro del ordenamiento jurídico, carácter vinculante, permitiéndole a los demás jueces apartarse del mismo para el caso concreto a condición de exponer de manera razonada y suficiente los motivos que lo conducen a tomar semejante decisión. Este carácter vinculante, unido a la facultad de interpretación y aplicación de la Constitución y de la ley, conduce a ubicar al precedente judicial y, en consecuencia, a la subregla jurisprudencial en este contenida, en la parte más alta del escalonamiento jurídico, en tratándose de los precedentes de la Corte

Constitucional y al lado de la ley, cuando nos referimos a los precedentes de las restantes altas cortes.

## REFERENCIAS

Dworkin, R. (1978). *Los derechos en serio*. Ariel Editores.

García, K. (2014). *Control constitucional a las subreglas incorporadas en las sentencias de los jueces*. En *Justicia*, 26. Publicaciones Universidad Simón Bolívar.

Giraldo Ángel, J. (2002). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. (9ª ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. [Carrió, G. Trad.]. Editorial Abeledo Perrot.

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Editorial Ariel.

Vidal, J. (2009). *Introducción al control constitucional (Teoría y aproximación a la práctica en Colombia)*. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.



# Educación para la paz y espacios de convivencia desde la perspectiva de los derechos humanos

## *Education for peace and spaces of coexistence from the perspective of human rights*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6902>

### Resumen

En el mundo, el devenir de los últimos tiempos ha estado plagado de una violencia en el ámbito sociopolítico, derivada de una crisis axiológica desarrollada por un afán de poder en unos casos, y de supervivencia en otros. Ello ha conllevado a incontables pérdidas materiales y humanas, desdeñando aquellos primarios derechos humanos, a la vida, a la salud, al bienestar, como ideales fundamentales del hombre. Bajo ese fundamento, y en la búsqueda de la reflexión, y el ideal de acción de los actores significantes, surge la inquietud y el propósito de estudio: analizar la educación para la paz y espacios de convivencia desde la perspectiva de los derechos humanos, basado en una compilación teórica, conceptual, normativa y doctrinaria, en una revisión documental de expertos en el área, donde se describen y examinan factores propios de esas temáticas, aplicando la hermenéutica jurídica, como método idóneo en el examen de investigaciones político-jurídicas.

**Palabras clave:** Educación; Paz; Convivencia; Armonía; Derechos humanos.

### Abstract

In the world, the evolution of recent times has been plagued by violence in the socio-political sphere, derived from an axiological crisis developed by a desire for power, in some cases, survival in others. This has led to countless material and human losses, disregarding those primary human rights, to life, health, and well-being, as fundamental ideals of man. Under that foundation, and in the search for reflection, and the ideal of action of the significant actors, the concern and purpose of study arises, to analyze education for peace and spaces for coexistence from the perspective of human rights, based in a theoretical, conceptual, normative and doctrinal compilation, in a documentary review by experts in the area, where factors specific to these issues are described and examined, applying legal hermeneutics, as an ideal method in the examination of political-legal research.

**Keywords:** Education; Peace; Coexistence; Harmony; Human rights.

### Lenys Piña

Doctora en Ciencias de la Educación.  
Contacto: [dralenysp@gmail.com](mailto:dralenysp@gmail.com)

### Milvia Zuleta Pérez

Docente de la Universidad de la Guajira, Colombia.  
Contacto: [planeacion@uniguajira.edu.co](mailto:planeacion@uniguajira.edu.co)

### William Bermúdez Bueno

Docente de la Universidad de la Guajira, Colombia.  
Contacto: [wbermudez@uniguajira.edu.co](mailto:wbermudez@uniguajira.edu.co)

### Como citar:

Piña L. y Zuleta Pérez M. (2020). Educación para la paz y espacios de convivencia desde la perspectiva de los derechos humanos. *Advocatus*, 18(35), 135-155. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6902>



### Open Access

### Recibido:

09 de agosto de 2020

### Aceptado:

29 de octubre de 2020

## CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL

Con el correr del tiempo, Colombia ha estado signada por un conflicto armado de más de medio siglo; el cual nació como corolario de la violencia bipartidista en la mitad del siglo pasado, dejando aproximadamente más de 300 mil muertos y una enorme cantidad de familias desplazadas en las zonas rurales y urbanas en gran parte del territorio nacional. Casi todas las generaciones de colombianos desde la independencia han tenido que convivir con diversos tipos de situaciones en las que la violencia ha marcado sus vidas, dejando de lado la visión de los derechos humanos que, ante incesantes luchas, se habían logrado, obviando uno de los pilares fundamentales como lo es la educación considerada eslabón fundamental para el desarrollo de una cultura de la paz.

Este escenario, como lo plantea Pérez (2015), no ha sido la única época de violencia política del país; su historia nacional ha estado signada por guerras civiles y acciones de exterminio desde la época de la conquista española, además de ser afectado por el narcotráfico, el paramilitarismo y las bandas criminales, las cuales han puesto una importante cuota de violencia, que se suma a la intolerancia y múltiples formas de violencia cotidiana en medio de las cuales conviven propios y extraños de la región.

Ello se constata con los datos del informe Forensis 2015 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2015), donde refleja una cantidad de muertes violentas y homicidios,

dando paso a la otra gran problemática asociada a la violencia en el país, es decir, la impunidad, que quiebra la confianza ciudadana en el sistema judicial y conduce, por la rabia o el miedo consecuentes, a afianzar la idea de hacer justicia por mano propia como lo justo y correcto. Es así que la violencia sociopolítica fue causante del 14,4% de los homicidios. El 85,6% restante tuvo origen en violencia interpersonal (ajuste de cuentas, riñas, intervención legal, embriaguez), violencia económica (atracos y hurto), violencia intrafamiliar y violencia sexual.

En el mismo orden de ideas, también es importante mencionar en relación a otros países a Venezuela, el cual había vivido por largos años en democracia, en un cuasi paraíso de riquezas, bonanza económica y libertad, tal como lo expresa Parra (2001), la misma era un escenario donde se podía visualizar la situación de la educación en y para los derechos humanos en el sistema educativo, debiendo tener como función primordial la formación de personas autónomas, conscientes de sus derechos y deberes, con concepción crítica de la vida, conocedoras de su entorno, debiendo, a la vez, como consecuencia, formar seres humanos sensibles y solidarios con sus semejantes, con pleno desarrollo de su potencial creativo; de acuerdo con los valores que se pretenden de un ciudadano apto para una sociedad democrática.

En función de lo anterior, para los actuales momentos, la situación en Venezuela ha venido generando una serie de cambios en cuanto a la realidad planteada y es que la misma se ha visto sumergida en un caos, desde su realidad

política, económica, social, educativa, cultural, en la cual se han comprometido las instituciones políticas, tras un ropaje pseudodemocrático, pero que devela una suerte de dictadura si se observan los presos políticos, torturas, maltratos, pobreza y rechazo a todo aquel que piense distinto al gobierno que ostenta el poder.

Por otro lado, también se observa el desconocimiento del actual gobierno por parte de diversos países a nivel mundial, y desde esa óptica, instituciones paralelas a la Asamblea Nacional legalmente aprobada por el pueblo, un Tribunal Supremo de Justicia nombrado por esa Asamblea Nacional que opera desde el exilio, y una treintena de instituciones propias de la administración pública que solo atienden a los mandatos presidenciales, sin obviar la generación de un cuerpo armado de militares y colectivos sociales que producen derramamiento de sangre y terror en la población.

La situación descrita en ambos países, en opinión de los investigadores, ha generado la transgresión normativa, la violación a las disposiciones legales que, de manera obligante, a partir de tratados internacionales y de normas internas, convocan al conglomerado social a la tutela de los derechos humanos, que van desde el respeto a la vida, como fin supremo del hombre, hasta sus modos de supervivencia, bienestar, libertad de acción y pensamiento, y equivale a desarrollar, un individuo apto a los fines propios y a los ideales del Estado. En este sentido, se requiere del hombre mismo, y de las instituciones gubernamentales, convertirse en agentes de cambio de su propia vida, en el

intento de educarse para la paz, desterrando la violencia que solo ha logrado afectar sus propósitos y metas más anhelados.

## **COLOMBIA Y VENEZUELA NORMALIZANDO LA PAZ**

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) busca alcanzar la plena realización del ser y su creciente voluntad de desarrollo personal y social en un marco de respeto de sus derechos, deberes y garantías, donde los Estados aseguren su pleno cumplimiento, a través de su conocimiento y aceptación. Desde esta óptica, los derechos humanos se presentan universales, indivisibles e interdependientes, como también lo ha planteado por décadas PROVEA (1997). Es decir, son derechos de todos, en todos los lugares, relacionados unos a otros; no se privilegian ni se jerarquizan, todos los derechos son importantes, sin distinción alguna; y a esa normatividad internacional deben adecuarse los Estados miembros.

En el caso de Colombia, ha sido creciente el interés por darle cumplimiento a esas normas, haciendo de la educación un puntal importante en la construcción de cultura de paz, convivencia armónica y el respeto por los derechos humanos. Es así como se observa que la Constitución Política de Colombia (1991) ordena en su artículo 67 lo siguiente: “La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”.

Así mismo, nueve de los trece fines de la educación que se plantean en el artículo 5 de la Ley General de Educación (2009) se refieren a la formación de un sujeto social capaz de convivir en paz consigo mismo, con los demás y con el ambiente. Por su parte, el Ministerio de Educación Nacional de Colombia (2012) implementa desde hace varios años cuatro programas transversales, enfocados claramente a la formación de los estudiantes como personas pacíficas, cuidadoras y respetuosas de los derechos, a saber: Programa de formación en competencias ciudadanas, Programa de educación para los derechos humanos, Programa de educación ambiental, y Programa de educación para la sexualidad y construcción de ciudadanía.

También se han formulado dos Planes Nacionales de Educación (1995-2005) y (2006-2016), que tuvieron como eje central la educación para convivir en paz. Así mismo, la Ley 1620 (2013) creó el Sistema Nacional de convivencia escolar y formación, con los siguientes fines: el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad, y la prevención y mitigación de la violencia escolar, y en su reglamentación el Ministerio del ramo educativo decretó una ruta de atención.

Más recientemente, fue sancionada la Ley 1732 (2014), la cual estableció la obligatoriedad de la Cátedra de la Paz en todas las instituciones educativas del país en todos los niveles, “con el fin de garantizar la creación y fortalecimiento de una cultura de paz”. En igual sentido, el correspondiente Decreto reglamentario No. 1038 (2015) expedido por el Ministerio de Educación

Nacional en ese mismo determina que dicha cátedra tendrá como objetivos los siguientes:

Fomentar el proceso de apropiación de conocimientos y competencias relacionadas con el territorio, la cultura, el contexto económico y social y la memoria histórica, con el propósito de reconstruir el tejido social, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de la Constitución.

De la misma manera, enfatiza que serán objetivos fundamentales de la Cátedra de Paz, contribuir al aprendizaje, la reflexión y al diálogo sobre la cultura de paz, la educación para la paz y el desarrollo sostenible. Para lograr esos objetivos, el referido decreto ordena que los establecimientos educativos deberán determinar unos contenidos que aborden al menos dos de las siguientes temáticas: justicia y derechos humanos; uso sostenible de los recursos naturales, protección de las riquezas culturales y naturales de la nación, resolución pacífica de conflictos, prevención del acoso escolar, diversidad y pluralidad, participación política, memoria histórica, dilemas morales, proyectos de impacto social, historia de los acuerdos de paz nacionales e internacionales, proyectos de vida y prevención de riesgos.

El mencionado decreto igualmente estipula que la Cátedra de la Paz deberá ser incorporada en el plan de estudios en una de estas tres áreas: ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia; ciencias naturales o educación ambiental; o educación ética y

valores humanos. Así mismo, determina que las entidades territoriales certificadas deberán realizar procesos de capacitación y formación de docentes para la Cátedra de la Paz.

Todas estas iniciativas pudieran estar dando resultado, buscando avanzar de manera efectiva en la formación de un *ethos* democrático en los estudiantes, que les desarrolle los valores suficientes, según plantea Buxarrais (2014) y las capacidades para convivir armónicamente, pudiendo, en tal sentido, contrarrestar la violencia en sus diferentes matices, que siguen en aumento en los establecimientos educativos, logrando mejorar los resultados de las pruebas sobre competencias ciudadanas.

No obstante, aun con las iniciativas planteadas, a grandes rasgos se ha observado la inocuidad e ineffectividad de esos programas, fundamentados en las normas prescritas, y aún no se ha intentado determinar los impactos que puede generar la cátedra de la paz, dada su reciente implantación; pero, probablemente tampoco se convertirá en la solución para lograr una educación en cultura de paz, en razón a que se debe intentar un aprendizaje significativo por parte de los estudiantes, los destinatarios, e incluso su asimilación o aprehensión inicial de los docentes.

Y es que en educación los resultados tienen mucho que ver con los cómo, la forma o la manera cómo opera el docente, no con qué se está aprendiendo, es decir, los contenidos y la cátedra de la paz, tal como la plantea el Ministerio de Educación se enfoca fundamentalmente a tales contenidos, sin

orientar sus acciones a la capacitación docente en tal sentido, con miras a que estos se conviertan en multiplicadores de la paz que de verdad se considera la razón fundamental.

Por otra parte, se ha de tomar en cuenta que, en general las políticas educativas del Ministerio de Educación Nacional de Colombia, sin obviar distintos Ministerios del mundo, siguen poniendo el énfasis formativo en la apropiación de conocimientos disciplinares, privilegiando la dimensión cognitiva, en desmedro de la parte del ser, de la dimensión incluso espiritual, en la cual deben ser formados los estudiantes, niños y adolescentes, de manera que se vaya forjando futuro en el respeto a los principios fundamentales del hombre y sus derechos humanos, en pro de la dignidad del mismo.

Por su parte, en Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) en su artículo 102, y la Ley Orgánica de Educación (2009) en su artículo 3, contemplan la educación, por un lado, como el desarrollo pleno de individuos, y por otro, su participación en el proceso social venezolano. Este amplio marco, y en especial la Ley de educación, según lo expresa la Red venezolana de educación en y para los derechos humanos (2001) debe llevar a replantear la implementación de tales principios de forma tal que estén acordes a la superación de los problemas nacionales y la incorporación en una dinámica globalizante, que contempla el respeto a los derechos humanos aceptados por la mencionada declaración de las Naciones Unidas como aspecto fundamental para superar las contradicciones del país.

Por su parte, a partir de su implementación, en abril de 2000, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) contempla la vinculación del proceso educativo con los derechos de esos sujetos. Sus principios de Igualdad y No Discriminación, el Niño como Sujeto de Derecho, Interés Superior del Niño, Prioridad Absoluta, Participación y el Rol Fundamental de la Familia; incorporan aspectos plenamente vinculados a los derechos humanos, con las adaptaciones a las necesidades especiales de la niñez. En el articulado referente a los derechos, particularmente del 53 al 68, aparece explícita una nueva situación que requiere la asimilación de nuevas formas de relacionarse con los niños y adolescentes en el aula, asumiendo su condición de sujetos de derechos y capaces de asumir responsabilidades por su conducta.

Así mismo, la posibilidad de aplicar esta educación aumenta con la Resolución N° 1484 (1997) del Ministerio de Educación de Venezuela sobre “Educación en Valores y Derechos Humanos”, de fecha 8 de octubre de 1997, que incluye una valoración positiva de las ideas para hacer el sistema educativo venezolano acorde a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Pero, esta situación, como señaláramos con anterioridad, no se decreta ni se impone, para esto hace falta el conocimiento y sentimiento de la esencia de los derechos humanos. Esta sola acción no es suficiente.

En tal sentido, consideran los investigadores que, para su implementación, se hace necesario preparar a la comunidad educativa en la

aplicación de estas normas jurídicas, así como también en la comprensión y vivencia de los valores democráticos de libertad, como lo plantea Amnistía Internacional (1994), además de justicia y responsabilidad compartida; solo de esa manera sería posible una educación efectiva en completo apego a los derechos humanos que han sido tan vulnerados en los últimos tiempos.

En el mismo orden de ideas, ha de referirse que el actual Currículo Básico Nacional (CBN, 1997) en el Nivel Educación Básica, contempla en sus ejes transversales, como lo aconseja Tchimino (2008), el eje transversal Valores, lo que representa una posibilidad para iniciar un proceso de incorporación de educación en derechos humanos. Los valores que este contempla incluyen respeto a la vida, libertad, solidaridad, convivencia, honestidad, entre otros, que, aunque no son todos los mencionados permiten un acercamiento a su intención, dándole un espacio formal para la educación en derechos humanos.

Ahora bien, como lo expresa Parra (2001) tradicionalmente se ha supuesto que la formación y desarrollo intelectual son garantías para el desarrollo de las instancias morales y la formación de una conciencia social. De aquí se desprende que las escuelas y sus currículos se han organizado, orientado y especializado en impartir conocimientos y saberes universales, suponiendo que en estos están implícitos los mensajes valóricos y actitudinales que los estudiantes internalizan. En la realidad actual, la práctica indica que esto no ha funcionado, dado que entre esos estudiantes “formados” están

quienes han sido irrespetuosos y victimarios de sus congéneres, violando sistemáticamente sus derechos fundamentales propiciando mayores situaciones de insolidaridad.

De la misma manera, puede señalarse que los proyectos pedagógicos representan una herramienta para instrumentar planes para la educación en y para los derechos humanos, dentro y fuera del aula; los mismos pueden estar centrados hacia la enseñanza de los contenidos vinculados a los valores ciudadanos, o solo implementar la vivencia de la ciudadanía en el aula o plantel, donde, como indican Bustamante y González (2016), deben implementarse los derechos humanos mediante contenidos concretos. De cualquier manera, es un espacio de fácil utilización para el docente y los planes de enseñanza-aprendizaje en y para los derechos humanos.

Cabe destacar que, desde hace más de una década en Venezuela existen experiencias sistematizadas en la práctica de la educación en y para los derechos humanos, adelantadas en el campo de la educación no formal en comunidades y grupos populares. También, por iniciativa de docentes o directivos, algunas instituciones educativas han incorporado programas alternativos o espacios temporales para la práctica educativa vinculada a los derechos humanos. De compartir estas experiencias hay que buscar logros y debilidades para orientar las nuevas acciones.

En este campo es necesario mencionar las experiencias de las instituciones coordinadas por la

entidad Fe y Alegría, que tienen en sus actividades complementarias y en sus coordinaciones proyectos de enseñanza en y para los derechos humanos con sus alumnos y familiares. Otra experiencia es la de los Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP), según Montero (1999), quienes desde su acción en la ciudad capital han proyectado a todo el país a través de una red de organizaciones no gubernamentales y escuelas voluntarias el trabajo por los derechos humanos de la infancia; este trabajo puede señalarse como uno de los principales promotores de la LOPNNA (2000).

Por su parte, las organizaciones de defensa de derechos humanos también han adelantado un importante camino en materia de educación en y para los derechos humanos en el país. Estas organizaciones realizan cursos de formación, talleres, encuentros formativos, asesorías a docentes e investigadores, publican materiales educativos y de difusión. También, tienen una importante proyección hacia los sectores populares mediante la formación para la defensa de víctimas de violación de derechos humanos.

Entre estas organizaciones destacan la Red de Apoyo por la Justicia y la Paz, Programa Venezolano de Educa-Acción en Derechos Humanos PROVEA, Colectivo de familiares de las víctimas del 27 y 28 de febrero de 1989 –COFAVIC, Amnistía Internacional Sección Venezolana, las Vicarias de Derechos Humanos, Comités de Derechos Humanos; así como las organizaciones agrupadas en redes nacionales como Coordinadora Nacional de Organizaciones No Gubernamentales de Atención al Niño

CONGANI, Red Venezolana de Educación en y para los Derechos Humanos, Federación de Instituciones Privadas de Atención al Niño –FIPAN, Foro por la Vida.

También está la acción de algunas instituciones y organizaciones vinculadas a las universidades nacionales como el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, Cátedra de la Paz y Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes (1998), y el Comité de Defensa de Derechos Ciudadanos de la Universidad de Carabobo CODDECIUC. Estas instituciones son solo algunas de las que pueden servir de apoyo para la implementación de nuevos planes y acciones que lleven a la implementación de la educación en y para los derechos humanos.

Además, cabe destacar que en la actualidad existen también los Consejos de Derechos de niños, niñas y adolescentes, en los ámbitos nacional, regional y local; que es el máximo ente encargado de velar por el cumplimiento de los derechos de niños y adolescentes, consagrados en la nueva legislación minoril. Este órgano también tendrá bajo su responsabilidad la implementación de un plan educativo nacional, que deberá coordinar sus acciones con el Ministerio del Poder Popular para la Educación, entre otros. En los mencionados Consejos también está la representación de la sociedad civil, que como práctica de democracia tiene representación paritaria ante el Estado.

Ahora bien, en la praxis educativa en Venezuela, no solo de algunos de los centros

educativos existentes en el país como tal, sino de algunas de las entidades mencionadas, de acuerdo con algunas experiencias observadas en medios bibliográficos y de comunicación, la implementación de un sistema educativo que contemple programas para la paz y la defensa de los derechos humanos, en esencia, es de difícil realización en la actualidad, partiendo de la realidad social en la cual se desenvuelven sus habitantes, no obstante, se debe tener esa visión, se deben canalizar acciones para ello.

Pero, esta intención requiere voluntad política, dado que en las reformas políticas del país de los últimos años no se han dado nuevas y efectivas herramientas, que propicien leyes y reglamentos para el ejercicio social de los derechos humanos. Es el mismo ministerio del ramo y sus actores son los que deben incorporar en su estructura formal y en su accionar diario, el respeto a los derechos humanos para con toda la comunidad educativa y la población de sus alrededores. Se requiere incluirlos en todos los niveles del sistema educativo, desde la educación inicial hasta la educación superior.

Debe destacarse que si bien hace una década se estuvo experimentando la implementación de los gobiernos escolares, que pretendían mayor participación en la conducción de la escuela, además de propiciar una mayor interacción entre el proceso educativo y la comunidad que le circunda, no se pudieron concretar muchos logros. Hizo falta clarificar las ideas, ya que hay desconocimiento en las comunidades educativas sobre las formas y los objetivos que se pretendieron alcanzar. Falta el proceso formativo,

no hay cambios válidos sin la voluntad y el conocimiento de quienes deben implementar estos cambios propuestos.

Así mismo, a esta situación se agrega el cambio del andamiaje jurídico del Estado, también producto de la realidad política que experimenta el país, que ha sido planteado por el proceso constituyente nacional de 1999, y las reformas de leyes y reglamentos que señalan un camino de ajuste a la legislación internacional de los acuerdos y convenciones suscritas por la nación, En especial aquellos vinculados a la formación, protección y defensa de los derechos humanos. Esta situación sugiere la necesidad de adaptar en el campo educativo novedosas formas de apropiación de una cultura de paz y convivencia nacional, para dar el componente de cambio a la realidad social del proceso de enseñanza-aprendizaje.

En general, en opinión de los investigadores, en Colombia y Venezuela se requiere una transformación escolar en sus actores. Al efecto, lograr normalizar la situación país con respecto a los derechos humanos, a su respeto y mínima valoración, en principio les corresponde a los padres y representantes en el hogar, y de allí, se les debe atribuir una cuota considerable de responsabilidad a los docentes, a quienes, en general, les falta una formación idónea y especial para vivenciar y ser multiplicadores activos de los derechos.

Así mismo, las estructuras organizativas de las escuelas y universidades deben cambiar y propiciar espacios democráticos, los actores

de las comunidades educativas deben exigir dichos cambios, para así con todos los involucrados comenzar la revisión crítica de esta nueva escuela y poder poner en práctica los aspectos señalados, se debe comenzar por un diálogo educativo, colectivo, sincerando ideas, criterios, sin prisas y sin decisiones tomadas de antemano.

En este sentido, puede mencionarse que, entre las primeras acciones para un cambio efectivo en materia de paz, convivencia y derechos humanos, deben diseñarse reformas de los planes de estudios y la formación necesaria para asumirlos mismos. De igual manera, hay que producir significados en los intervinientes, hay que adecuar los enfoques, métodos a las nuevas finalidades; hay que concretar materiales apropiados con metodologías acordes que faciliten la participación de todos, utilizando la era digital como vía de comunicación expedita para traspasar los contenidos a todas las fronteras con la finalidad de contagiar al mundo en la búsqueda de la paz. Deben sumarse a estos cambios las fuerzas vivas del Estado, gobierno, actores políticos, que sinceren sus acciones, sectores de la Sociedad Civil que se involucren con programas educativos no formales que traten y vivan la educación en derechos humanos.

Sobre el particular, consideran los investigadores que el marco jurídico y conceptual de la escuela y sus contenidos curriculares deben ser revisados ampliamente, no pueden estar desprovistos de intencionalidad ni ser manifestaciones neutras. Por el contrario, ambos deben quedar enmarcados en su capacidad de influir intencionadamente

en los educandos y sus actores significantes, de modificar sus conductas, de moldear su conciencia y desarrollar una posición ética. Lo escolar y lo curricular, queda entonces definido por la toma de valores e ideas con respecto a la selección, organización y transmisión de la cultura. En el caso colombiano y venezolano debe plantearse la profundización de los valores democráticos, de forjarse una cultura de respeto a los derechos humanos.

### **CULTURA DE PAZ Y NO-VIOLENCIA**

La construcción de una cultura de paz será el tema más impactante y definitivo en la generación de la Colombia anhelada, tal como señala Pérez (2015), y también el que requerirá de mayores voluntades, energías y recursos, lo cual sitúa este desafío como el de más calado y énfasis prioritario en el país. Considera el autor que la paz no debe ser entendida como la ausencia de la guerra, sino como la relación social centrada en el ejercicio de los derechos humanos, la oferta de condiciones que hagan posible a todas las personas el despliegue de sus capacidades para satisfacer las necesidades, y el diálogo como método para atender las diferencias.

En este sentido, si se pretende en Colombia la terminación del conflicto armado y la construcción de cultura de paz, esto constituye una inmensa oportunidad para alcanzar una convivencia pacífica y el desarrollo social y humano en el país, dados los posibles cursos de acción que de allí se pueden derivar, según sean las comprensiones, decisiones y compromisos que

tanto individual como colectivamente asuman propios y extraños.

Por tanto, resolver la violencia sociopolítica en Colombia es de importancia capital para avanzar en la disminución sustantiva de las otras violencias, sin que importe que su principal localización actual se circunscriba a áreas rurales alejadas de los grandes centros urbanos y a pequeños municipios, que esté afectando directamente a la inmensa mayoría de la población colombiana, acostumbrada en los últimos años a ver el conflicto armado por la televisión, situación muy diferente de lo que sucedía alrededor de quince años atrás.

Ese logro de la paz debe entenderse entonces como la manera de convivir en una sociedad sin apelar a la violencia, en donde se ofrecen condiciones para que todas las personas lleven una vida digna, puedan desarrollar las capacidades que les permitan satisfacer sus necesidades y ejercer sus derechos humanos. En esta concepción e incorporando lo propuesto por la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2010) por “cultura de paz” se significa al sistema de creencias, valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que propician una convivencia humana en la que se reconocen las diferencias y se dialoga para acordar las reglas de beneficio mutuo acerca de cómo se convive, se cuida a todas las formas de vida, se practica la no violencia y se asume corresponsabilidad en el cumplimiento de los derechos humanos de todas las personas.

Para este cometido, señala Pérez (2015) que el desarrollo económico, social y humano de

un país requiere de la formación de cultura de paz, y esta construcción no es simplemente un anhelo altruista o un objetivo educativo para que las personas convivan respetando sus diferencias, sino que debe contribuir al ejercicio de los derechos humanos y al cumplimiento de los deberes como una forma de corresponsabilidad social que hace viables esos derechos por parte de todos los asociados, lo cual fortalece el tejido social, amplía las capacidades de esa sociedad para producir en abundancia y con pertinencia bienes, servicios, valores, formas cooperativas de relación, sinergias, prácticas sociales de solidaridad que generen riqueza y que dignifiquen la existencia de individuos y comunidades.

Sobre la cultura de paz en Venezuela, considera Moreno (2014) el problema de la dificultad de la convivencia pacífica, la cual en la actualidad existe en las mentes de muchos, en sus actitudes, creencias, la violencia criminal de la sociedad, incluso de personeros de Gobierno y de Estado. Las bandas criminales se han convertido en una subcultura de hombres dispuestos a matar, porque matar es poder y es un acto placentero para ellos. Advierte el autor mencionado, que se ha formado un grupo humano con su propio mundo de vida, al margen de la forma de vida y del mundo de vida de la sociedad, ya que desarrolla sus propios valores, desarrolla su propia manera de entender la realidad y de reaccionar ante ella, de buscarse los bienes. Maneras que están completamente fuera de lo aceptado en la convivencia social de la gente.

Dicho investigador sostiene que esa subcultura se ha ido formando lentamente, debido

a la práctica de la violencia sin consecuencias o con consecuencias banales. El desorden en una sociedad donde el delito queda impune favorece que se actúe libremente. Cuando un acontecimiento social como este se deja a su libre albedrío, se despliega y se amplía, advierte y va captando a otros. Por eso, es peligrosísima la impunidad en una sociedad; todo ese proceso de formación del delincuente toma tiempo, no ha ocurrido de un día para otro; empieza por las prácticas: primero atracan, en pequeños grupos o en conexión con otros compinches y no tiene consecuencias. Entonces, se afirman en lo que están haciendo y se en la manera de entender y de pensar, como si fuese natural y lícito hacerlo.

Así mismo, Moreno (2014) señala que, en los años 80 del siglo xx, se tenía la tasa de homicidios común, el promedio mundial, según cifras oficiales, el país cerró 2013, con una tasa oficial de 39 homicidios por cada 100 mil habitantes. A la fecha, ese dato se ha incrementado alarmantemente, según el Observatorio Venezolano de Violencia (2013), llegando a una violencia exacerbada en 2019-2020 observada a través de medios periodísticos digitales, en contra de políticos, líderes sociales y ciudadanos en general.

En el combate de la delincuencia, como ha acotado el autor, se ve reflejado en esos datos la imposibilidad de las instituciones para atacar y prevenir el problema. Considera que las comunidades deberían tener mecanismos de poder real que les permitiera controlar el auge de la delincuencia y detener el quiebre de la convivencia pacífica.

Incluso, el mismo autor se pregunta ¿cómo desarticular la subcultura delincinencial? su solución no es mágica. Apunta Moreno (2014) que eso requiere tiempo, y ahí es donde entra la difusión de valores, pero valores no solamente enseñados, sino practicados, con la muestra de lo que es la otra sociedad. El problema, es que la otra sociedad debe ser apetecible para ellos, para desarticular esa otra micro sociedad, para que no tenga éxito y se muera por sí misma. Pero, también, se debe garantizar que esa subcultura no tenga acceso a armas ni a drogas.

Este es un trabajo completo y urdido de trans-complejidad, en opinión del investigador, pero no ejercido por los ciudadanos comunes y corrientes, sino por el Estado. En este sentido, consideran los investigadores, que tanto en Colombia como en Venezuela resolver los problemas sociopolíticos, no será una tarea fácil. Dentro del propósito de construir un país que aprenda a convivir pacíficamente, es muy importante comprender el fenómeno de la violencia para que pueda ser transformado en una cultura de paz, que reoriente los destinos de los países; pero, ello debe estar basado en acciones planificadas, dirigidas a actores significantes que se conviertan en agentes de cambio y multiplicadores de las creencias de los pueblos.

## ESPACIOS DE CONVIVENCIA

En Colombia, reinterpretar la convivencia humana desde una perspectiva comprensiva sobre las diferencias y los conflictos, hacer distinciones acerca de los elementos constitutivos

del *ethos* violento del hombre, así como sobre sus interacciones y trasfondos en ambientes de convivencia, según Pérez (2015), aportará novedosas e importantes luces para el abordaje de los proyectos educativos orientados a la construcción de cultura de paz.

Destaca el autor que es común la afirmación que los conflictos son inherentes al ser humano, y que la clave de la buena convivencia está en aprender a convivir con ellos dándoles un trámite adecuado. Pero, esa afirmación requiere atender a las discrepancias, controversias y conflictos de manera distinta, sin asumir de manera equivocada que estos tres niveles de escalamiento en el tratamiento de las diferencias tienen igual significado.

De allí que sea usual que los programas educativos sobre convivencia se enfoquen de manera preponderante en capacitar a las personas en mediación, negociación y comunicación asertiva para la atención de los conflictos, reconociendo que son herramientas muy pertinentes para atenderlos. Sin embargo, debe considerarse que la vía para construir la convivencia armónica no puede reducirse solamente a la aplicación de unas buenas técnicas para resolver los “combates, luchas y peleas” a los que se llega cuando se intenta imponerle a otra(s) persona(s) la propia posición.

Se requiere ante esto, de acciones de mayor fondo, como atender a las discrepancias lógicas, que ocurren frente a afirmaciones sobre hechos o razonamientos que pueden ser demostradas con evidencias o testigos, estas que usualmente

se logran resolver sin derivar a planos mayores de enfrentamiento. Así mismo, debe atenderse a las ideológicas, asentadas en posiciones políticas, religiosas, filosóficas, étnicas o de otro tipo de tendencia, sustentadas en creencias, juicios e interpretaciones de significado o sentido.

En tercer término, atender a las discrepancias por intereses, sustentadas en diferencia de deseos, gustos, tenencia de objetos, de dinero o de poder; a las discrepancias emocionales, referidas a diferencias en las maneras de sentir (emociones y sentimientos) de las personas ante un mismo hecho o fenómeno y las que son sobre prácticas, las cuales se presentan cuando concurren formas diferentes de realizar una misma tarea o trabajo.

Según Pérez (2015), el caso de Colombia es una forma conflictiva de convivir que se ha nutrido de las guerras, las inequidades y la exclusión, generando una cultura en la que predomina un individualismo centrado en el poder del más fuerte y del más audaz, que lleva al desconocimiento y violación de los derechos de los demás.

Por estas razones, es improbable que desaparezca el riesgo de mantener los altísimos índices de violencia cotidiana, sin abordar un amplio programa para la construcción de una cultura de paz que impregne a la población colombiana. Esta misma cultura se manifiesta en un conjunto de variables que determinan la capacidad de convivencia armónica y generación de riqueza de una comunidad, entre las cuales se encuentran: los valores éticos predominantes

en la sociedad, el respeto a las normas, la capacidad de hacer acuerdos y de cumplirlos, y la conciencia cívica, entendida como disposición para proteger y defender lo Público.

Así mismo, se debe atender a la capacidad de resolver pacíficamente las diferencias, las visiones compartidas sobre asuntos de interés colectivo la confianza presente en las relaciones interpersonales, la capacidad de asociatividad y de trabajo en equipo, la disposición hacia la participación social y política. Tales características son de vital importancia para alcanzar altos niveles de desarrollo social y humano, desde donde exista preponderancia de los derechos humanos establecidos por normas nacionales e internacionales y practicados en la convivencia.

Si bien las sociedades y sistemas humanos pueden convivir de múltiples formas, toda esa variedad se inscribe dentro del amplio espectro del rango, que va de la convivencia armónica a la convivencia conflictiva. En cualquier nivel concreto de convivencia que se sitúe un determinado sistema humano (desde el macrosistema global de países hasta el microsistema de una relación de pareja, pasando por todos los demás sistemas intermedios) estará determinado por la manera como los integrantes del sistema tramiten sus diferencias. Se enfatiza que, desde esta perspectiva se habla de diferencias, no de conflictos, por cuanto se considera que lo natural en los seres humanos son las diferencias.

En este sentido, ha de colegirse que aprender a convivir con los otros reconociendo sus diferencias, aceptando sus derechos y haciendo

acuerdos, es la asignatura pendiente más importante que tienen los seres humanos. Y como bien lo decía la Declaración Constitutiva de la Unesco (1945, p. 36): “Puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”.

Este aprendizaje se orienta a generar una nueva conciencia, como también ha insistido Morín (1996), que la humanidad se encuentra aún al filo de la prehistoria, y que hoy se enfrenta el reto de avanzar decididamente hacia la construcción de sociedades donde la humanidad sea lo determinante en la configuración de las relaciones, y no esos componentes arcaicos que también constituyen el ser, los cuales cumplen la función de asegurar la supervivencia como especie biológica.

Así entonces, la construcción y consolidación de la convivencia armónica en el país es un proceso de cambio cultural que debe ser abordado desde el sistema educativo, la forma de hacer política, los medios de comunicación, los ámbitos laborales, los mensajes eclesiales y la crianza en las familias. Urge una convocatoria nacional que permita la minimización de la violencia, la cual está presente en el convivir cotidiano, como señala Pérez (2015), y no solamente en homicidios y lesiones personales.

Esta misma violencia, que impide la convivencia, se manifiesta en múltiples formas de relación de las personas en sus diferentes ámbitos: en la forma de conducir los vehículos; en el incumplimiento de las normas y en la reacción

que tiene el protagonista cuando se presenta algún tipo de control social por parte de los ciudadanos; en variadas formas de acoso escolar, laboral y sexual; en la muy arraigada creencia en que es justo y correcto ejercer justicia por propia mano; en la manera como se comunica el individuo descalificando al contradictor; en el acallamiento de quien expone un pensamiento diferente; en los términos como se encaran los debates; en el extremismo de las posturas ideológicas, políticas, religiosas y hasta de adscripción a equipos deportivos; y, en general, en diversas formas de establecer las relaciones de convivencia, que llevan a que esta se caracterice por el individualismo, el desconocimiento del otro, la inequidad, la competencia constante, la desconfianza y la dificultad para resolver pacíficamente las diferencias.

Desde esa óptica, en opinión del investigador, se requiere entonces educar para la paz. Esta educación comporta la propia quietud, la propia clama en las acciones, alejadas de la violencia cotidiana mencionada. Pero, se pregunta ¿educarse en qué? Como expresara Tuvilla (2013), se trata de poner todo en positivo, asumir un sistema de creencias generadoras de convivencia armónica, donde la vida no se tome para hacer dinero y adquirir poder, sino para crecer como seres humanos, y aprender que todos los seres humanos son poseedores de los mismos derechos, debiendo lograr los fines personales sin afectar los de los demás, sin que el interés personal prive sobre el interés colectivo, realizando las tareas con calidad de servicio y en atención al derecho sustentable, de protección de las generaciones de relevo.

De la misma manera, en materia de convivencia se requiere aplicar fórmulas clave que permitan el carácter fraterno de los actos ejecutados por cada individuo. Así mismo, deben los individuos comunicarse persuasivamente para convencer a los otros del bien de todos, del bien común, comunicarse asertivamente para dialogar y hacer acuerdos, entrenarse y aprender para ganarle a los demás, gestionar las propias emociones para actuar con empatía, y actuar con la sagacidad y viveza para conseguir lo que se quiere sin la afectación de los demás, debiendo autorregularse para cumplir reglas y compromisos.

Además, la construcción de cultura de paz en aras de una convivencia fraterna y armónica tiene connotaciones de tipo antropológicas, donde se atiende a las costumbres, modos de convivir, rituales, cosmovisiones, adscripción a grupos y sentido de pertenencia, características sociológicas entre los seres humanos para que puedan producirse las relaciones sociales, discurso, pautas y reglas colectivas. Así mismo, tiene unas tipologías políticas, que son los vínculos o relaciones de poder en la convivencia, construcción y apropiación del sentido de lo público, relaciones en los espacios de interacción fuera del hogar, además de connotaciones pedagógicas que originan los aprendizajes cognitivos necesarios, currículos, cotidianidad escolar, y las caracterizaciones didácticas referidas a los ambientes de aprendizaje, proyectos, recursos y dispositivos.

Ahora bien, sobre la convivencia en Venezuela, es necesario atender al deber ser y al ser. Así, para las Naciones Unidas, en sus documentos

clave y tratados internacionales, todo esfuerzo que se haga para modificar actitudes y comportamientos que prevengan conflictos, que puedan engendrar violencia se le llama cultura de paz, con la cual es posible lograr la convivencia entre los hombres. Así lo señala Petraglia (2020), pero el reto acá está, en ¿cómo convertir este concepto en una realidad desde los espacios que le toca trabajar al individuo? ¿Cómo hablar de cultura de paz, y, por ende, de convivencia, en una sociedad actual inmersa en una profunda crisis social?

Sobre esto, considera Virtuoso (2019), rector actual de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en Caracas: “Venezuela atraviesa uno de los momentos de violencia más agudos, una situación que es consecuencia de la represión estatal, la inseguridad personal, la violación de los derechos humanos y el desplazamiento de la calidad de vida”.

De la misma manera, se pregunta Petraglia (2020) ¿cómo restaurar la paz y la confianza en las poblaciones que han sufrido durante tanto tiempo privaciones de todo tipo y han estado en episodios de verdadera violencia y abuso en materia de derechos humanos? Se responde que la realidad es que hoy existen sociedades que necesitan más que nunca generar una simbiosis con perspectiva de tales derechos humanos.

En este sentido, Petraglia (2020) sostiene el criterio, asumido a la vez por los investigadores, referido a familiarizarse con los términos de respeto, inclusión, no discriminación, democracia, entendida esta como

una forma de vida, donde los ciudadanos tienen la oportunidad de aprender a ayudar a otros, un nuevo contrato con los valores que les permite construir una cultura cívica. Una cultura que trascienda a los conflictos armados, a la entropía, al caos social, que se extienda a todos los sectores de la sociedad: colegios, universidades, parlamentos, lugares de trabajo, salas de prensa, comunidades, comunidades religiosas, barrios, familias, lugares de recreación, comunidades virtuales.

#### **UNA CONCLUSIÓN NECESARIA: TRANSITAR DESDE LA VIOLENCIA HACIA UNA EDUCACIÓN PROPICIA AL GOCE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

En materia de paz y de violencia han sido muchos los caminos transcurridos, hay un tránsito interminable de fórmulas, soluciones, posibilidades, pero, si no existe la voluntad política de los pueblos, la voluntad personal de los actores involucrados, cualquier iniciativa, normativa incluso se constituirá en letra muerta, y quedarán solo como un vestigio, un rastro de decisiones y empuje de algunos actores sociales que propugnan el deber ser de las sociedades actuales.

En este ámbito se requieren muchas acciones para diseñar y adelantar una reforma profunda en las áreas y niveles educativos, de manera que se propicie una novísima cultura, vale decir, hábitos, costumbres, actitudes y valores, en líderes, que se conviertan en agentes de cambio social y cultural, siendo capaces de ser multiplicadores de esa formación axiológica.

Es menester diseñar e implementar planes, programas, acuerdos para el desarrollo de la educación para la paz, en lo cual se deben ir fusionando criterios fraternos, sobre la base de una construcción colectiva, de la participación, incluso de la horizontalidad, donde todos los ciudadanos, propios y extraños, tengan la posibilidad de aportar algo en beneficio de la realidad del país, de sus necesidades, expectativas y deseos; donde se tenga la posibilidad de la planeación conjunta, de hacer sugerencias, para que sea producto de todos y del conocimiento e interés de todos. Es como conformar la misión y visión país en aras de la paz y la convivencia armónica, para el disfrute de los derechos humanos de cada particular.

En este sentido, y siendo un proyecto educativo global, deben ser los docentes sus principales promotores, diseñadores, planificadores, orientadores, e incluso evaluadores, no sin antes realizar una consulta popular que involucre la participación o la representación de todos. Esto permitiría el diálogo, la discusión y el arreglo democrático, con ideas que convencen y no con ideas partidistas inflexibles, que solo obedecen a intereses personales, para determinar el curso del país en tal sentido.

Sobre esta base, la legislación colombiana y venezolana debe ser revisada, reformulada, reorientada y reformada, mediante propuestas serias de diferentes contextos sociopolíticos y socioeducativos, con una transparente orientación democrática y absoluto respeto y tutela con los derechos humanos. Desde esta perspectiva, la sociedad colombo-venezolana tendría la

oportunidad de crecimiento necesaria a estos tiempos, debiendo insistir en los principios que orientan la educación en gratuidad, no discriminación, acceso, modernidad.

Cabe enfatizar que el Estado debe ubicar la educación para la paz, para la convivencia y el goce de los derechos humanos como una acción prioritaria, dentro de la jerarquía de necesidades colectivas que hiciera. Debe producir la participación ciudadana, en aras de lograr el consenso nacional en ese orden. Y ello, porque resulta innovador educar para la paz, puesto que esta canalización de acciones no se encuentra plasmada de manera efectiva en la educación formal, sino soslayada, en forma de contenidos no-obligatorios o ejes transversales que, en muchos casos, no son suficientemente atendidos por los actores significantes del proceso educativo, supervisores, directivos, coordinadores, padres y representantes, docentes y estudiantes.

Es así que se requiere, para la escuela y el sistema educativo en general, introducir nuevos conceptos y elementos metodológicos, con adecuación de algunas ideas pedagógicas, como ya desde hace más de dos décadas señalaba Candau (1998), lo cual representa una reconstrucción del conocimiento, del ser de la gente, del pensar, del accionar, de las percepciones subjetivas de la educación, buscando intencionalmente instruir y formar los nuevos ciudadanos con un extenso desarrollo intelectual y moral; capaces de adelantar los cambios que impulsen el desarrollo social y económico del país, con una visión de mundo que avanza a pasos agigantados hacia un futuro prometedor y esperanzados.

Cabe resaltar, en este aspecto determinante del estudio, que la educación forma parte de un sistema cultural específico de un país, de un conglomerado humano, pudiendo en tal sentido ser conservadora o innovadora; en este caso relacionado con la convivencia y los derechos humanos debe renovarse, transformando espacios, de manera que las personas tengan la calidad de vida que merecen.

Cabe advertir igualmente que en la generación de la cultura de paz se debe trabajar en la comprensión de los criterios o trasfondos ideológicos existentes en las relaciones entre los individuos, sus interacciones y prácticas, establecidas en los espacios escolares, pero observar con atención aquellos multiplicadores formados para la construcción de la paz y la tutela de los derechos humanos.

Así entonces, la transformación que se pretende desde el ámbito educativo implica la ejecución de proyectos pedagógicos, contenidos de conocimientos, vivencias, reflexiones, y proyectos comunicativos que permitan los mensajes coherentes y complementarios entre sí, orientados a sellar en las personas nuevas actitudes, hábitos, valores, creencias, modelos mentales o paradigmas, al desarrollo de habilidades que conduzcan a comprender que la realidad social es construida desde la visión de cada ser, que el mundo tiene un carácter estructurado, sistémico, siendo todos los actores corresponsables en el curso de acción de la sociedad en pleno.

Siendo que cada día, los seres humanos están interconectados y son interdependientes,

constituyéndose en actores sociales corresponsables en el curso de acción de la sociedad, se debe consolidar el reconocimiento, la aceptación y el respeto de la diversidad y pluralidad como características esenciales e inmodificables de lo social. Esto implica abordar en los procesos formativos la multidimensionalidad humana: lo corporal, lo cognitivo, lo emocional y lo espiritual (el sentido de la vida) enfocado al cuidado (autocuidado, cuidado de los otros y cuidado del mundo); poniendo el énfasis en el tipo de interacciones que se generan en todos los ámbitos relacionales de la institución educativa, la cual debe afectar positivamente a su entorno sociocultural con programas específicos de acercamiento e intervención pedagógica.

No es posible lograr un compromiso efectivo de la comunidad educativa si no se le adjudican cuotas de responsabilidad, a los estudiantes en su aprendizaje, a los padres y representantes en su rol de formadores, a directivos y docentes en su rol de orientadores, y a los demás miembros en su rol de multiplicadores de la paz social, enmarcado todo en un currículo formal e informal, como lo expresa Rodríguez (2013), dentro y fuera de las aulas de clase. Lo planteado implica la sinergia de todos los niveles educativos, incluyendo las Universidades y otras instituciones de Educación Superior, para que también puedan asumir su rol de protagonistas de una historia que debe asumir el tránsito de la violencia a la paz.

En este sentido, el goce de los derechos humanos dejará de ser un ideal, para convertirse en una realidad social impregnada de la dignidad del hombre, desde la cual éste podrá disfrutar de los logros de bienestar alcanzados a nivel mundial a través de luchas continuas de los pacificadores. Este bienestar radica en el libre ejercicio de sus derechos y garantías, siendo respetado por sus ideas, aun con sus diferencias, en sus dimensiones pensantes, así se piense diferente al otro, corporales, emocionales y espirituales.

Se requiere, entonces, formar ciudadanos con clara conciencia social y moral en conocimiento pleno de sus deberes, derechos y garantías, pudiendo promover cambios actitudinales ante el desarrollo desmedido de una sociedad global y excluyente. En el aula y fuera de ella se requiere hacer el ejercicio permanente de promoción y defensa de los derechos, poner en práctica el respeto al derecho ajeno, y establecer un diálogo democrático que nos enseñe la resolución no violenta de nuestras diferencias.

Se presenta la instauración de una nueva cultura cuyo fundamento contemple los derechos humanos, apartado del conjunto de negaciones y discriminaciones que en la escuela aún perduran respecto a género, cultura, condición social o étnica. Esta situación requiere una mirada pedagógica y curricular distinta a la escuela y sus actuales planteamientos. Tenemos que empezar a mirarla como un espacio cultural y social en donde hay maneras distintas de relacionarse, de comunicarse, de valorar, de actuar, de sentir y de pensar.

## REFERENCIAS

- Amnistía Internacional (1994). *Valija Didáctica: Educando para la Libertad*. Amnistía Internacional. Sección Venezolana.
- Asamblea Constituyente de Venezuela (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Ediciones EDUVEN.
- Asamblea General de las Naciones Unidas –ONU. (1945). *Declaración Constitutiva de la Unesco*. [http:// esunesco.org](http://esunesco.org)
- Asamblea General de las Naciones Unidas –ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. [www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/ UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Asamblea Nacional de Venezuela (2009). Ley Orgánica de Educación y su Reglamento con la Reforma. *Gaceta oficial No. 5929*. Ediciones Dabosan.
- Asamblea Nacional de Venezuela (2000). *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Ediciones UNICEF.
- Bustamante, F. y González, M. L. (2016). *Derechos humanos en el aula: Reflexiones y experiencias didácticas para la enseñanza media*. Ediciones Servicio Paz y Justicia.
- Buxarrais, M. R. (2014). Educar para la Solidaridad. En: *Boletín del Programa de Educación en Valores*. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- Candau, V. M. (1998). Educación en Derechos en la escuela: Una propuesta pedagógica. Mérida. Seminario Internacional sobre Educación en Derechos Humanos. Material mimeografiado de ponencia.
- Congreso de la República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. <http://govco.co/congreso-de-la-republica-de-colombia>
- Congreso de la República de Colombia (2013). Ley 1620. Creación del Sistema Nacional de convivencia escolar y formación. <http://govco.co/congreso-de-la-republica-de-colombia>
- Congreso Nacional de la República de Colombia (2014). Ley 1732. Obligatoriedad de la Cátedra de la Paz en todas las instituciones educativas. <http://govco.co/congreso-de-la-republica-de-colombia>
- Congreso Nacional de la República de Colombia (2009). Ley No. 20.370. Ley General de Educación de Colombia. [https://www.siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/ files/sit\\_accion\\_files/siteal\\_chile\\_0612.pdf](https://www.siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_chile_0612.pdf)
- Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2015). Homicidios. <https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49523/Homicidios.pdf>
- Ministerio de Educación Nacional de Colombia (2015). Decreto reglamentario No. 1038. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=61735>

- Ministerio de Educación Nacional de Colombia (2012). *Educación para la defensa de los derechos humanos*. [https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-241325\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-241325_archivo_pdf.pdf)
- Ministerio de Educación de Colombia (1997). Resolución N°1484 sobre Educación en Valores y Derechos Humanos. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/multidisciplinarias/educacion-en-valores/a1n2/eduval.pdf>
- Ministerio de Educación de Colombia (1995). Plan Nacional de Educación de Colombia (1995-2005). [www.mineducacion.gov.co/1621/article-85242.html](http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-85242.html)
- Ministerio de Educación de Colombia (1995). Plan Nacional de Educación de Colombia (2006-2016). [www.mineducacion.gov.co/1621/article-85242.html](http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-85242.html)
- Ministerio de Educación (1997). *Currículo Básico Nacional (CBN). Nivel de Educación Básica*. Ediciones del Ministerio de Educación.
- Montero, L. (1999). *Los Derechos en acción*. CECODAP.
- Moreno (2014). Delincuencia en Venezuela. En: González, V. y Leal, S. (2014). *Convivencia y quiebre actual en la sociedad venezolana: comprensión retrospectiva e historia-de-vida*. X Jornadas de Investigación y Postgrado. II Encuentro Internacional de Investigadores. Noviembre de 2014. Universidad del Zulia. Núcleo Punto Fijo.
- Morín, E. (1996). *Introducción al Pensamiento complejo*. Gedisa.
- Observatorio Venezolano de Violencia (2013). Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2010). *Cultura de paz*. <https://www.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>
- Parra, J. A. (2001). *Una mirada a la educación en y para los derechos humanos en Venezuela*. <https://www.analitica.com/opinion/opinion-nacional/una-mirada-a-la-educacion-en-y-para-los-derechos-humanos-en-venezuela/>
- Pérez Pérez, T. (2017). Educación para construir una cultura de paz en Colombia. *Revista Boletín Redipe*, 4(10), 56-78.
- Patraglia, E. (2020). *Paz y DDHH: una simbiosis necesaria en las sociedades actuales*. Coordinadora de Redes universitarias AIVEN. <https://www.amnistia.org/ve/blog/2020/05/14915/cultura-de-paz>
- PROVEA (1997). *La educación escolar y los derechos humanos*. Ediciones PROVEA.
- Red venezolana de educación en y para los derechos humanos (2001). *Principios fundamentales y aspectos específicos que debe contemplar la Ley Orgánica de Educación desde la perspectiva de los Derechos humanos*. Red Venezolana. Folleto informativo.
- Rodríguez, R. (2013). *Llevando nuestros derechos al aula*. UNICEF.

Tchimino, M. (2008). Los Derechos Humanos como eje transversal en el curriculum escolar. Mérida: Seminario Internacional sobre Educación en Derechos Humanos. Material mimeografiado.

Tuvilla R., José (2013). *Educación en los Derechos Humanos*. Ediciones CCS.

Universidad de Los Andes (1998). Cátedra de la paz y derechos humanos. Documentos para la definición del Programa Educándonos para la Paz. Mérida: Ediciones de Programas de la Universidad de los Andes.

Virtuoso, E. S.J. (2019). *Paz y DDHH: una simbiosis necesaria en las sociedades actuales*. Coordinadora de Redes universitarias AIVEN.



# Convencionalidad de las garantías judiciales y protección judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia

## *Conventionality of judicial guarantees and judicial protection in the jurisprudence of the inter-american court of human rights on Colombia*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6903>

### Resumen

El presente artículo de investigación orbita alrededor de la pregunta ¿cuál es el panorama del Estado colombiano frente a las garantías y protección judicial contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos?, teniendo como objetivo general determinar la aplicación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (la Convención) por parte del Estado colombiano. Como metodología de investigación es preciso indicar que posee un enfoque jurídico-teórico; utilizando el tipo de investigación descriptivo; método deductivo, analítico y, posteriormente, aplicando la síntesis; como fuente primaria de investigación se utiliza la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cidh); como técnica se realiza el análisis de contenido jurisprudencial y, finalmente, como instrumento se utilizan fichas de análisis jurisprudencial.

**Palabras clave:** Derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convencionalidad; Garantías judiciales; Protección judicial.

### Abstract

The present article of investigation orbits around the question: what is the panorama of the Colombian State facing the guarantees and judicial protection contained in the American Convention on Human Rights? having as a general objective to determine the application of Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights by the Colombian State. As a research methodology it is necessary to indicate that it has a legal-theoretical approach; using descriptive research type; deductive, analytical method and subsequently applying the synthesis; As the primary source of investigation is the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; as a technique, the analysis of jurisprudential content is carried out; and finally, as an instrument, jurisprudential analysis sheets are used.

**Keywords:** Human rights; Inter-American Court of Human Rights; Conventionality; Judicial guarantees; Judicial protection.

**Sergio Andrés Caballero Palomino**  
*Maestrando en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia.*  
Contacto: [abogadosergiocaballero@hotmail.com](mailto:abogadosergiocaballero@hotmail.com)

**Katerin Yulieth Cruz Cadena**  
*Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre - Seccional Barranquilla.*  
Contacto: [Abg.katerincruz@hotmail.com](mailto:Abg.katerincruz@hotmail.com)

**Daniel Fabián Torres Bayona**  
*Doctorando en Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona.*  
Contacto: [danfator@correo.uis.edu.co](mailto:danfator@correo.uis.edu.co)

### Como citar:

Caballero Palomino S.A., Cruz Cadena K.Y. y Torres Bayona D.F. (2020). Convencionalidad de las garantías judiciales y protección judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia. *Advocatus*, 18(35), 157-177. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6903>



Open Access

### Recibido:

23 de agosto de 2020

### Aceptado:

057 de octubre de 2020

## INTRODUCCIÓN

La globalización del Derecho hace que los Estados no solo tengan responsabilidades internas, sino que también se generan obligaciones internacionales frente a los convenios y tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia. Es así como se genera el bloque de constitucionalidad, es decir la Constitución, los tratados y convenios internacionales forman un todo integral de acuerdo al artículo 93 de la Constitución de 1991.

Por esto se da una internacionalización del derecho, la cual se debe tener en cuenta en todos los aspectos de las ramas del poder público y más aún en la toma de decisiones por los funcionarios judiciales y administrativos. Derivado de esto, se adiciona la obligación de hacer un control difuso de convencionalidad en los casos concretos. De acuerdo al artículo 230 de la Constitución se establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley (bajo el entendido de la Constitución y la ley) y subsidiariamente como criterios de la actividad judicial se acudirá a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Pero, con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano, se da como obligatorio el control difuso de convencionalidad, es decir que los jueces y funcionarios administrativos que ejerzan jurisdicción están sometidos en los casos concretos a resolver en concordancia con la Convención ya sea *ex officio* o a petición de parte.

Así las cosas, se realizará un análisis del respeto a los artículos 8 de las garantías judiciales y 25 de la protección judicial, por parte del Estado colombiano, realizando un estudio de caso de sentencias relevantes que han sido de conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre estos se desarrollará Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Las Palmeras vs. Colombia, 19 Comerciantes vs. Colombia, Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Gutiérrez Soler vs. Colombia, Escué Zapata vs. Colombia, Masacre de La Rochela vs. Colombia, Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Masacres de Ituango vs. Colombia, Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca de Río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia.

Garantías judiciales y protección judicial desde la Convención Americana de Derechos Humanos T2

La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada a través del Pacto de San José en 1969, contiene en su artículo 8 las garantías judiciales y, posteriormente, el artículo 25 establece la protección judicial. Es de indicar que en su artículo 1 señala la obligatoriedad de la aplicación de todos los mandatos contenidos en ella, al indicar que

los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y

pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Para tomar como punto de partida las garantías judiciales y la protección judicial se transcriben a continuación:

#### **Artículo 8. Garantías judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

#### **Artículo 25. Protección Judicial**

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De las normas anteriormente transcritas, resulta claro entonces, que los Estados Partes de la Convención, como es el caso colombiano, están en la obligación de reconocer internamente los derechos humanos, lo cual se hace a través de su consagración constitucional, pero, además, resulta indispensable no solo el cumplimiento de esa garantía jurídico-formal, sino su realización efectiva en la realidad social interna del Estado respectivo. Por supuesto, el poder judicial, al ser uno de los componentes estatales, tiene que asumir dicha obligación. Al respecto puede indicarse que: “[...] los jueces y funcionarios administrativos que ejerzan jurisdicción en Colombia tienen como obligación aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y demás convenios internacionales ya sea a petición de parte o de oficio” (Caballero, Cruz, Vásquez y Moreno, 2020, p. 55).

### **OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES POR EL ESTADO COLOMBIANO**

Esencialmente, existe el principio de autonomía de los Estados, según el cual estos se pueden

autorregular en el orden interno en todos los estamentos desde el punto de vista del gobierno, darse sus propias leyes y poder juzgar a sus asociados, ello en consonancia con la soberanía nacional heredada de las revoluciones liberales. Sin embargo, es de resaltar que, de acuerdo al principio de *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Naciones Unidas, 1963). Frente al mencionado principio de *pacta sunt servanda* se puede indicar lo siguiente:

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que por el principio de buena fe y de *pacta sunt servanda*, el control de convencionalidad es una exigencia que se debe cumplir ya que el derecho interno no es excusa para el cumplimiento de los acuerdos internacionales (Caballero, Cruz, Vásquez y Moreno, 2020, p. 56).

Frente a la aplicación del control de convencionalidad, siguiendo a los autores citados, puede indicarse que:

[...] el control de convencionalidad tendrá un efecto de jerarquía sobre las normas del sistema jurídico colombiano, entonces, el operador jurídico o el operador judicial al someter un caso concreto para la respectiva decisión, si este funcionario encuentra contradicción entre una norma jurídica interna y los postulados de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, debe aplicarse el control difuso de convencionalidad y hacer primar esta última. (Caballero, Cruz, Vásquez y Moreno, 2020, p. 48).

En este orden de ideas, el principio de *pacta sunt servanda* hace que el control de convencionalidad sea imperante al confrontar la Convención con el ordenamiento jurídico interno y se crea como obligación internacional hacer este control difuso de convencionalidad por parte de los funcionarios judiciales y administrativos.

En ese sentido, el Estado colombiano, en ejercicio de su soberanía, se ha auto-limitado al suscribir y ratificar diversos tratados internacionales, que constituyen verdaderas fuentes del derecho o internacional o como la doctrina ha venido señalando más apropiadamente, como una de las formas de creación de las obligaciones internacionales, incluso, tal vez, una de las más importantes (Robayo, 2016).

Según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, un tratado internacional es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación”. Definición de la cual se desprende que es una verdadera norma jurídica de obligatorio cumplimiento, pues parte de un “acuerdo” de voluntad de los Estados como sujetos de derecho internacional. Cada Estado voluntariamente decide cuáles tratados negocia, a cuáles adhiere y en últimas cuáles ratifica.

La gran fortaleza de los tratados internacionales es que se encuentran positivizados y codificados, por lo tanto, sus normas se encuentran en documentos que los mismos Estados negocian

previamente y acuerdan plasmar por escrito, para luego ser aprobados internamente según las normas constitucionales de cada uno. Los tratados, entonces, establecen cuáles son las normas aplicables a la relación jurídica y, por supuesto, de no haber señalado un régimen general aplicable, de manera supletoria se aplica lo dispuesto en la Convención de Viena.

Así mismo, el principal efecto de un tratado internacional es la creación de obligaciones internacionales. Es decir, el Estado, ante sí y ante los otros Estados partes de la relación, decide auto-limitarse y sujetarse a relaciones jurídicas, que debe cumplir como un todo y por tanto como señala Robayo (2016) “[...] debe ser plenamente observada por el Estado en su conjunto, desechando de plano cualquier pretensión que busque afirmar que los tratados internacionales solamente vinculan a los agentes del Estado cuyas funciones se desenvuelven en materia de relaciones internacionales de una nación”. De no cumplir con las obligaciones contraídas, podría acarrear para el Estado demandas y futuras sanciones o condenas por parte de un tribunal internacional al que previamente se le haya dado competencia para atender el asunto litigioso.

Colombia, especialmente en materia de derechos humanos, ha suscrito varios tratados internacionales, tal es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada a través del Pacto de San José de 1969, el cual fue aprobado por la Ley 16 de 1972, siendo en Colombia obligatorio su cumplimiento a partir del 31 de julio de 1973. Así mismo, se

reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985.

También, el artículo 53 de la Constitución de 1991 señala que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Además, el artículo 93 de la Constitución señala que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, los tratados internacionales debidamente ratificados que regulen los derechos humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción, situación que la Corte Constitucional en amplísima jurisprudencia ha considerado que significa que dichas normas hacen parte del bloque de constitucionalidad, y por tanto, son de aplicación en el orden interno y de obligatorio cumplimiento por parte del Estado, las autoridades y los particulares, como norma jurídica exigible. Entre otras, la Corte Constitucional se ha pronunciado en tal sentido en las sentencias C-400/98, C-067/03 y C-269/14.

Finalmente, la evolución internacional e interna, luego de surtir debates entre cuál de las normatividades debe prevalecer sobre la otra o si se deben integrar, se ha indicado que más que sopesar cuál de las dos debe prevalecer, se aplicará el principio *pro homine*, esto es, la interpretación más beneficiosa a la persona, en clave de protección de los Derechos Humanos en el caso concreto. Frente a esto se puede traer a colación la siguiente reflexión de Wilfredo Robayo:

[...] la interacción de los ordenamientos jurídicos internacional con el nacional, en el caso

de Colombia, se ha logrado establecer a partir de disposiciones constitucionales y gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cláusulas de recepción de normas internacionales, que permiten su aplicación en el orden nacional, de tal manera que la normatividad internacional se incorpora a la nacional colombiana, haciendo cumplir de manera real los propósitos de un mayor grado de protección, sobre todo en los temas de derechos humanos (2016, p. 36).

#### **CASOS SOBRE COLOMBIA FRENTE A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y LA PROTECCIÓN JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

En este acápite se estudiarán los casos en los cuales el Estado colombiano ha sido demandado ante la CIDH y que se han ventilado la presunta violación de las garantías judiciales y la protección judicial, resultando, en algunos casos, que se ha procedido a declarar responsable al Estado y en otros no se ha podido probar su responsabilidad por dichos cargos.

##### **Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia**

Los hechos que originan el caso *sub lite*, se desarrollan el 7 de febrero de 1989, y trata de la captura de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, por parte de una patrulla militar conformada por personal del Ejército Nacional, adscritos a la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga, estas capturas se realizaron

por la participación de Isidro Caballero en el Sindicato del Magisterio de Santander durante 11 años y de María del Carmen Santana se decía que pertenecía al M-19 y que era colaboradora de Isidro Caballero, por tanto la desaparición forzada fue a manos del Ejército de Colombia y de colaboradores civiles que servían a dicha Brigada.

En lo que respecta a las garantías judiciales establece que no existe violación de los preceptos del artículo 8 de la Convención ya que no había lugar a la aplicación de las mismas, debido a que transcurrió un corto periodo de tiempo entre la captura y la presunta muerte de Isidro Caballero y María del Carmen Santana.

Frente a la protección judicial contenida en el artículo 25 de la Convención, la CIDH concluye, que no se vulneran dichos postulados, pues se interpuso un recurso de *habeas corpus* ante un Juez de la República, específicamente ante el Juzgado Primero Superior de Bucaramanga, el cual lo aceptó y tramitó, pero no tuvo resultado debido a que el Comandante de la Quinta Brigada de Bucaramanga, el Departamento Administrativo de Seguridad --DAS, la Policía y el Director de la Cárcel Modelo de Bucaramanga respondieron que Isidro Caballero no tenía orden de captura y que no se encontraba en las instalaciones de ninguna de esas instituciones, por tanto no se violó el artículo 25 *ejusdem*, ya que dichas instituciones no tenían conocimiento del paradero de las víctimas, y por tanto el *habeas corpus* no podía ser efectivo para su liberación o para evitar la muerte de las personas desaparecidas.

Finalmente, por unanimidad, la CIDH decide que la República de Colombia no es responsable de la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, frente a las garantías judiciales y protección judicial respectivamente.

### **Caso Las Palmeras vs. Colombia**

Los hechos que ocasionan este caso se desarrollan el día 23 de enero de 1991, en la localidad de Las Palmas del municipio de Mocoa. El Comandante del Departamento de Policía del Putumayo ordena a las fuerzas de Policía en colaboración con efectivos del Ejército, cerca de un colegio, a disparar desde el aire y desde tierra, ocasionando que varias personas murieran y un niño que se disponía a entrar a la escuela fuese herido. Posteriormente, a los fallecidos los vistieron con prendas militares para justificar dicho actuar; como consecuencia de este ataque, la Policía Nacional presentó siete cadáveres supuestamente de subversivos muertos en un combate, seis de ellos eran civiles que estaban cerca al lugar y del séptimo no se esclarecía procedencia.

Luego de estos hechos, el comandante de Policía de Putumayo abre proceso disciplinario, pero absuelve a los uniformados; luego, se inician procesos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que dan como responsables a los uniformados y se deduce que atacaron a civiles en estado de indefensión, ya que ellas cumplían sus labores diarias, por tanto fue una ejecución extrajudicial; finalmente, la Justicia Penal Militar, transcurridos siete años, todavía se encontraba en etapa de investigación.

Frente al artículo 8 de la Convención, que trata de las garantías judiciales, menciona la CIDH que se ve la flagrante violación, pues el proceso disciplinario fue adelantado en su totalidad en el término de cinco días y se impidió el descargo de pruebas, además fue realizado por el mismo comandante de Policía de Putumayo, quien dio la orden a sus subalternos de dicho operativo, por tanto, se constituye este en juez y parte, haciendo un juicio imparcial, y dando como resultado el cierre de la investigación y la absolución de los uniformados, aunado a esto varias instituciones colombianas como la Procuraduría, el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño y la misma Dirección de la Policía Nacional señalaron que el procedimiento disciplinario presentó irregularidades.

Además, el caso en la Justicia Penal Militar se tramitó desde 1991 hasta 1998, y los jueces pertenecían a la Policía Nacional, por tanto, no se le dio el trámite debido, ya que no se habían ni siquiera imputado los cargos a los responsables, y se encontraba en etapa de investigación.

La CIDH menciona que los tribunales militares tienen la función de juzgar a sus miembros por motivos de cometer delitos o fallas en el servicio dentro del desarrollo de sus funciones y bajo circunstancias específicas, pero que no se puede concebir, que el mismo Estado colombiano faculta a los jueces militares para que juzguen a sus propios pares frente a delitos cometidos contra civiles y que tratan de ejecuciones extrajudiciales, pues, como se puede observar en el presente caso, los jueces pertenecían a la Policía

Nacional y tuvieron bajo su conocimiento el proceso durante siete años, sin obtener resultado alguno, por tanto se vulnera el numeral 1 del artículo 8 a los familiares de las víctimas, pues el proceso no fue imparcial, ni fueron oídas en los respectivos procesos disciplinarios o penales militares, y el proceso duró siete años sin tener resultado alguno.

Además, luego de haber pasado a la justicia ordinaria el conocimiento del caso, no ha arrojado tampoco ningún resultado, concluyendo que la justicia colombiana es ineficaz y lenta, pues luego de 10 años de investigaciones desde ocurridos los hechos no se tiene resultado alguno al respecto, la CIDH además añade que no solo basta con la existencia de procedimientos y recursos, sino que estos a su vez deben ser efectivos y dar resultados, por lo tanto, en el presente caso se ha contribuido a la impunidad, por la ineficacia, tardanza de la justicia y el retardo injustificado de las decisiones.

Frente al artículo 25 de la Convención, que trata de la protección judicial, en este caso también se ve vulnerado, ya que aun existiendo y adelantándose los procedimientos y recursos judiciales, estos no fueron efectivos, no hubo rapidez y existió desidia en las investigaciones realizadas y los años que han tardado las investigaciones las cuales no han pasado de la etapa de indagatoria sobrepasan estos términos la razonabilidad. Finalmente, la CIDH declara que el Estado colombiano ha violado los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención a los familiares de los fallecidos.

### **Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia**

Mediante el Decreto Legislativo 3398 de 1965, fue permitido que los civiles se armaran y recibieran apoyo logístico de las Fuerzas Militares para combatir la guerrilla y acudir a apoyar a los militares en combate, pero, luego de transcurrir el tiempo, estos grupos sociales armados se salen de las manos del Estado y se autodenominan grupos paramilitares, y ya no apoyaban al ejército ni dependían de él, sino que operaban de manera autónoma y su misión era destruir los grupos guerrilleros y, luego de eso, se convirtieron en grupos criminales, debido a esta problemática el gobierno se vio obligado a derogar dicha normativa mediante el Decreto 0815 del 19 de abril 1989.

El 4 de octubre de 1987, diecisiete comerciantes partieron de Cúcuta con destino a Medellín en un camión; dos días después, el 6 de octubre pasaron por Puerto Araújo y fueron requisados por las Fuerzas Militares, al ver que no llevaban armas los dejaron pasar, pese a que transportaban mercancía de contrabando, después de eso fueron detenidos por grupos paramilitares del municipio de Puerto Boyacá, y al otro día, es decir el 17 de octubre de 1987, los paramilitares les dieron muerte y sus cadáveres fueron arrojados en las aguas del caño denominado El Ermitaño, después, el mismo grupo paramilitar asesinó a dos personas más que se encontraban en labores de búsqueda de los 17 comerciantes. Vale mencionar que los grupos ilegales operaban en coadyuvancia con las Fuerzas Militares de Colombia.

En 1996 se presentó un conflicto de competencia entre la Justicia Penal Militar y el Fiscal que desarrollaba la investigación, esto fue hasta el Consejo Superior de la Judicatura, quien resolvió el conflicto de competencia otorgándosela a la Justicia Penal Militar por tratarse de hechos ocurridos dentro del servicio militar de los uniformados y, entonces, el 18 de junio de 1997 mediante sentencia se declaró la cesación de procedimiento a favor de los cuatro imputados militares. Ante ello, el Ministerio Público interpone recurso de apelación por considerar que los delitos de lesa humanidad no son de competencia de los jueces penales militares basándose en la sentencia C-358 de 5 de agosto de 1997 proferida por la Corte Constitucional; posteriormente, el Tribunal Superior Militar, el 17 de marzo de 1998 emite decisión en la cual señala que los jueces están sujetos a lo que se resuelva en los conflictos de competencia, por tanto ya había resuelto sobre esto el Consejo Superior de la Judicatura.

La CIDH frente a la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, divide varios temas para llegar a decidir si existe vulneración o no de los referidos apartes normativos, por tanto, analiza el procedimiento ventilado ante la Justicia Penal Militar y frente a la Justicia Ordinaria con respecto a las garantías judiciales y protección judicial.

La CIDH deduce que la Jurisdicción Penal Militar en un Estado Social de Derecho debe tener un carácter restrictivo y excepcional, y solo someter los asuntos que se desarrollan frente a la disciplina y el servicio en ejercicio

de las funciones militares, por tanto, el juez competente para resolver el presente caso debe ser imparcial e independiente, esto quiere decir que corresponde a la justicia ordinaria abordar su conocimiento. De acuerdo que la Jurisdicción Penal Militar no era competente, se están vulnerando los artículos 8.1 y 25 de la Convención.

Frente a la jurisdicción ordinaria, los procesos disciplinarios contra los militares no fueron realizados, cursaron demandas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero durante siete años no se han decidido. Adicionalmente, frente al proceso penal, la CIDH no entra en detalles, pues no puede condenar casos particulares, pero lo que sí entra a estudiar, es que el Estado debe realizar las investigaciones, no para llenar una simple formalidad procesal, además no solo debe adelantarse los procesos por impulso de las víctimas o de sus familiares, sino el Estado debe cumplir con las gestiones para esclarecer los hechos, recolectar pruebas y juzgar a los responsables. De igual manera, la CIDH enfatiza que debe protegerse el derecho a las víctimas y a sus familiares de ser oídas y actuar en los respectivos procesos para el esclarecimiento de hechos, condena de los responsables y para la búsqueda de una reparación.

Añade la CIDH que se viola el derecho a las garantías y protección judicial cuando el asunto no es decidido y esclarecido en un tiempo razonable, y que no solo basta con la existencia de procesos, procedimientos y recursos, sino es necesario el esclarecimiento

de los hechos investigados. Por tanto, la CIDH concluye que el Estado colombiano violó los artículos 8.1 y 25 referentes a las garantías y protección judicial.

### **Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia**

Estos hechos datan de la ocurrencia el 12 de julio de 1997, en donde un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia –AUC, arriban al aeropuerto de San José de Guaviare, dichos vuelos fueron ayudados y coordinados por las Fuerzas Militares, pero no existió ningún tipo de control ni de registro en los libros, por tanto, era una operación militar propiamente, pero de manera ilegal ya que se saltaron todos los procedimientos para el caso. Luego, el 14 de julio del mismo año, las AUC amenazaron de muerte al poblado de Charras si seguían pagando impuestos a la guerrilla, al otro día más de 100 hombres rodeaban Mapiripán, por tierra y aire, se tomaron el pueblo, las instituciones, secuestraron y asesinaron a varias personas, sin intervención alguna de las Fuerzas Militares para detener dichos actos de violencia.

El Estado colombiano manifiesta que no se han vulnerado los artículos 8 y 25 de la Convención, que tratan de las garantías y protección judicial, pues señalan que se han dado los recursos y los procesos para que se realice el esclarecimiento de los hechos y se impongan condenas, pues se han iniciado y desarrollado procesos disciplinarios, contencioso-administrativos y penales por la muerte de aproximadamente de 49 víctimas.

Frente a la vulneración de los artículos 8 y 25 la CIDH señala que un Estado Social de Derecho debe tener mecanismos de justicia competentes, autónomos y objetivos, por tanto, la Jurisdicción Penal Militar debe tener un carácter restrictivo y excepcional que juzgue solo las faltas y los delitos en cuestión del servicio.

La CIDH reitera que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta corporación, los Estados no solo deben preocuparse por permitir el desarrollo de los procesos a las víctimas y sus familiares, sino que, de oficio, sin dilación se deben trazar investigaciones serias imparciales y sobre todo efectivas que no solo sean una simple formalidad procesal judicial, sino que sirvan para esclarecer los hechos ocurridos y condenar a los culpables para finalmente reparar a las víctimas y a sus familiares.

Finalmente, la CIDH concluye que existe impunidad parcial en el presente caso, ya que el Estado tiene el deber de combatir la impunidad, y realizar la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables que violaron los derechos humanos, por tanto, en el presente caso la gran mayoría de los responsables no han sido identificados, ni procesados, y más preocupante aún que a los paramilitares responsables se les han otorgado beneficios que impiden una sanción por vulnerar los derechos fundamentales, por tanto se tiene que efectivamente, el Estado colombiano vulneró los artículos 8.1 y 25 de la Convención que tratan sobre las garantías y la protección judicial.

### **Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia**

El 24 de agosto de 1994, un oficial de la Policía, Coronel Luis Gonzaga Enciso Barón y su primo quien fue teniente del Ejército llamado Dalel Barón, citaron a Wilson Gutiérrez Soler y lo condujeron al sótano de la Unidad Nacional Antiextorsión y Secuestros de la Policía Nacional, en donde lo amarraron y torturaron. Luego de varias horas una unidad de Derechos Humanos le hizo una entrevista en donde le coaccionaron a responder todo con la respuesta “sí”, no tuvo ningún abogado ni representante, lo máximo fue que las autoridades consiguieron una religiosa para que lo acompañara a dicha diligencia de versión libre.

El 25 de agosto de 1994, la víctima se presentó ante la Fiscalía a interponer denuncia, también ante la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, como consecuencia de ello se iniciaron procesos paralelos en la Jurisdicción Penal Militar y en la Jurisdicción Ordinaria en contra del coronel de la Policía y contra el exteniente del Ejército respectivamente. El 7 de abril de 1995, la Justicia Penal Militar inicia proceso contra el coronel de la Policía, pero lo finaliza por no existir pruebas en su contra, dicho pronunciamiento es confirmado por el Tribunal Superior Militar.

La Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos considera que no existe mérito para iniciar investigación contra el coronel de la Policía, pues el Director de la Policía había exonerado de toda responsabilidad disciplinaria al referido oficial mediante decisión del

27 de febrero de 1995. Luego, el 29 de agosto de 1995 se abrió proceso penal contra el ex teniente del Ejército Dalel Barón, pero el 15 de enero de 1998 la Fiscalía hace uso de la figura de la preclusión y archiva el expediente. En este caso, en la resolución de 10 de marzo de 2005, señala en su parte considerativa que el Estado colombiano reconoció los hechos y la violación de los artículos 8 incisos 1, 2d, 2e, 2g, y 3 a su vez el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### **Caso Escué Zapata vs. Colombia**

La víctima fue retenida de manera ilegal por el Ejército Nacional, violándosele sus garantías y derechos fundamentales, existiendo un flagrante abuso de autoridad, además el Estado no proporcionó los procedimientos y mecanismos eficaces para que cesara dicha violación. La CIDH señala que para determinar si se protegieron las garantías y protección judicial de los artículos 8 y 25 de la Convención se debe determinar el derecho a ser oído, el plazo razonable, la competencia, la imparcialidad y la efectividad de los procesos y recursos.

Frente al elemento del tiempo razonable, la CIDH estima que el Estado debe hacer lo necesario para alcanzar la verdad e imponer las respectivas sanciones y que para determinarlo se deben basar en tres elementos: primero, la complejidad del asunto; segundo, la actividad procesal del interesado; y finalmente, la conducta de las autoridades judiciales. La CIDH basada en estos elementos, concluye que el Estado colombiano ha violado el artículo 8.1,

pues ha durado 19 años sin arrojar resultados, lo cual es irrazonable.

Frente a la competencia, se tiene por destacar que inicialmente la ostentó la Justicia Penal Militar y que la muerte de la víctima, señor Escué Zapata, estuvo durante 10 años en el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar sin arrojar resultados. Además, la CIDH resalta que la Justicia Penal Militar debe tener un carácter restrictivo y excepcional frente a los asuntos que conoce, pues cuando asume competencia de asuntos que no le corresponden, se está violando el principio del juez natural, el derecho de acceso a la justicia, y el debido proceso, por tanto al respecto dice la CIDH que el Estado colombiano ha violado el artículo 8.1 de la Convención, porque se vulnera el derecho a ser oído por un juez competente, independiente e imparcial.

Finalmente, frente a la efectividad del procedimiento, se puede establecer que en la etapa que el proceso fue competencia de la Justicia Penal Militar, estuvo inactivo y no se avanzó para aclarar la verdad y esclarecer los hechos; y frente a las diligencias que el Estado realizó para encontrar el expediente que fue extraviado, no se observa que se haya realizado una investigación seria y que hayan buscado y sancionado a los responsables de la pérdida de los elementos claves que contenían el respectivo expediente que supuestamente desapareció. Otro aspecto importante es que el Estado se limitó a investigar el homicidio del señor Escué, pero no dirigió investigaciones frente a su retención ilegal, el allanamiento ilegal a su inmueble e incluso

la participación de ex miembros de la Fuerza Pública. La CIDH establece que se vulneraron los artículos 25 y 8.1 de la Convención, debido a las irregularidades cometidas por el Estado colombiano.

### **Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia**

Grupos paramilitares en apoyo con grupos de la Fuerza Pública de Colombia, mientras funcionarios judiciales hacían inspección en el bajo Simacota y el Magdalena Medio, para esclarecer los hechos de la masacre de los 19 comerciantes, y otros hechos de violencia y responsabilidades civiles y militares, fueron asesinados y otros fueron lesionados en su integridad. A pesar que se han iniciado y desarrollado procesos por la vía penal militar, por la jurisdicción ordinaria, procesos disciplinarios y contenciosos, ha existido impunidad, además se han presentado obstáculos a las investigaciones y no se han identificado y castigado a todos los responsables, todo esto da para entender que se ha desconocido las garantías y la protección judicial a las víctimas y sus familiares.

Además, el mismo Estado colombiano aceptó la falta de efectividad judicial, pues los procesos han durado más de 17 años y en varios de ellos no se ha llegado a concluir la verdad y las responsabilidades, además, no se han identificado y sancionado a todos los responsables de la masacre, ha existido inactividad procesal, se han presentado inconvenientes tanto jurídicos como procesales, figuras jurídicas como la cosa juzgada o la prescripción en el desarrollo de los procesos.

El Estado ha incurrido en el tiempo razonable para obtener la verdad y para sancionar a los infractores, el proceso penal por vía ordinaria no ha sido efectivo y las diligencias de investigación han tardado mucho sin arrojar resultados, además se dieron amenazas contra jueces, testigos y familiares, se presentaron obstrucciones en las investigaciones y retardo injustificado en las actuaciones procesales.

La CIDH, frente a la competencia que se le dio del caso a la Justicia Penal Militar, señala que existió violación del juez natural, imparcial e independiente, además que se vulneró el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, añade además que dicha jurisdicción debe ser limitada con un alcance restrictivo y excepcional, enfatizando que solo se pueden juzgar delitos y faltas cometidas por militares en razón del servicio y, en este caso, las ejecuciones extrajudiciales su competencia debía radicar en la justicia ordinaria.

En el aspecto disciplinario, dichos procesos se vieron teñidos de negligencia, y además pasados 17 años, no se ha sancionado a ningún funcionario por los hechos en cuestión. En cuanto a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se reconocieron indemnizaciones por medio de conciliaciones y los procesos judiciales correspondientes, pero la CIDH señala que las decisiones adoptadas por dicha jurisdicción no constituyen una manifestación de responsabilidad del Estado por la violación de derechos fundamentales y contenidos en la Convención, por tanto, estos procesos no garantizan la

rehabilitación, la verdad y la justicia frente a los hechos sucedidos.

Finalmente, la CIDH considera que los procesos y recursos no han sido efectivos para garantizar el esclarecimiento de la verdad, ni para aplicar justicia y reparación, ni mucho menos para determinar los culpables de la violación de derechos para ser sancionados, razón por la cual se han vulnerado los artículos 8.1 y 25 de la Convención.

#### **Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia**

El senador Manuel Cepeda Vargas fue ejecutado de manera extrajudicial el 9 de agosto de 1994 en Bogotá, por miembros del Ejército Nacional y paramilitares, por motivos políticos, por pertenecer a un partido de oposición al gobierno. Frente a la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, la CIDH recuerda que las investigaciones tendientes a esclarecer la verdad y aplicar sanciones a los responsables de violación de derechos, debe realizarse dentro de un plazo razonable, y en el presente caso transcurrieron 16 años después de los hechos y aún no se han procesado ni sancionado a todos los responsables de la muerte del senador, por tanto, se vulneró el artículo 8.1 de la Convención.

Frente al ámbito disciplinario, la Procuraduría General de la Nación sancionó a algunos de los militares que se vieron inmiscuidos en este crimen, pero a otros los absolvió, aun cuando estos pudieron haber participado en los hechos o que permitieron que sucedieran.

Aunque por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se declaró administrativamente responsable al Estado, la CIDH resalta que, aunque las decisiones de esta jurisdicción ayudan a la reparación de los daños causados, estas no contribuyen al esclarecimiento de la verdad y la aplicación de sanciones a los responsables, por tanto, no cumple con otros fines como las medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. En el aspecto penal, se logró la condena de dos suboficiales y se absolvió a Carlos Castaño Gil, y se inició otra investigación, pero finalmente se nota la impunidad, ya que fueron realizados por fuera de un plazo razonable, no se sancionaron a todos los responsables del crimen.

#### **Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia**

Paramilitares armados con fusiles y revólveres, arribaron al corregimiento de La Granja de Ituango, pasaron al frente de la Estación de Policía y ningún uniformado los detuvo, los paramilitares ordenaron cerrar todos los establecimientos, y realizaron asesinatos selectivos, luego se dirigieron al área rural donde realizaron otras ejecuciones, todas estas de conocimiento de la Fuerza Pública de Colombia, quienes no impidieron dichas ejecuciones.

La CIDH señala que para analizar el plazo razonable de los procesos debe tener en cuenta tres aspectos, la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. Además, añade la CIDH que el Estado debe combatir la impunidad, y en el

presente caso se han tardado las investigaciones, juzgamiento y condenas de los responsables de infringir los derechos humanos, además no se han hecho efectivas las ordenes de captura, aunado a esto, se han amenazado a los fiscales y demás funcionarios encargados del caso particular. Por tanto, la impunidad y la falta de efectividad en el proceso penal es notoria, ya que no se han vinculado a las investigaciones a los responsables de los crímenes y además tampoco se han condenado, y finalmente quienes han sido condenados no se han hecho efectivas las respectivas órdenes de captura.

Frente a las sanciones disciplinarias, la CIDH no entra a analizar los casos, ya que la función disciplinaria no puede suplir las sanciones penales frente a las violaciones de los derechos humanos. Frente a las decisiones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la CIDH establece que, si bien es cierto, se han realizado indemnizaciones y se ha declarado administrativamente responsable al Estado, pero que esta jurisdicción no contribuye a poner fin a la impunidad, a esclarecer la verdad, a asegurar la no repetición y a garantizar los derechos y garantías contenidos en la Convención.

Finalmente, al analizar la CIDH en conjunto los procesos penales, administrativos y disciplinarios concluye que existe violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, ya que no se ha aclarado la verdad, no se ha sancionado, no se han ejecutado las órdenes de captura y además no hay plazo razonable en las decisiones tomadas.

### **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia**

El 14 de enero de 1990 en horas de la noche incursionó un grupo paramilitar en el corregimiento de Pueblo Bello, del municipio de Turbo (Antioquia). Los paramilitares capturaron, reunieron en la plaza del pueblo y posteriormente amordazaron y obligaron a 43 hombres a subirse a los camiones donde se movilizaban los paramilitares, pasaron por un retén del Ejército y luego llegaron donde el jefe paramilitar Fidel Castaño Gil, quien ordenó que a los capturados los interrogaran y para que confesaran, acudieron a mecanismos como cortarles las venas, quitarles las orejas y los órganos genitales y punzarles los ojos, como consecuencia de las torturas 20 hombres perdieron la vida y hay otras personas de las cuales se desconoce su paradero. Los familiares de los desaparecidos acudieron a la base militar de San Pedro de Urabá en donde no recibieron apoyo e incluso dijeron los militares que por dicho retén no había pasado el camión con las personas que buscaban.

La CIDH establece que los Estados deben propender para que en sus procedimientos se respete el debido proceso, deben mantener una razonabilidad en el plazo de los procesos, garantizar el acceso a la justicia, y hacer lo necesario para que las víctimas y sus familiares conozcan la verdad, y los responsables sean sancionados; además, añade sobre los requisitos del plazo razonable que tratan según el asunto, según la actividad del interesado y, finalmente, la conducta de las autoridades judiciales.

Frente a la justicia penal ordinaria, la CIDH señala que existe impunidad cuando la gran mayoría de los responsables no son vinculados a las investigaciones y no han sido sometidos a las sanciones correspondientes, además, no existe plazo razonable en el desarrollo de los procesos haciendo ineficaz los recursos y procedimientos existentes para el caso particular.

Frente a la Jurisdicción Penal Militar, la CIDH señala que no es competente para conocer el caso de violación de derechos humanos, por tanto se vulnera el principio de juez natural, ya que no posee competencia, también se vulnera el debido proceso y acceso a la justicia, además, añade la CIDH que la Jurisdicción Penal Militar debe ser de carácter restrictiva y excepcional y estar encaminada a juzgar las conductas relacionadas con delitos y faltas cometidas con relación a las funciones del servicio militar, además las actuaciones adelantadas por dicha jurisdicción en el presente caso no fueron eficaces, no condujeron a la verdad de los hechos ni tampoco al juzgamiento de los responsables.

El proceso disciplinario adelantado no conduce al esclarecimiento de la verdad, y al estar limitada como sanción administrativa, y sin poder sustituir la jurisdicción penal, no es un procedimiento efectivo que lleve a la condena de los responsables por la violación de derechos humanos. La CIDH señala que, frente al aspecto de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se encuentran en trámite en el momento de dictar la sentencia del presente caso, se tiene que no se analizarán.

Finalmente, la CIDH concluye que el Estado ha contribuido con la impunidad, pues no hay efectividad en los procesos ya que no se han vinculado ni juzgado a los responsables de la violación de los derechos humanos, además los paramilitares que ya fueron condenados no están cumpliendo sus penas porque no se han hecho efectivas las capturas de los responsables, por tanto, sí se han violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención.

### **Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia**

El hecho ocurre el 13 de diciembre de 1998, cuando la Fuerza Aérea Colombiana, con aeronaves oficiales, realizan un bombardeo en el que perdieron la vida varias personas del poblado de Santo Domingo, originado por un combate contra grupos guerrilleros. Frente al caso particular, la CIDH señala que los procesos adelantados por el Estado son útiles y eficaces, garantizando el acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación de las violaciones cometidas.

La CIDH ha establecido que el deber del Estado de investigar no es un resultado, y por tanto no puede verse como una simple formalidad para mostrar el cumplimiento del desarrollo de un proceso, por tanto, dicha investigación debe ser seria, imparcial, orientada a encontrar la verdad, la persecución de los responsables de la violación de los derechos humanos, y finalmente la captura y enjuiciamiento de los sujetos activos de la violación de derechos.

La CIDH enfatiza sobre la falta de competencia de la Jurisdicción Penal Militar para juzgar hechos con ocasión de violación de derechos humanos, y que su competencia se limita al juzgamiento de delitos y faltas contra bienes jurídicos propios del servicio militar. Finalmente, la CIDH señala que las investigaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación han sido constantes a determinar los hechos y para perseguir condenar a los culpables de las violaciones de derechos humanos, por tanto, la CIDH no entra a analizar el plazo razonable y concluye que no se violó el artículo 8 de la Convención.

Finalmente, la CIDH asegura que no se ha comprobado que el Estado haya violado los artículos 8 y 25 sobre las garantías y protección judicial, ya que se han realizado las respectivas investigaciones de manera seria, diligente y exhaustiva, y los distintos mecanismos y procedimientos son efectivos para alcanzar la verdad y determinar los responsables de las violaciones de los derechos humanos, y finalmente el plazo razonable se ha respetado por parte del Estado.

### **Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia**

Luis Gonzalo Vélez Restrepo, era camarógrafo de Noticias 12:30, por tanto, estaba obligado en razón a su profesión, a realizar el cubrimiento de noticias en zonas de riesgo por la violencia. El día 29 de agosto de 1996, Vélez Restrepo se encontraba en el municipio de Morelia, Caquetá, debido a que los campesinos que cultivaban coca hacían unas marchas y se

dirigían hacia Florencia, Caquetá, pero, los militares tenían orden de impedir el paso de los manifestantes utilizando gases lacrimógenos. Luego se presentó un inconveniente y los militares hicieron uso excesivo de la fuerza, dando como resultado personas heridas con arma de fuego, armas cortopunzantes y armas contundentes. Vélez Restrepo grababa los hechos sucedidos y el momento en que los soldados maltrataban físicamente a un manifestante; al percatarse de la filmación que el camarógrafo realizaba, un Comandante del Ejército dio la orden para que le fuera incautada la cámara, y para conseguirlo, los militares lo golpearon hasta el momento en que llegó otro soldado y lo resguardó junto a otros periodistas, como consecuencia le fue dañada su cámara pero la filmación quedó intacta, después de eso el video fue difundido por los medios de comunicación. Producto de los golpes propinados por los soldados, fue remitido al hospital de Bogotá, luego de su recuperación sufrió amenazas de muerte.

Si bien es cierto, el Estado aceptó parcialmente la responsabilidad al verse violados los artículos 8.1 y 25 de la Convención, el Estado reconoce la violación del plazo razonable, pero aún subsiste la discusión acerca de la violación del juez natural, ya que el proceso fue adelantado ante la Jurisdicción Penal Militar, la cual es incompetente, además se presentó la falta de una investigación efectiva y falta de diligencia de Estado en el presente caso.

Frente a la violación del juez natural, la CIDH acude a su jurisprudencia y señala que la

Jurisdicción Penal Militar debe ser de carácter restrictivo y excepcional, y debe ser utilizada solo para investigar delitos y faltas cometidas con relación al servicio militar, pero no crímenes cometidos con violación a los derechos humanos, por tanto, el Estado colombiano vulneró el artículo 8.1 de la Convención.

La CIDH señala que ninguna de las violaciones cometidas en contra de la víctima y de su familia fueron investigadas con efectividad en la justicia ordinaria, y que la investigación a pesar de ser una obligación de medio y no de fin, no se puede tomar como una simple formalidad procesal para demostrar que existen mecanismos y recursos para la defensa judicial de la víctima, sino *contrario sensu*, la investigación debe ser efectiva para vincular a los responsables de la violación de los derechos humanos, ejercitar su persecución y finalmente sancionarlos bajo un enjuiciamiento; en el presente caso no existió ningún sancionado por la golpiza que recibió la víctima, ni por la vía disciplinaria ni por la vía penal; y finalmente frente al delito de privación arbitraria de la libertad del periodista en grado de tentativa, el Estado asume su responsabilidad por violar el plazo razonable.

Por tanto, la CIDH concluye que los mecanismos, procedimientos y recursos del Estado fueron ineficaces y no condujeron a lograr la verdad, justicia y determinación de los responsables, por tanto, el Estado colombiano ha vulnerado los artículos 8.1 y 25 de la Convención.

### **Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia**

El 27 de febrero de 1998, dos hombres armados y una mujer ingresaron al despacho de Jesús María Valle Jaramillo en donde se encontraban dos personas más, procedieron a amordazarlos, le dispararon al señor Valle Jaramillo y a las otras dos personas las arrastraron a la sala de la oficina y los amenazaron de muerte. Este homicidio fue perpetrado debido a que Valle Jaramillo era defensor de los derechos humanos y realizaba denuncias e investigaciones sobre la masacre de Ituango a manos de los paramilitares y el Ejército de Colombia.

Los procesos penales y disciplinarios no han cumplido con la efectividad dado que, aunque se condenan a dos autores civiles del crimen, no se han vinculado otros posibles autores del hecho, como puede ser agentes del Estado que estén involucrados a este crimen, por tanto, ha existido retardo judicial. En el ámbito disciplinario el expediente fue archivado. Finalmente, frente al proceso Contencioso Administrativo, se vio que existió reparación, pero como la CIDH ha reiterado que esta jurisdicción no es adecuada para reparar de manera integral, por tanto, no constituye un recurso efectivo para el caso particular, ya que solo se tiene por dicha vía la declaratoria de responsabilidad administrativa del Estado y no para imponer sanciones en contra de los autores de los hechos criminales.

Por tanto, la CIDH concluye que ha existido impunidad frente al caso particular, ya que, a

pesar de existir mecanismos, recursos y aun habiéndose castigado a dos personas civiles por la responsabilidad del crimen perpetrado, aún no se han vinculado a la investigación posibles responsables como los agentes del Estado, y no existe una reparación integral de los perjuicios de la familia de la víctima.

### **Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia**

En febrero de 1997, se realizó una operación militar denominada Operación Génesis que buscaba combatir la guerrilla de la zona, pero, producto de las actuaciones de la fuerza pública se produjeron desplazamientos forzados por parte de grupos que ancestralmente han estado en dicha zona. El Estado reconoció parcialmente la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención, pero la CIDH mantiene la controversia frente a violación de dichos artículos frente al retardo injustificado de los procedimientos necesarios para determinar y sancionar los autores intelectuales y materiales de la muerte de Mariano López, pues no existe el pazo razonable, además también mantiene controversia frente a los términos del plazo razonable frente a las víctimas de desplazamiento forzado.

Los procesos penales y disciplinarios no han sido efectivos para esclarecer la verdad y lograr el castigo de los responsables de los derechos humanos, además no existió el plazo razonable, por tanto, no se ha aportado por el Estado la debida diligencia para obtener las víctimas un

esclarecimiento de la verdad, tener acceso a la justicia y a la reparación integral.

### **CONCLUSIONES**

De acuerdo con el principio de autonomía de los Estados, estos pueden darse sus propias leyes y juzgar a sus asociados, sin embargo, al existir el principio de *pacta sunt servanda*, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido a cabalidad. Adicionalmente, también se establece el control de convencionalidad, el cual obliga a que los jueces y funcionarios administrativos con jurisdicción apliquen de preferencia los postulados convencionales.

El Estado tiene el deber de combatir la impunidad, y realizar la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables que violaron los derechos humanos para lograr la verdad, justicia y reparación a las víctimas. Esto en clave de cumplimiento de los artículos 8 y 25 sobre las garantías judiciales y la protección judicial respectivamente.

El Estado colombiano ha sido demandado en varias oportunidades por transgresión a los derechos humanos que incluyen violación a las garantías judiciales y la protección judicial y en la mayoría de los casos ha sido declarado responsable de violarlos, por lo cual se ha condenado internacionalmente al Estado, debido a la impunidad, a la violación del plazo razonable y adicionalmente por violación del principio del juez natural.

El Estado colombiano ha dado un trato inadecuado a distintos casos, violando los artículos 8 y 25 de la Convención, pues, a pesar de existir graves violaciones de derechos humanos, ha dado competencia a la Justicia Penal Militar para investigar dichas violaciones, a pesar de no ser competente, y en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicha jurisdicción debe ser de carácter restrictiva y excepcional, y el juez natural competente en dichos casos es la justicia ordinaria por ser imparcial e independiente.

## REFERENCIAS

- Acosta Alvarado, P. A. (2016). Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 15-60.
- Caballero, S., Cruz, K., Vásquez, L., y Moreno, M. (2020). Alcancedel control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia. *Advocatus*(34), 43-58.
- Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1995).
- Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004).
- Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010).
- Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007).
- Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005).
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).
- Caso de las Comunidades Afro descendientes Desplazadas de la Cuenca de Río Cacaíra (operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2013).
- Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006).
- Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2007).

- Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2005).
- Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001).
- Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012).
- Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2008).
- Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia, Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José, Costa Rica.
- Naciones Unidas (23 de Mayo de 1963). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena. [https://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf).
- Robayo, W. (2016). *La protección de los derechos laborales y de seguridad social en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-067 (Corte Constitucional de Colombia 2003).
- Sentencia C-269 (Corte Constitucional de Colombia 2014).
- Sentencia C-358 (Corte Constitucional de Colombia 1997).
- Sentencia C-400 (Corte Constitucional de Colombia 1998).

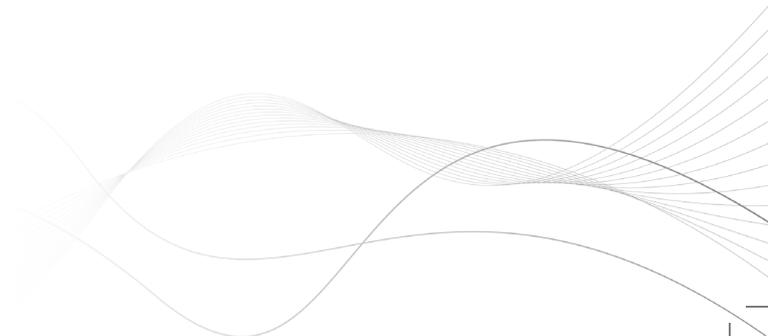




# ADVOCATUS



## ARTÍCULOS DE REVISIÓN





# Memoria y víctimas en las tesis sobre el concepto de historia de Walter Benjamín: contra la violencia del olvido

## Memory and victims in the theses on the concept of history of Walter Benjamin: against the violence of forgetting

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6904>

### Resumen

Las “tesis sobre el concepto de historia” *Über den Begriff der Geschichte* (1940) constituyen el último escrito filosófico y político de Walter Benjamín, redactado entre 1939 y 1940 en medio del ascenso del Nacional Socialismo en Europa. Este documento es el escrito de un judío que intenta escapar, una víctima de la violencia legal y su irracionalidad deshumanizante que, finalmente obliga al filósofo Berlínés a morir acudiendo al suicidio. Las tesis son una innegable exigencia de justicia y reparación a las **víctimas** de la violencia, los excluidos sociales, contra quienes se impuso la injusticia; donde se plantea, realizar una nueva lectura de la **Historia** desde la perspectiva de los vencidos, las víctimas de los hechos históricos que el Historicismo excluye de su narrativa. Esta lectura de la historia requiere “cepillarla a contrapelo” a través de la **memoria** para descubrir esos detalles que se le escapan al historiador, en el que las fisuras, las irrupciones, y las discontinuidades develan la barbarie que se oculta en esa supuesta linealidad del tiempo histórico, detalles importantes para la justicia a las víctimas. La memoria es, desde esta concepción de la historia, una herramienta de lucha contra la violencia del olvido y a su vez un referente ético garante de redención y justicia.

**Palabras clave:** Walter Benjamín; Historia; Víctimas; Memoria; Olvido; Justicia; Redención.

### Abstract

The theses about the concept of history *Über den Begriff der Geschichte* (1940) are the last philosophic and political papers edited by Walter Benjamin, written between 1939 and 1940 in the middle of the National Socialism rise in Europe. This is the brief of a Jewish that tries to escape, a victim of the legal violence and its irrational dehumanization that finally obliges the philosopher of Berlin to commit suicide. The theses are a clear demand for justice and compensation for the Victims of violence, those who are socially excluded, against whom injustice was impelled, where a new interpretation of History is proposed, from the standpoint of the defeated, the victims of the historic facts that History takes out of its narrative. This reading of history requires “a brush against the grain” through memory in order to disclose those details that escape the historian where the holes, invasions and discontinuities show the barbarism that is hidden in this supposed linearity of the historic time, important details for the victim’s justice. The memory is from this conception of history the tool for the struggle against violence of oblivion and at the same time an ethic guarantee of Redemption and Justice.

**Keywords:** Walter Benjamin; History; Victims; Memory; Forgetfulness; Justice; Redemption.

### Cristóbal Arteta Ripoll

Docente investigador Universidad del Atlántico, Universidad Libre.  
Contacto:  
[cristobalartetar@gmail.com](mailto:cristobalartetar@gmail.com)

### Juliana Paola Díaz Quintero

Magíster en Filosofía, Universidad Federal de Uberlandia. Becada OEA 2018.

### Como citar:

Arteta Ripoll C., y Díaz Quintero J.P. (2020). Memoria y víctimas en las tesis sobre el concepto de historia de Walter Benjamín: contra la violencia del olvido. *Advocatus*, 18(35), 179-188. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6904>



### Open Access

### Recibido:

12 de mayo de 2020

### Aceptado:

05 de septiembre de 2020

## TESIS SOBRE EL CONCEPTO DE HISTORIA

Las “tesis sobre el concepto de historia” de Walter Benjamín son consideradas como uno de los textos filosóficos y políticos más importantes del siglo xx. Este texto inacabado, podría considerarse como un tratado a la memoria de las víctimas,

Benjamín en efecto, propone una lectura de la historia que halla en la Memoria el elemento de constitución: mirar la historia desde el prisma de los vencidos; entonces, seguramente la historia se escribiría de otro modo, tendría otro libreto, actuarían otros protagonistas, se describirían otros proyectos, se narrarían otros sueños, se pondría en definitiva de manifiesto que “hubo otro” rumbo (Rivera y Bergalli, 2010, p. 29).

Estas tesis constituyen el último texto de Walter Benjamín, “redactadas bajo el impacto del estallido de la segunda guerra mundial y del tratado germánico-soviético, el cual, hasta cierto punto, lo había hecho posible” (Vélez, 1999, p. 45). Siendo un defensor de los postulados Marxistas de la lucha de clases, admite su decepción frente a la omisión en la acción y la crítica de los Comunistas Rusos al mando de Stalin, en torno al movimiento Nazi. “Benjamín parte del doloroso reconocimiento de que todo el movimiento histórico conocido desde mediados del siglo xix como revolución comunista o socialista ha terminado por ser un intento fracasado” (Echevarría, s.f., p. 6).

Es esta una de las razones que lo motiva a construir una nueva concepción de la historia, un nuevo discurso que toma los elementos marxistas y mesiánicos para pensarse realmente la emancipación de los oprimidos en términos políticos y culturales; que se da mediante la irrupción del continuum de la historia.

[...] En las pocas diez páginas de esta obra se imagina lo que podría ser o lo que debería ser el núcleo de un discurso socialista o comunista diferente [...], verdaderamente histórico, y verdaderamente materialista, el discurso revolucionario adecuado a la época del ocaso de la modernidad capitalista. (Echevarría, s.f., p. 6).

Es importante mencionar el contexto bajo el cual se desarrollan las tesis, caracterizado el momento histórico por “la conquista nacionalsocialista” como lugar donde se desarrolla con mayor intensidad la banalización de la vida, el antisemitismo y los campos de concentración de la Alemania Nazi, sinónimo de crímenes con su marca imborrable para la posteridad. Como lo señala Giorgio Agamben (Roma, 1942) en con esos campos el modelo de la modernidad entra en crisis. El estado de excepción se hace permanente reduciendo a los individuos a *nuda vida*, es decir a pura existencia biológica. Allí no solo fueron víctimas los judíos sino también aquellos que no cumplían con las exigencias de la de la “raza aria”, tales como los propios alemanes con deformaciones genéticas o prisioneros políticos. El individuo es convertido en un *homo sacer*, es decir, en un *individuo cuya muerte a pesar de no estar fijada*

por ningún ordenamiento jurídico, su significado ni contiene ni expresa ningún delito. Así la vida aparece frente al poder como un mero residuo biológico, libremente dispuesto sin importar su cultura, lengua o tradición. Para Agamben, el campo de concentración es el paradigma límite que da inicio y fin a la práctica política contemporánea (Homo sacer, 1995).

Cabe mencionar que Benjamín también fue víctima del desprecio intelectual de las instituciones alemanas, borrachas de nazismo que lo amedrantaron, lo persiguieron, lo lanzaron al exilio errante y lo llevaron al suicidio en Portbou, un pueblo perdido de la frontera hispano francesa, el 26 de septiembre de 1940.

Benjamín en sus obras tiene plena claridad de cuál es el sujeto de su defensa y no duda ni un instante en señalarlo: es el *oprimido*, el *vencido*, el *lumpen* o el históricamente invisibilizado. Su crítica de la historia no permite que se pueda tener continuidad en el tiempo, si detrás de éste, dejamos cadáveres y proyectos inconclusos, si además de ello no tenemos plena conciencia de la responsabilidad que tiene el filósofo o el historiador, el artista o el político como *testigo* de una verdad, de unos hechos, que el relato del vencedor ha excluido de la historia oficial, y que además se impone como verdad única respecto al pasado.

Una lectura de las tesis nos permite ver esos espacios de la memoria de las víctimas y la importante labor del historiador, del materialista histórico, del marxista comprometido con la

praxis política, en la lucha revolucionaria entre vencedores y oprimidos que busca sacar del anonimato al “oprimido” y que busca romper ese continuo de la historia que en la visión de Benjamín no es otro que el de catástrofe y barbarie.

Michael Lowy hace un interesante estudio sobre la obra de Benjamín en un texto intitolado *Walter Benjamín, aviso de incendio*, en él, dedica un capítulo a las tesis, llamado “Una lectura de las tesis del concepto de historia de Walter Benjamín”, donde se exponen diversas interpretaciones que se tienen respecto a ellas y que utilizaremos a continuación como punto de referencia para abordar el estudio sobre la importancia de la memoria y las víctimas en este punto de la obra de Benjamín.

## COMENCEMOS POR LA TESIS II

Uno de los rasgos más sorprendentes del alma humana, junto a tanto egoísmo en el detalle es que “el presente, en general, carece de codicia en cuanto a su futuro”. Esta reflexión de Lotze, induce a pensar que nuestra imagen de felicidad está íntegramente marcada por el tiempo al que nos ha relegado hoy el curso de nuestra propia existencia, [...], en otras palabras, la imagen de felicidad es inseparable de la imagen de liberación. Ocurre lo mismo con la imagen del pasado que la historia hace suya. El pasado trae consigo un índice secreto que lo remite a la redención. [...] existe un acuerdo tácito entre las generaciones pasadas y la nuestra. Nos han aguardado en la tierra. Se nos concedió como

a cada generación precedente una débil fuerza mesiánica sobre la cual el pasado hace valer una pretensión. Es justo no ignorar esa pretensión. Cualquiera que profese el materialismo histórico sabe algo de ella (Benjamín como se cita en Lowy, 2003, pp. 54-55).

Michael Lowy muy acertadamente propone aclarar el significado de algunos conceptos teológicos que son frecuentemente utilizados por Benjamín y que hacen parte de su tradición religiosa “el judaísmo”. Una de estas categorías es la *redención* (*redemption*), “Benjamín la sitúa, ante todo, en la esfera del individuo: su felicidad personal implica la redención de su propio pasado, la realización de lo que habría podido ser y no fue” (Lowy, 2003, p. 55). Esta felicidad implica la reparación, reparar el abandono y la desolación en la que se ha sumido a las víctimas del pasado. “La redención del pasado no es otra cosa que esa realización y esa reparación, según la imagen de la felicidad de cada individuo y de cada generación” (Lowy, 2003, p. 55). Redención íntimamente vinculada al rescate de la esperanza, de las utopías perdidas a causa de los horrores de la guerra, donde el espíritu saca la fuerza de la desesperanza.

La concepción de la historia que tiene Benjamín no concibe, como anteriormente mencionábamos, que el daño ocasionado a las generaciones pasadas no sea reparado, y que, además, aquella causa que dio origen a dicha violencia no sea cuestionada por las generaciones del presente. En este sentido, la *redención* tiene un carácter de “*rememoración histórica de las víctimas del pasado*”. La memoria cumple la función de ser

puente que une pasado y presente, reaviva el pasado a través de la recordación con el objetivo de criticar la injusticia y remover la conciencia ética; en aras de rechazar la violencia ejercida contra el otro. “No hay justicia sin memoria de la Injusticia. habría entonces que plantearse la hipótesis de una memoria que no olvide, si queremos llegar a una teoría de la Justicia” (Reyes, 2008, p. 104).

La rememoración -la contemplación- en la conciencia- de las injusticias pasadas, o la investigación histórica no son suficientes a criterio de Benjamín. Para que la redención pueda producirse, es necesaria la reparación –en hebreo *tikkun*– del sufrimiento, de la desolación de las generaciones vencidas y el cumplimiento de los objetivos por los cuales lucharon y no lograron alcanzar (Lowy, 2003, p 59).

De inmediato las tesis nos hablan de la responsabilidad histórica que tiene el materialista histórico con la utopía social de los vencidos, si la visión de la historia es aquella de la lucha entre opresores y oprimidos la tarea no es solo la rememoración de las víctimas sino también la lucha porque su proyecto social sea realizado. “La redención mesiánica y revolucionaria es una misión que nos asignan las generaciones pasadas. No hay mesías enviado del cielo, nosotros mismos somos el mesías y cada generación posee parte del poder mesiánico que debe esforzarse por ejercer” (Lowy, 2003, p. 59).

Se trata entonces de una Redención que se origina en la praxis colectiva de una humanidad, que desea liberarse del yugo que la

ha mantenido esclava. ‘la redención es una auto-redención, cuyo equivalente profano podemos encontrar en Marx: “los hombres harán su propia historia y la emancipación de los trabajadores será obra de los trabajadores mismos”’. (Lowy, 2003, p. 60).

La reparación colectiva y la rememoración de las víctimas del pasado son entonces los elementos a reivindicar por una generación que en el presente adquiere conciencia histórica sobre su pasado, deslegitimando así todo relato que excluya de la versión histórica a las víctimas, a los oprimidos, ya que esto constituye una forma de legitimar las injusticias. Esto supone una transformación radical de la política con perspectiva de emancipación, que critica precisamente esas instancias desde donde surge la violencia y la dominación. El ejercicio de la memoria insinúa la necesidad de hacer del mundo una casa más humana, habitable e incluyente, capaz de abolir las desigualdades y defender la vida por encima de los intereses del poder.

Por otro lado, las víctimas evidencian la ambigüedad ética de la ley al permitirnos constatar a través de la atención que reciben por parte de los Estados, las lógicas políticas que se piensan el camino hacia la reconciliación social, bajo la idea del perdón y la reparación del daño mediante indemnizaciones, remuneraciones económicas propias de la justicia del derecho, que concibe la injusticia como una deuda que puede ser saldada con la legalidad, con el Derecho mismo, dejando de lado la dimensión ética, las causas que originan el daño, el contexto sociopolítico en el que surge y la reconstrucción

de un tejido social fragmentado por los actos de violencia.

No se trata solo de rememorar, sino más bien, del uso de la memoria como praxis política que exige, a través de esa evocación del pasado, que la barbarie no se vuelva repetir y que la justicia y la verdad puedan ser las garantes de esa no repetición. Veamos como el carácter de esta idea es reafirmado en la tesis III.

### TESIS III

El cronista que narra los acontecimientos, sin distinción entre los grandes y los pequeños, tiene en cuenta al hacerlo la siguiente verdad: de todo lo que sucedió alguna vez, nada debe considerarse perdido para la historia. Es cierto solo a la humanidad redimida pertenece plenamente su pasado. Esto significa que solo ella, en cada uno de sus momentos, puede citar su pasado. Cada uno de los instantes que ha vivido se convierte en una cita en la orden del día, y ese día es justamente el último ((Benjamín como se cita en Lowy, 2003, p. 62).

Se nos ha impuesto la creencia de que la Historia de la Humanidad ha sido un constante progreso, es muy común ver que de las víctimas poco se hable, que de la catástrofe y las injusticias poco se cuestione, un ejemplo de ello es la narrativa que se tiene en muchos países de América Latina sobre la llegada de los españoles. Las versiones sobre la conquista son la insinuación más descarada de superioridad de unas vidas sobre las otras para no hablar de “Razas”. Poco se menciona sobre la barbarie a la que fueron

sometidos miles y miles de indígenas, poco se habla de las extensas culturas y lenguas que desaparecieron a causa de aquel sometimiento atroz, es la historia a favor de los vencedores, y a partir de allí una vasta reproducción en el tiempo de valores y costumbres, de jerarquías e ideologías que nos siguen marcando hasta la actualidad tan ajenas o que poco se relacionan con lo que antaño fue una maravillosa cultura ancestral en la que, por encima de cualquier cosa, estaba la armonía con la naturaleza y el universo, un profundo respeto por la tierra y su conservación, una cultura arrasada por la irracionalidad de la barbarie.

Es por ello que nuevamente las tesis insisten en la acción redentora de la rememoración, hacer memoria de los hechos que la historia oficial consideró como insignificantes e irrelevantes, hacer memoria no solo para recordar que en épocas pretéritas la historia negó la existencia de las víctimas, sino también para comprender que el no haber detenido esa cadena de injusticias y muertes nos condena a seguir repitiendo los mismos errores políticos, sociales y éticos, “el pasado al que se refiere la memoria no es cualquier pasado. Es el pasado ausente, es decir, el que se refiere al sufrimiento del otro” (Zamora y Reyes Mate, 2011, p. 29). De esta manera, reconociéndonos en el otro, nos vemos a nosotros mismos, como parte de una historia de luchas y resistencias que nos han querido ocultar.

Esa humanidad redimida de la que habla Benjamín *en cada uno de sus momentos puede citar su pasado*, pues en aras de transformar

o de incidir políticamente en la sociedad es necesario recordarle a quienes la conforman, –y, que en muchas ocasiones padece una de las patologías sociales más graves en la actualidad “el olvido”–, que sin justicia a las víctimas no es posible garantizar que el respeto por la *vida* sea posible.

La redención, el juicio final de la tesis III, es entonces una *apocatástasis*<sup>1</sup>, en el que cada víctima del pasado, cada intento emancipatorio por humilde y pequeño que haya sido, quedará a salvo del olvido y será citado “en la orden del día” esto es, reconocido, honrado, rememorado (Lowy, 2003, p. 64).

## TESIS V

El verdadero rostro de la historia se aleja al galope. Solo retenemos el pasado como una imagen que, en el instante mismo en que se deja reconocer, arroja una luz que jamás volverá a verse. “La verdad no se nos escapará”: estas palabras de Gottfried Keller caracterizan con exactitud, en la imagen de la historia que se hacen los historicistas, el punto en que el materialismo histórico, a través de esa imagen, se abre paso. Irrecuperable, en efecto, es cualquier imagen del pasado que amenaza desaparecer con cada instante presente que, en ella, no se haya dado por aludido (Benjamín como se cita en Lowy, 2003 p. 71).

<sup>1</sup> Pero la apocatástasis también significa, literalmente, el retorno de todas las cosas a su estado originario: en el evangelio, el restablecimiento del paraíso por el mesías.

El historiador juega un papel importante a la hora de reconstruir el pasado, este contribuye al proceso de creación de memoria histórica y a la consolidación de relatos culturales que serán aceptados por el resto de la sociedad como versión verdadera de su pasado y como base para la comprensión del presente. La crítica benjaminiana al historicismo radica en que es precisamente el vencedor, los reyes, los poderosos quienes se han apoderado del tiempo histórico. Esta forma de narración del pasado se ha entregado a las causas nacionales, ha colaborado con la inserción de una comunidad en un relato político dominante que utiliza precisamente dicha versión histórica para crear simpatía y para seguir la secuencia de poder que siempre ha perseguido a sangre y fuego.

El materialista histórico es el sujeto que se atreve a desafiar esa versión del pasado y que la contrarresta aludiendo en cada momento, valga la redundancia, al pasado oculto que se esconde tras la institucionalización de la historia.

Es tan importante la figura del historiador y del narrador para Benjamín, porque es precisamente quien posee un discurso de verdad, capaz de modificar el ideario colectivo de las masas y, su importancia política, alcanza dimensiones hasta ahora insospechadas: “tanto el historiador como los gobernantes consideran, y quizá consideraron aún más, que la historia posee una importante misión que cumplir en el marco del Estado nación y es la de crear un relato unitario que defina lo que la nación es a través de su devenir temporal” (Bermejo, 2002, p. 204). La historia es en este

sentido, en el sentido de esta utilización; un aparato de dominio ideológico. Es por ello que la reinterpretación de la Historia supone una erradicación si se quiere o un ataque directo a esos dispositivos ideológico-discursivos que garantizan la continuidad de la dominación y el mantenimiento del orden.

Benjamín insiste en la necesidad de parar ese continuum en el que cada hecho histórico debe dejar víctimas a su paso. Respecto a esto afirma Reyes Mate: “Estamos construyendo realmente la historia bajo la idea de que la historia se tiene que realizar con un costo humano y social [...] los cadáveres, los escombros son la parte natural de una historia. Entonces no hay que pararse a buscar una significación subjetiva de esa parte, sino que hay sencillamente que clasificarla como naturaleza” (Zamora y Reyes, 2011, p. 30).

Es por eso por lo que el filósofo “hace hincapié en el compromiso activo del partidario del materialismo histórico. Su objetivo es descubrir la constelación crítica que tal o cual fragmento del pasado forma precisamente con tal o cual momento del presente” (Lowy, 2003, p. 72). Respecto a cómo ha de leerse el pasado Benjamín afirma en la tesis VI.

#### TESIS VI

Articular históricamente el pasado no significa conocerlo “tal como fue en concreto”, sino más bien adueñarse de recuerdo semejante al que brilla en un instante de peligro. Corresponde al materialista histórico retener con firmeza esa

imagen del pasado tal como esta se impone, de improviso, al sujeto histórico en el momento de peligro. El peligro amenaza tanto la existencia de la tradición como a quienes la reciben. Para una y para otros consiste en entregarlos como instrumentos a la clase dominante. En cada época es preciso intentar arrancar la tradición al conformismo que quiere apoderarse de ella. El mesías no viene solo como redentor, viene también como vencedor del anticristo. El don de atizar para el pasado la chispa de la esperanza solo toca en suerte al historiógrafo perfectamente convencido de que, si el enemigo triunfa, ni siquiera los muertos estarán seguros. Y ese enemigo no ha cesado de triunfar (Benjamín como se cita en Lowy, 2003, p. 75).

La tesis inicia rechazando la pretensión del historiógrafo historicista de narrar el pasado ratificando la versión de los reyes y los vencedores. Es por ello que Benjamín se piensa el pasado en destellos, un pasado que tiene vida y que solo puede recuperarse a través de la memoria.

Pero hay otra manera de acercarse al pasado y esa es la que es propia de la Memoria. Historia y memoria, ambas se ocupan del pasado, pero la diferencia puede (y debe) ser radical: la mirada ha de ampliarse no solo a lo sucedido, sino también a lo que no acabó pasando porque fue derrotado, aniquilado, menospreciado, hundido, a lo que fue, en definitiva, malogrado (Rivera y Bergalli, 2010, p. 29).

Manuel Reyes mate en su obra *Media noche en la historia* respecto al instante de peligro

del que nos habla Benjamín afirmará: “La idea de fugacidad de la memoria queda bien patente cuando añade que conocer el pasado es recordar en un instante de peligro” (Reyes, 2006, p. 114), pues es la situación de peligro la que agudiza la mirada del lector de un texto o del pasado. Insiste que: el peligro está en ir contracorriente, es decir este historiador que desea darle vida a un pasado muerto, ausente, debe dar una batalla contra quienes nos han hecho creer que el muerto, muerto está y que no hay nada más que hacer por ellos. Lo que hace precisamente la memoria es salvar ese pasado de una segunda muerte, aquella “insignificancia hermenéutica” (Reyes, 2006, p. 115), en la que, no solo han asesinado físicamente a las víctimas, sino que a su vez se ha querido eliminarlas de las memorias históricas, de la historia misma de la humanidad.

Como lo miramos anteriormente, Benjamín muy acertadamente afirma: “el don de atizar para el pasado la chispa de la esperanza solo toca en suerte al historiógrafo perfectamente convencido de que, si el enemigo triunfa, ni siquiera los muertos estarán seguros. Y ese enemigo no ha cesado de triunfar” (Benjamín como se cita en Lowy, 2003, p. 75).

Es en el instante de peligro, cuando la imagen dialéctica brilla como un relámpago, el historiador o el revolucionario, debe dar pruebas de presencia de ánimo, para captar ese momento único, esa oportunidad fugaz y precaria de salvamento, antes de que sea demasiado tarde (Lowy, 2003, p. 76). Puesto que, como lo destaca la versión francesa de Benjamín, ese recuerdo,

que se presenta en el momento de un peligro súbdito, puede ser precisamente lo que lo salva (GS, 1,2, p. 1263) (Lowy, 2003, p. 76).

Aparecen en esta tesis las figuras teológicas del *mesías y el anticristo*. Al respecto Rolf Tiedemann sostiene: “En ninguna otra parte Benjamín habla de manera tan directamente teológica como aquí, pero en ninguna otra parte tiene una intensidad tan materialista” es preciso reconocer en el mesías a la clase proletaria, y en el anticristo a las clases dominantes.

En conclusión, ese instante de peligro que se nos presenta como un destello fugaz, en el cual nos encontramos con otra forma de conocer el pasado es lo que llamamos Memoria. Entendiendo como peligro aquello que amenaza acabar con la vida, peligro como el riesgo que se corre a causa de la violencia de las guerras, de las dictaduras, o de las leyes, peligro el ocultamiento de aquella verdad, su olvido.

Las víctimas en particular por la experiencia directa con la violencia a la que han sido sometidas comprenden que los mecanismos violentos y opresores que alguna vez les hicieron daño pueden hacerlo con cualquier individuo, pueblo y nación. En este sentido, es donde hacer memoria cobra sentido e importancia, “*La memoria es Resistencia a las barbaries*” Halbwachs (2004), tal acción cuestiona la autoridad del presente, exige justicia y reparación, y lo más importante para repensar una política sin víctimas y con las garantías para la no repetición de dichas violaciones.

Esta propuesta benjaminiana de reinterpretar la historia, de cepillarla a contrapelo, de hacer una nueva lectura de aquel relato institucionalizado por el derecho como versión oficial del pasado, es una apuesta verdaderamente revolucionaria, una oportunidad capaz de transformar el ideario colectivo sobre lo que somos, sobre nuestra visión de sociedad y del otro, es el rescate de tradiciones y costumbres, de luchas y de sueños de libertad, de propuestas alternativas de cambio que en un momento de la historia se vieron atrofiadas por la violencia y el olvido.

Una posibilidad de justicia para los excluidos a los que nunca se les hizo justicia, puesto que la memoria se convierte en un ejercicio político capaz de anticipar grandes cambios sociales. La memoria es indudablemente una acción redentora, una práctica de la alteridad, un ejercicio ético, es la conciencia de los pueblos en la lucha por la justicia y la vida.

## REFERENCIAS

- Bermejo, J.C. (2002). ¿Qué debo recordar? Los Historiadores y la configuración de la memoria. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- Bolívar, Echeverría. (2008). *Walter Benjamín Tesis sobre la Historia y otros fragmentos*. UACM.
- Jaramillo Vélez, R. (1999). Homenaje a Walter Benjamín desde Colombia. *Revista Argumentos*. Universidad Nacional.

Lowy, M. (2003) *Walter Benjamín Aviso de incendio: una lectura de las tesis sobre el concepto de Historia*. Fondo de Cultura Económica.

Reyes, M. (2006). *Media noche en la Historia. Comentarios a las tesis de Walter Benjamín "sobre el concepto de Historia"*. Trotta.

Rivera, I. y Bergalli, R. (2011). La memoria: Categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. *Crítica Penal y Poder*. 2011, n° 1, 40-55.

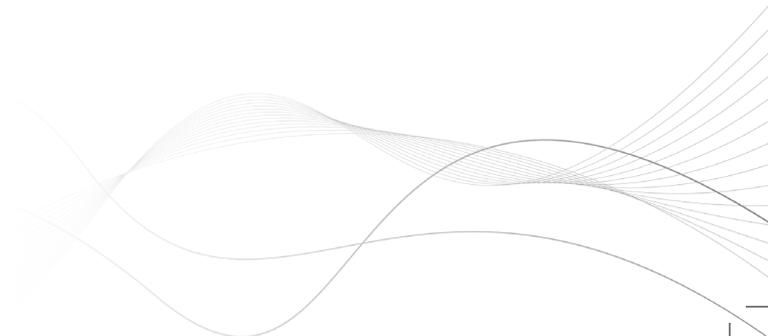
Zamora, J. y Reyes, M. (2011). *Justicia y Memoria, hacia una teoría de la Justicia anamnética*. Anthropos.



# ADVOCATUS



## ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN





# Derecho y globalización: siete puntos de contacto

## Law and globalization: seven points of contact

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6905>

### Resumen

El presente documento tiene como objetivo general explorar siete puntos de contacto entre el derecho y la globalización, para rastrear algunos impactos de este fenómeno en la ciencia jurídica. Se analizan entonces, conceptos como estado constitucional, la reestructuración del campo jurídico, el concepto de soberanía, sociedades de control, activismo judicial y algunas dinámicas neoliberales. Al final el documento cierra con unas conclusiones.

**Palabras clave:** Activismo judicial; Derecho; Campo jurídico; Globalización; Soberanía.

### Abstract

This document aims at exploring seven points of contact between law and globalization, in order to trace some of the impacts of this phenomenon on legal science. Concepts such as the constitutional state, the restructuring of the legal field, the concept of sovereignty, control societies, judicial activism and some neoliberal dynamics are analyzed.

**Keywords:** Judicial activism; Law; Legal field; Globalization; Sovereignty.

### Carlos Lascarro Castellar

Abogado. Maestría en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia.  
Contacto: [Luses99@hotmail.com](mailto:Luses99@hotmail.com).

### Diemer Lascarro Castellar

Abogado. Maestría en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia.  
Contacto: [diemer\\_21@hotmail.com](mailto:diemer_21@hotmail.com).

### Como citar:

Lascarro Castellar C. y Lascarro Castellar D. (2020). Derecho y globalización: siete puntos de contacto. *Advocatus*, 18(35), 189-202. [https://doi.org/10.18041/01\\_24-0102/a.35.6905](https://doi.org/10.18041/01_24-0102/a.35.6905)



Open Access

### Recibido:

29 de julio de 2020

### Aceptado:

11 de septiembre de 2020

## INTRODUCCIÓN

El texto está estructurado en dos partes: la primera indaga los siete “puntos de contacto” analizándolos así: 1) El tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional; 2) la reestructuración del campo jurídico, en términos planteados por Pierre Bourdieu, en el tranche hacia la globalización; 3) la mutación del concepto de “soberanía clásica” a “soberanías porosas” tal como lo plantean Ricardo Sanín y la teoría del Imperio de Michael Hart y Toni Negri; 4) las modificaciones de las “sociedades disciplinarias” foucaultianas a las “sociedades de control” planteadas por G. Deleuze; 6) la apuesta por el activismo judicial, en contextos como Colombia, y el posible abandono por las luchas políticas; 7) la implantación de sucesivas reformas en América Latina hacia un modelo económico neoliberal; 8) la muerte de los meta relatos, tal como lo plantea el fenomenólogo J. F. Lyotard. Cada uno de estos puntos intentaré evidenciar el impacto, desde diversas ópticas, del complejo fenómeno de la globalización en el derecho.

De acuerdo con lo anterior, se puede apreciar que la metodología a emplear es de tipo cualitativo. Hemos optado por esta ya que: 1) el fenómeno estudiado no es cuantificable, al menos no en el enfoque aquí planteado, en términos matemáticos, sino que versa sobre aspectos sociales, 2) se trata entonces de un proceso dinámico, el cual se encuentra sujeto a cambios y modificaciones; 3) nuestro interés no es establecer relaciones causa-efecto, sino

comprender fenómenos<sup>1</sup>. La segunda parte del texto cierra con unas conclusiones finales sobre los hallazgos del trabajo.

## EL TRÁNSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

Para entender este primer punto de contacto entre derecho y globalización, utilizaremos los conceptos de modernidad y posmodernidad. El primero, fuertemente asociado con el denominado estado de derecho, y el segundo relacionado con el concepto de estado constitucional. Vamos por partes, por modernidad, podemos entender aquella matriz epistémica (Castro-Gómez, 2010) o forma de entender el mundo desde una visión particular la cual suele ser asociada frecuentemente con el pensamiento europeo.

Es decir, la modernidad comprende varios escenarios: a) *una forma de comprender lo político*; forma que se estructura desde la concepción del estado como ente ficticio que permite, en términos hobbesiano (Hobbes, 2003), la salida del estado naturaleza y la apertura hacia la sociedad civil. Pero, ese estado no puede estar organizado de cualquier forma, ya que tiene o debe tener una forma política específica: la cual, en líneas generales, consiste en estructurar el escenario político desde una plataforma tripartita: poder legislativo, poder judicial y poder ejecutivo. Es decir que, para los modernos el problema del poder es un asunto de atribución y distribución

<sup>1</sup> Un ejemplo sobre el uso de metodologías como la señalada puede encontrarse en: (Lascarro, 2016, pág. 14).

de competencias. Así las cosas, el poder legislativo crea las leyes, el poder ejecutivo las ejecuta y el poder judicial las hace cumplir. Además de ello, cada una de las ramas del poder público controla a las otras. Este es, en una vista sumaria, el famoso principio de sistemas de pesos y contra pesos. El principio de legalidad, en este contexto, emerge como el principal logro del denominado “constitucionalismo moderno”: controlar al poder. Todas las actuaciones del Estado deben estar previamente autorizadas por la ley. La Constitución en este sentido, aparece más como un programa político que como un documento jurídico; sus normas no son de aplicación directa, sino que son “normas programáticas”, sujetas al posterior y eventual desarrollo legislativo (Pulido, 2007). Así, la Constitución, a pesar de tener plena fuerza vinculante, su aplicación no es dable en sede judicial; al menos no de manera directa. Pero, la modernidad es también b) *una forma de hacer conocimiento*. Es el método científico, bajo sus postulados de universalidad y neutralidad, el que permite saber qué conocimiento es válido y cuál no. Cuál es *doxa* y cuál es *episteme*. También es, c) *una forma particular de entender la economía*. Ya no basada en el sector primario, la tierra, tal como le apuntaba el feudalismo, sino en el sector secundario, la fábrica. De tal forma que, desde este momento es el obrero, y no el campesino, el principal actor. La modernidad es, por último, d) *una forma jurídica concreta*. Y ese el punto donde queremos centrarnos: el Estado de Derecho. Formado, tal como ya lo hemos anunciado, desde los siguientes postulados: 1) validez formal de las normas (donde se estudia su proceso de formación),

2) principio de legalidad, 3) separación entre derecho y moral, 4) desconfianza hacia los jueces, pues estos, en sus decisiones, pueden incorporar elementos subjetivos, no jurídicos, en sus sentencias, 5) no aplicación directa de las normas constitucionales por su alto contenido ideológico (Alexy, 2007) y 6) la utilización de los mecanismos clásicos de interpretación jurídica (método sociológico, sistemático, exegético, teleológico, silogismo, entre otros).

Ahora bien, siguiendo al profesor italiano Luigi Ferrajoli y a Joseph Aguiló Regla (2007) podemos rastrear la primera modificación en los sistemas jurídicos contemporáneos: el mencionado trance del Estado de Derecho al Estado Constitucional. En Europa a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y en América Latina a partir de finales de los años ochenta. El derecho se modifica y es caracterizado por el denominado “Neoconstitucionalismo” (Bernal, 2007) o la “constitucionalización del derecho”, evidente, para nuestra región, en épocas de la globalización. Este nuevo fenómeno tiene como elementos estructurales los siguientes (y son precisamente estos elementos los que permitirían hablar de un abandono o crisis del Estado de Derecho): 1) validez sustancial o material de las normas (donde se estudia además de su proceso de formación, su relación con los derechos fundamentales), 2) principio de legalidad ajustados a las normas constitucionales y sus contenidos materiales (Dworkin, 1984), 3) recuperación de la relación entre derecho y moral (Habermas, 2010); ya que las constituciones, en sus disposiciones, contempladas normas con “altas

cargas ontológicas” o fuertes contenidos morales, como lo son los principios o valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, entre otros, 4) robustecimiento del poder judicial, por medio, tal es el caso colombiano, de la creación de una Corte Constitucional independiente, acciones constitucionales para la protección de los derechos, 5) aplicación directa de las normas constitucionales por su alto contenido ideológico (Robert Alexy) y 6) la utilización de los mecanismos de nuevos mecanismos hermenéuticos para la interpretación de los derechos fundamentales, tales como la ponderación (Jestaedt y Cepeda, 2008) y el principio de proporcionalidad.

### **LA REESTRUCTURACIÓN DEL CAMPO JURÍDICO, EN TÉRMINOS PLANTEADOS POR PIERRE BOURDIEU, EN EL TRANCE HACIA LA GLOBALIZACIÓN**

El campo jurídico es entendido por el sociólogo del derecho francés Pierre Bourdieu (Bourdieu y Gunter, 2005) como un espacio donde compiten diversos actores, en la lucha por un capital que puede ser simbólico, jurídico, social o económico. Ese campo se encuentra en constante conflicto por el enfrentamiento entre dichos actores (Encinales, 2011, p. 136). En el caso concreto, por definir qué es el derecho. En la modernidad, el concepto de “monismo jurídico” plantea que, es solamente el Estado el que tiene la capacidad de definir, por medio de sus instituciones, el derecho. La ciencia jurídica se reduce entonces a las fuentes del derecho enunciadas por los tres poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial. Así

las cosas, el monismo jurídico implica, como podrá anticiparse el lector, que la producción jurídica es realizada por un solo actor dentro de ese campo. O, en otras palabras, dentro de un espacio geográfico, un país, por ejemplo, solo son válidas las normas emanadas por el Estado. Es el Estado el único actor. En la globalización aparecen otros actores que entran en pugna por definir qué es el derecho. Es a esto a lo que el teórico portugués Boaventura de Sousa Santos (2010) llama como “pluralismo jurídico”. O, Jean. J. Lyotard denomina como la “muerte de los metarrelatos”. Es decir, que ahora, desde la globalización (caracterizada por Jean. J. Lyotard como la “posmodernidad”), aparecen nuevos actores o movimiento sociales como las comunidades LGBTI, los movimientos ambientalistas, los grupos indígenas, los movimientos negros, los teóricos feministas, las empresas transnacionales, las ONG, entre otros a presentar sus respectivos proyectos políticos, acompañados de determinadas demandas sociales, que impactan, de manera directa o indirecta, al derecho. Veamos rápidamente un pequeño ejemplo para ilustrar cómo el pluralismo jurídico representa un gran cambio en contextos de la globalización. Los movimientos indígenas tienen una concepción diferente sobre la vida y los derechos humanos, en comparación con el entendimiento moderno. Los castigos ha infligir a una persona que cometa un delito, que sea miembro de una de estas comunidades, delito cometido dentro de estos territorios, va a ser castigado ya no con el Código Penal colombiano, derecho nacional, sino que, es muy posible que su castigo sea aplicar determinado número de latigazos, según lo que establezca

el derecho local. Esta tensión debe ser resuelta por el derecho, el cual, en algunos casos, da prevalencia al derecho nacional y, en otros, al derecho local. Eso es precisamente el objetivo del pluralismo, conciliar tal conflicto, y no siempre a favor del derecho nacional.

**LA MUTACIÓN DEL CONCEPTO DE “SOBERANÍA CLÁSICA” A “SOBERANÍAS POROSAS”, TAL COMO LO PLANTEAN RICARDO SANÍN Y LA TEORÍA DEL IMPERIO DE MICHAEL HART Y TONI NEGRI**

Este tercer punto, conectado profundamente con el anterior aspecto que ya analizamos, quizá por eso sea menos complejo explicarlo, tiene que ver con que, en la globalización ya el Estado ha perdido hegemonía para la producción normativa. El Estado no es absolutamente soberano, en términos de soberanía clásica. Es decir, no tiene la capacidad para producir de manera autónoma las normas legales. Ahora, aparecen otros actores, ya enunciados, como el poder transnacional que obliga, de diversas formas, a producir normas que sigan determinadas directrices globales. Las empresas transnacionales, organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, entre otros, condicionan el derecho a parámetros de economía globalizante. En palabras de Sanín (2012, p. 98) “El Estado-nación, en su construcción occidental, con sus colosales mecanismos de poder que definen territorios y poblaciones como copias inmaculadas del ejercicio mismo del poder [...] han cedido el paso a fenómenos de poder signa-dos por el capitalismo que frac-

turan la genealogía de la política hasta hacer inoperante la identificación del poder con el antiguo Estado-nación”.

De ahí precisamente que Sanín (2012, p. 10) sostenga la existencia de la pérdida de hegemonía del Estado, la denominada soberanía clásica, y, la entrada en vigencia de una “soberanía porosa”; la cual busca, por intermedio de una fuerte transformación de la soberanía

a favor de métodos que acompañan la expansión del imperio del capital [...] se trata de las nuevas políticas de seguridad que determinan usos y ámbitos inéditos de aplicación de la fuerza en directa consonancia con la defensa de los intereses de empresas multinacionales que favorecen la dependencia total de cualquier forma de vida al mercado global.

**LAS MODIFICACIONES DE LAS “SOCIEDADES DISCIPLINARIAS” FOUCAULTIANAS A LAS “SOCIEDADES DE CONTROL” PLANTEADAS POR G. DELEUZE**

Para ilustrar este punto, acudamos a las tesis de los denominados filósofos operaistas. Para estos filósofos, el capitalismo ha pasado por tres grandes fases o modos de producción: el primer periodo puede ubicarse en los siglos *vii* y *xviii*, donde domina el sector primario de la economía: la tierra y los metales; por un lado, indios y negros en las colonias americanas, y, por otro lado, peones en Europa. El segundo periodo se ubica hacia finales del siglo *xviii* cuando el capitalismo concentra sus energías

no en el sector primario de la economía, sino que se desplaza hacia el sector secundario: la industria. En ese sentido, la fuerza de trabajo no va a estar constituida por esclavos o peones trabajando la tierra; son entonces obreros en las fábricas los que van hacer operar el capitalismo.

El tiempo del hombre se va a convertir en tiempo de trabajo y la fuerza del hombre en fuerza de trabajo. Este contexto propicia lo que Foucault llama tecnologías disciplinarias o las disciplinas, las cuales buscan fijar al hombre en espacios cerrados (como la fábrica, el cuartel, la escuela o los manicomios) para disciplinar y/o guiar sus conductas de acuerdo a patrones previamente esblencados (ocho horas en la fábrica; manuales rígidos en el cuartel y la escuela; o ciencias disciplinando sujetos como la psicología). La fábrica es el lugar de producción y la mercancía y el obrero, con ayuda de las máquinas, es aquel que dinamiza todo este proceso (Foucault, 2000). Este es el sistema fordista, el de las relaciones laborales clásicas, donde no se necesita innovar, investigar o crear; simplemente ensamblar objetos de manera mecánica, los cuales posteriormente circularán bajo la forma de mercancías. La tercera etapa es ubicada a finales de los años 70 del siglo pasado, cuando se da un nuevo trance o mutación del capitalismo: del fordismo al posfordismo.

Aquí, ya no es ni la tierra ni la industria el sector hegemónico, sino los servicios, direccionado por empresas de telecomunicaciones de la mano de la revolución digital. Surge entonces la sociedad de la información o lo que otros llaman el *capitalismo cognitivo*, “ya que la producción

de informaciones, conocimientos y símbolos se convierte durante esta época en la columna vertebral de la acumulación de capital. Desde este punto de vista, la producción se torna inmaterial, no porque carezca de materialidad alguna, sino porque lo que se vende como mercancía ya no son simplemente los objetos materiales transformados, producidos en fábricas, sino informaciones, símbolos, imágenes y estilos de vida que circulan por los medios de comunicación, y que son producidos a través de nuevas tecnologías de la investigación, el diseño y el marketing.

De esta manera, la mano de obra es desplazada por el trabajo altamente calificado el cual ya no vende su cuerpo, pues no debe estar físicamente para realizar la obra encomendada, sino su cerebro (pues lo que vende son sus ideas como tales). Otro desplazamiento detectado por los operaistas es que en el posfordismo el lugar de producción no es la fábrica, sino que la producción se extiende por todo el tejido social, es decir la sociedad entera se factoriza, o se convierte en fábrica difusa. Dicha producción no es estandarizada, como en el fordismo: es decir, no se trata de ensamblar piezas para que circulen posteriormente como mercancías, se trata de innovación y creatividad donde la investigación es el elemento guía. De tal manera que, el salario que recibe quien realiza la actividad, no es pagado por el tiempo que este invierte en la producción, sino por el producto listo para ser ofrecido como mercancía.

En otras palabras, no se paga por el proceso de producción como tal sino por el producto

final. “Se subvierte de este modo la famosa ley del valor enunciada por Marx según la cual el valor de un producto se calcula de acuerdo con el tiempo invertido en su producción. Pero como el trabajador inmaterial” (Gómez, 2009, p. 25) que, según los filósofos operaistas es el trabajador hegemónico hoy en día “no se le paga por el tiempo invertido en la producción, sino el producto, la ley del valor empieza a quebrantarse en el capitalismo posfordista” (Gómez, 2009, p. 25). De este proceso se derivan varias consecuencias: primero, se sufre una desterritorialización de la producción, pues ya esta no se encuentra delimitada a un espacio fijo y cerrado, como lo es la fábrica, sino que la sociedad entera se convierte en lugar de producción. El trabajador ya no solo es capturado ocho horas en una fábrica, sino que su vida entera es capturada, en la medida en que sino trabaja, consume. “El turismo, el entretenimiento, el tiempo libre, la intimidad son vistos hoy día como ámbitos productivos, como columnas básicas para la producción y reproducción del capital” (Gómez, 2009, p. 25).

En términos generales, concluyen los operaistas, lo anterior significa la transformación de las sociedades disciplinarias (propias del siglo XVIII: del encierro, la fijación...) a las sociedades de control. Las primeras estudiadas por Michel Foucault, y las segundas por los que podríamos denominar sus discípulos, G. Deleuze y F. Guattari (Calderon, 2006). El control no busca fijar a los sujetos dentro de espacios cerrados sino precisamente por fuera de dichos espacios, a través de un nuevo tipo de máquinas denominadas máquinas informáticas.

Aquí se realiza la distinción de tipo conceptual entre fábrica y empresa. Mientras la fábrica, propia del fordismo, opera sobre los cuerpos (cuerpos rendidores –como en la fábrica– cuerpos obedientes –como en los colegios–) la empresa, propia del posfordismo, opera sobre las lógicas de los deseos; sobre su modulación. En el fordismo se presentan según Foucault dos tecnologías disciplinarias características, las cuales son la anatomopolítica y biopolítica: la primera busca el control sobre los cuerpos, la segunda el control de la vida como tal (a través de la longevidad, control poblacional, natalidad...) (Gómez, 2009). En cambio, en el posfordismo opera lo que Lazzarato llama la noopolítica, la cual tiene en mente la modulación de los deseos, afectos y sensaciones, pues ya no se trata de instituciones de tipo disciplinario intentando producir y reproducir la fuerza de trabajo (la clase obrera), sino de producir a los consumidores.

Es el marketing, dentro de las sociedades de la información o el capitalismo cognitivo, el que busca impulsar el sector hegemónico de producción, por medio del impulso del consumidor y el trabajador inmaterial; dicho sector no es otro que el de las tecnologías de la información: “Es el sector donde prolifera aquel tipo de trabajador que los operaistas llaman inmaterial: gente dotada de capital cognitivo que es capturado a través de *outsourcing* y cuyo trabajo se paga no por el tiempo invertido en la producción de lo que venden, sino por el producto mismo que se ofrece. Es el sector donde se mueven básicamente los *trabajadores de la cultura*: artistas, músicos, diseñadores gráficos, artesanos,

cineastas, actores, profesores universitarios, gestores culturales, programadores, etc. Gente, en suma, que no siempre tiene trabajo (pues andan pasando de un trabajo a otro), pero que vive trabajando siempre” (Gómez, 2009, p. 25).

El concepto de teletrabajo surge entonces, contemporáneamente con el concepto de globalización y la consecuente mundialización de las relaciones sociales, entre las cuales por supuesto está el derecho. Esto supone entonces la transformación en la forma de entender el concepto de trabajo, que, como se vio anteriormente, en la modernidad está arraigado, por un lado, a la idea de Estado y soberanía, y, de otro lado, conlleva a modificar el tradicional entendimiento de los elementos del contrato laboral “clásico”. La soberanía, entendida como soberanía estatal, es uno de los principales elementos característicos de la modernidad. El Estado entonces es el principal ente que coordina las relaciones sociales y, por ende, define qué es el derecho.

#### **LA APUESTA POR EL ACTIVISMO JUDICIAL, EN CONTEXTOS COMO COLOMBIA, Y EL POSIBLE ABANDONO POR LAS LUCHAS POLÍTICAS**

La modernidad estuvo caracterizada por dos corrientes de pensamiento: la teoría liberal, o el liberalismo y la teoría marxista. La primera afirmaba que, desde el estado, los antagonismos pueden encontrar una solución. En ese sentido, desde el derecho, la democracia podía arribarse a un tipo de sociedad bien organizada. El marxismo por su parte, va a sostener que, ese

derecho y esa democracia no son más que una extensión de un proyecto político excluyente; el cual busca legitimar un modelo económico específico: el capitalismo. Así las cosas, para los marxistas la vía correcta no consiste en apostarle a la democracia liberal y a las reformas legales y constitucionales, sino por el contrario, apostarle a la lucha política o lucha ideológica. En este contexto, muchos de los movimientos sociales, afirma Roberto Gargarella, optaron por ver las estrategias jurídicas con desconfianza, y en cambio apostarle a la política. Sin embargo, sostiene el mismo autor, a partir de los años noventa el discurso de los derechos recobra fuerza y es usado con un fin emancipatorio; precisamente en contextos de globalización. Para ilustrar este punto acudamos, además de lo señalado por Gargarella, al análisis que hacen los teóricos Rodrigo Uprimny y Mauricio García Villegas (2004) sobre el caso colombiano, para rastrear la forma en que se da una lucha política a través del derecho constitucional, y parece reevaluarse seriamente la desconfianza excesiva en el derecho.

Algunos grupos históricamente excluidos ven como sus prácticas políticas, manifestaciones, huelgas, se reducen a estériles manifestaciones sin resultado concreto alguno. En este contexto es donde las prácticas de la Corte Constitucional han creado una “especie de alianza contra-hegemónica tácita entre” esta “y ciertos sectores sociales excluidos y atropellados, para desarrollar los valores emancipatorio en la carta de 1991” (Uprimny y García, 2004, p. 478). Se da así, un desencadenamiento de “expectativas sociales insospechadas de grupos y

movimientos sociales que incorporan la lucha judicial por los derechos como parte esencial de su lucha política” (Uprimy y García, 2004, p. 492): reactivando así la esperanza colectiva. Este tipo de prácticas “crea conciencia política emancipatoria [en] algunos grupos sociales excluidos, [además] proporciona estrategias posibles de acción legal y política para remediar la situación de los afectados” (Uprimy y García, 2004, p. 491).

### LA IMPLANTACIÓN DE SUCESIVAS REFORMAS EN AMÉRICA LATINA HACIA UN MODELO ECONÓMICO NEOLIBERAL

En este punto quisiera mostrar que, en la globalización el derecho se adapta a un modelo económico específico, el cual trae como principal consecuencia recortes en materia de derechos sociales; ese modelo ha sido históricamente conocido como el *neoliberalismo*. Y representa una de las principales transformaciones en el derecho en la globalización, quizá por ello sea relevante dedicarle gran parte a su estudio en este trabajo. Para entender las políticas neoliberales quizá sea conveniente analizar, así sea rápidamente, el denominado Consenso de Washington. Este inicia, según afirman diversos estudiosos, con los Acuerdos Bretton Woods en la década de 1940, que se instauran con la caída de la Segunda Guerra Mundial. Y traen como consecuencia, entre otras cosas, un escenario donde “La situación económica reclamaba un nuevo orden internacional basado en un programa de políticas económicas para el desarrollo y, sobre todo, de políticas de estabilización para las economías dañadas por

el conflicto bélico” (Martínez y Soto, 2012, p. 36). Estos tenían como finalidad tres grandes premisas: liberalización del comercio, la idea de desarrollo, que ya hacía bastante tiempo venía consolidada en el imaginario de las sociedades modernas y la estabilidad financiera internacional. El impacto, al menos en términos generales, en el caso de América Latina fue fructuoso. Al respecto señalan los investigadores arriba citados, lo siguiente: “Entre 1950 y 1980, la región latinoamericana experimentó un notable crecimiento económico, que se vio reflejado en el considerable crecimiento de la renta per cápita, por ejemplo el incremento para Venezuela fue de 60%, mientras que para Brasil fue de 240%” (Martínez y Soto, 2012, p. 39). Y continúan más adelante: “En promedio, la renta per cápita latinoamericana creció 5.492 dólares estadounidenses en 1966. En la década de 1960 y 1970, el crecimiento latinoamericano se caracterizó por las facilidades del financiamiento externo y por el continuo aumento de las exportaciones” (Martínez y Soto, 2012, p. 39).

Posteriormente, en la década de los ochenta, América Latina entra en una constante crisis, debido, entre otros factores, a causas como la devaluación del petróleo. Para solucionar tal crisis, la región opta por ingresar, a finales de los años ochenta, en las políticas del Consenso de Washington, el cual a su vez puede condensarse en diez reformas de política económica, las cuales se enuncian a continuación: Disciplina fiscal, Reordenación de las prioridades del gasto público, Reforma fiscal, Liberalización financiera, Tipo de cambio competitivo, Libe-

realización del comercio, Liberalización de la inversión extranjera directa, Privatizaciones, Desregulación, Derechos de propiedad (Ahumada, 1996). El primer punto, el de la Disciplina fiscal, tiene que ver con que “los déficit fiscales grandes y sostenidos, constituyen una fuente primaria de dislocamiento macroeconómico que se presenta como inflación, déficit de pagos y fuga de capitales” (Martínez y Soto, 2012, pp. 46 -47); así las cosas “un déficit presupuestario acompañado de altos niveles de inflación, socava la confianza de los inversionistas, por ello las exportaciones habían experimentado una contracción en la década de 1980, debido principalmente a los altos déficit presupuestarios derivados de la política proteccionista” (Martínez y Soto, 2012, p. 47). El segundo punto, referido a la Reordenación de las prioridades del gasto público, tiene que ver con la acelerada disminución de subsidios de interés, lo cual necesariamente afectaría aquellos bienes sociales básicos, como la educación, salud, entre otros. El tercer punto, Reforma fiscal, apunta directamente a que las reformas fiscales, bajo el amparo legal o constitucional, deben ampliar la recaudación tributaria y reducir el gasto público, básicamente. El cuarto punto, Liberalización financiera, esencialmente consistía en darle prevalencia a dos principios, en lo que tiene que ver con los tipos de intereses: el primero tenía que ver con que los tipos de intereses en todos los casos debían ser determinados por el mercado. El segundo principio, que guardaba estricta consonancia con el primero, consistían en que “los tipos de interés reales deberían ser positivos, a fin de disuadir la evasión de capitales y, según algunos, para incrementar

el ahorro. Por otro lado, Williamson opinaba que los tipos de interés deberían ser positivos, pero moderados, con objeto de estimular la inversión productiva y evitar la amenaza de una explosión de la deuda pública” (Martínez y Soto, 2012, p. 47). El quinto punto, Tipo de cambio competitivo, era vital para economías que pensaran y colocaran como prioridad las exportaciones; pues, para el modelo neoliberal es vital que América Latina, su política, esté orientada fuertemente hacia el exterior. El sexto punto, Liberalización del comercio, está encaminado a reducir tanto las formalidades como al aumento de beneficios para las importaciones. Es decir, una desregularización legal en materia de comercio exterior. Implantación de descuentos, reducción de tarifas y aranceles, flexibilidad en términos de requisitos son algunas de las medidas para flexibilizar y agilizar la economía neoliberal. El séptimo punto, Liberalización de la inversión extranjera directa, se parte de la premisa básica de que, la industria extranjera traerá más conocimiento, innovación, tecnología y mayor experiencia lo que significaría necesariamente un avance para la economía nacional. El octavo punto, Privatizaciones, parte de la idea básica de que los recursos en la gran mayoría de los casos suelen estar mejor protegidos y administrados bajo el sector público, lo cual generaría la producción de más recursos que podría ser destinados a la esfera social. El noveno punto, Desregulación, que está profundamente relacionado con varios de los puntos anteriormente descritos, toma como punto de partida el que los ordenamientos jurídicos en América Latina se caracterizan por una fuerte, y en algunos casos

excesiva regulación normativa del comercio, tanto en materia de importaciones como de exportaciones y a nivel interno. Creando así trabas para las empresas nacionales como externas; no solo para su creación sino para su funcionamiento, es decir, para el ejercicio del comercio. El último punto, Derechos de propiedad, se “pretendía crear derechos de propiedad bien asegurados, pues constituyen un pre-requisito básico para la operación eficiente de un sistema capitalista. Además, se pretendía la creación de sistemas legales, de contabilidad y regulación eficientes, para estimular el desarrollo de un sector privado eficiente” (Martínez & Soto, 2012, pág. 48).

En síntesis, los autores concluyen que en el proceso de globalización “las economías de los países deben internacionalizarse a toda costa. Hay que abrir fronteras al capital, atraer el máximo de inversión extranjera, tratar que la producción doméstica salga al exterior y las empresas extranjeras se instalen en territorio nacional” (Martínez y Soto, 2012, p. 49). Y continúan más adelante sosteniendo: “En una palabra, hay que trasnacionalizarse. La extranjerización de las economías, lejos de ser un problema para los países empobrecidos, los capitalizará al tiempo que se les suministrará la tecnología de la que carecen” (Martínez y Soto, 2012, p. 49).

Estas políticas arriba enunciadas, configuradoras del denominado Consenso de Washington, presentan un impacto considerable en el derecho, concretamente en la globalización. Miremos, siguiendo los análisis de diversos

autores, como ese impacto se da en el caso colombiano y cuáles son sus posibles consecuencias. Jairo Estrado, al respecto, considera que el orden neoliberal en Colombia, construido en los últimos quince años ha utilizado la estrategia de presentarse como un proyecto de democracia liberal cuando en realidad no es otra más que un proyecto de constitución política del mercado total. En palabras del propio Estrada, este proyecto trae como consecuencia principal

una tendencia a la homogeneización de los ordenamientos jurídicos nacionales, en tanto les incorpora contenidos normativos expresivos de ese derecho global o supranacional, que en nuestro caso es el derecho de las reformas de Consenso de Washington, esto es, de la desregulación económica y la disciplina fiscal. El derecho nacional deviene, por tanto, en derecho supranacional, transnacional (2006, p. 248).

Ello se ilustra sin ninguna dificultad a partir de varios de las disposiciones de la Constitución Política colombiana de 1991, la cual contempla por ejemplo: a) Dirección estatal, mercado y privatización por medio de constitucionalización de la categoría de libertad económica (estructurada a su vez por los conceptos de derecho de competencia y libertad de empresa); b) la implantación de un régimen de planeación con participación subordinada, reforzamiento del poder presidencial; c) en cuanto al presupuesto, este puede ser aprobado por el presidente, en algunos casos, y no necesariamente por el Congreso; d) el establecimiento de la autonomía de la banca central, estatuyéndose

un lugar privilegiado en asuntos estrictamente relacionados con la política financieras; e) acelerados procesos de privatizaciones, los cuales se pueden evidenciar, por citar solo un ejemplo, en el otorgamiento del manejo de los servicios públicos a organismos eminentemente privados; el cierre o clausura de universidades públicas y el auge de universidades privadas; d) de igual manera, Colombia asistió a un conjunto de reformas que, según Estrada fueron dictadas por mandato del Fondo Monetario Internacional (FMI), entre las cuales el autor señala las siguientes:

creación de fondos de pensiones de los gobiernos locales; reforma constitucional que desvincule las transferencias a los gobiernos locales de los ingresos corrientes del gobierno central; fortalecimiento de las entidades territoriales mediante la limitación de sus gastos corrientes (ajuste territorial); reforma al régimen de loterías y juegos para incrementar los ingresos públicos (Estrada, 2006, p. 271).

Además de estas, al autor señala otras como la

ampliación de la base gravable del impuesto de renta y del impuesto al valor agregado (reforma tributaria nacional) aumento de las provisiones establecidas en la ley de reforma financiera decretada en julio de 1999, atendiendo estándares internacionales; reforma tributaria local (aplazada) tendiente a la mayor generación de recursos propios; desinversión total de los bancos públicos remanentes, exceptuando el Banco Agrario (Estrada, 2006, p. 271).

En otra ocasión, el autor en la Revista Espacio Crítico es incluso más radical y sostiene que, en Colombia, existe una inclinación constitucional que Estrada llama “constitucionalismo neoliberal”. Este, mediante la modificación de los artículos 334 (dirección de la economía a cargo del estado), 339 (sobre el Plan Nacional de Desarrollo) y 346 (sobre el Presupuesto General de la Nación) de la Constitución Política de 1991, intenta estabilizar la constitucionalización del principio de sostenibilidad fiscal. Dicho principio traería como consecuencia una regla hermenéutica de interpretación: el principio de sostenibilidad fiscal se convertiría en un referente para guiar las relaciones del estado en cuanto a la economía, planeación y lo relacionado con el presupuesto. Con esta fórmula podrían entonces materializarse los fines del Estado Social de Derecho y encaminar su estructura hacia el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, llamados también como derechos de tercera generación. Las finalidades de este proyecto son entonces las siguientes: “Tapar el hueco fiscal de la política de seguridad democrática”, “Garantizar el pago de la creciente deuda pública, que viene comprometiendo importantes recursos de presupuesto (27% en 2010)”, “Proveer recursos para impulsar proyectos infraestructurales pendientes”, entre otros (Estrada, 2010, p. 21).

Oscar Mejía Quintana y Carolina Galindo Poblador (2010) parecen concordar con Jairo Estrada en este diagnóstico. Los autores sostiene que hay un giro neoliberal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, especí-

ficamente en la tercera Corte Constitucional. Este giro es producto de una contradicción implícita en la Constitución de 1991: la tensión entre una concepción social demócrata, afincada en la idea de un amplio catálogo de derechos fundamnetales, por un lado, y, por el otro, un modelo neoliberal. Y esta es precisamente la hipótesis de los autores: que la Corte Constitucional, sus fallos, han oscilado, en diferentes periodos de tiempo, entre estos dos modelos. Es decir, que los fallos de la Corte, en un primer momento, la primera y segunda Corte, por darle prioridad a los principios cercanos a una concepción social demócrata del Estado y de los derechos; “en un cambio de posición de la última Corte, a los principios del bloque económico neoliberal. Este giro puede entenderse como un intento de la Corte por seguir los lineamientos del Banco de la República y de otras entidades nacionales e internacionales debido al alto costo económico de los derechos fundamentales y de los denominados Desc.” (Mejía y Galido, 2010, p. 384).

## CONCLUSIONES

Como se pudo apreciar, el documento intentó explorar algunos, pues no son los únicos, espacios de conexión entre el derecho y la globalización, evidenciando siete puntos de contacto entre estos dos conceptos. Lo cual arroja como consecuencia que, el derecho en la globalización atraviesa por diversas transformaciones: 1) El tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional; 2) la reestructuración del campo jurídico, en términos planteados por Pierre Bourdieu, en el trance hacia la

globalización; 3) la mutación del concepto de “soberanía clásica” a “soberanías porosas” tal como lo plantean Ricardo Sanín y la teoría del Imperio de Michael Hart y Toni Negri; 4) las modificaciones de las “sociedades disciplinarias” foucaultianas a las “sociedades de control” planteadas por G. Deleuze; 6) la apuesta por el activismo judicial, en contextos como Colombia, y el posible abandono por las luchas políticas; 7) la implantación de sucesivas reformas en América Latina hacia un modelo económico neoliberal. 8) la muerte de los meta relatos, tal como lo plantea el fenomenólogo J. F. Lyotard. Cada uno de estos puntos se buscó evidenciar el impacto, desde diversas ópticas, del complejo fenómeno de la globalización en el derecho

## REFERENCIAS

- Ahumada, C. (1996). *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. El anconra Editores.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2007). *El neoconstitucionalismo a debate*. Universidad Externado de Colombia.
- Bourdieu, P., y Gunter, T. (2005). *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores.
- Calderón, J. (2006). Sala de máquinas: aproximación al pensamiento de Gilles Deleuze y Félix Guattari. *Nómadas: revista crítica*

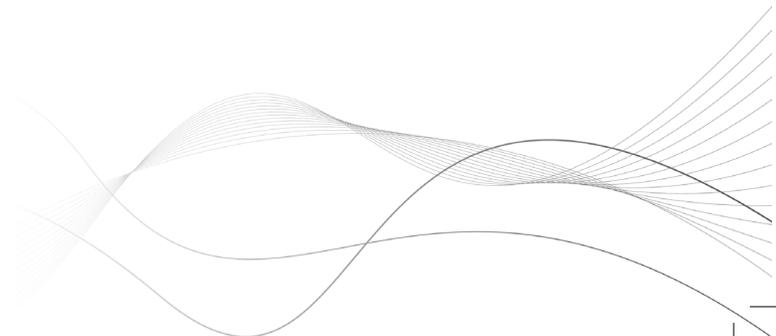
- de ciencias sociales y jurídicas 14(2)1-16. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/14/jorgecalderon.pdf>
- Castro-Gómez, S. (2010). *La hybris del punto cero*. Pensar.
- Castro-Gómez, S. (2009). Noopolítica y sociedades de control: las subjetividades contemporáneas en Mauricio Lazzarato. En J. Martínez Posada, & F. Neira
- Sánchez, C. (2010). Miradas sobre la subjetividad (págs. 21-38). Bogotá, D.C.: Universidad de la Salle.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Encinales, N. (2011). Tercera generación de pensadores en Colombia. En O. Mejía, y N. Encinales, *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Editorial Ibáñez.
- Estrada, J. (2006). Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia. En A. Ceceña. *Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado*. CLACSO.
- Estrada, J. (2010). El constitucionalismo neoliberal. *Espacio Crítico*, 21.
- Foucault, M. (2000). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. Trotta.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatan*. Losada.
- Jestaedt, M., y Cepeda, M. (2008). *La ponderación en el derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Martínez, R., y Soto, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. *Política y Cultura*.
- Mejía, O., y Galido, C. (2010). Corte constitucional: tensiones y desplazamientos. *Espacio Crítico*. 13 (13)
- Pulido, C. B. (2007). *El derecho de los deerchos*. Universidad Externado de Colombia.
- Regla, J. A. (2007). *Fragmentos para una teoría de la constitución*. IUSTEL.
- Sanín, R. (2012). La constitución encriptada. *Redhes*.
- Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América*. Siglo dle Hombre Editores.
- Uprimny, R., y García, M. (2004). Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En B. d. Sousa, y M. García, *Emancipación social y violencia en Colombia*. Norma.



# ADVOCATUS



## RESEÑA





# Las Transiciones de U.C.D. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983)

## *The Transitions of U.C.D. Triumph and Disbandment of Centrism (1978-1983)*

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6927>

### INTRODUCCIÓN

La publicación antedicha y que comento en las líneas siguientes es la continuación o bien la segunda parte de la precedente del mismo autor titulada *Memorial de Transiciones (1939-1978). La generación de 1978*.<sup>1</sup>

Esta obra, sugerida al autor, como éste confiesa, por el prestigioso historiador Santos Julia, es ante todo una autobiografía y no un tratado o manual de historia o una novela histórica, ni lo pretende.

El libro se centra en un partido político concreto, la UCD, que fue clave y muy influyente en el periodo histórico de España llamado la transición, fundado precisamente para pilotar ese proceso. Y en el que el autor del libro fue un

miembro y protagonista muy destacado y, por eso, conoció a fondo las interioridades del mismo, sus fortalezas y debilidades. La posición de ese partido en el periodo estudiado es denominada como centrista o “del centro” (p.15). Si bien la finalidad y el contenido esencial de la publicación, se centra en UCD, además y de forma complementaria a este hecho y al rol significativo de este partido en el proceso histórico en el que acontece el autor incluye también en su texto unas reflexiones, experiencias, y comentarios personales de gran interés. El libro no cuenta por tanto la historia completa de UCD sino lo que el autor vivió y vio.

Siguiendo al autor, este señala sobre el libro que: „El foco principal estará en los años de 1978 a 1983. En ellos

José Manuel Canales Aliende  
Catedrático de Ciencia Política y de  
la Administración de la Universidad  
de Alicante. Correo electrónico:  
[jm.canales@ua.es](mailto:jm.canales@ua.es)

#### Como citar:

Canales Aliende J.M. (2020). Reseña: las transiciones de UCD. Triunfo y desbandada del centrismo (1978-1983). *Advocatus*, 18(35), 205-216. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.35.6927>



Open Access

#### Recibido:

15 de agosto de 2020

#### Aceptado:

20 de noviembre de 2020

<sup>1</sup> Ortega Díaz-Ambrona, J. A. (2015).

se realizó por UCD la tarea fundacional y de siembra de la democracia actual. Fueron también los de mi juventud ya madura, tiempos nuevos, encendidos por la ilusión de estrenar un mundo. Tuvieron su arranque en la Constitución. Fue una época de preparación intensa para un futuro más libre y justo, mientras se extinguió el franquismo y se sustituían sus instituciones por otras más modernas, que sobreviven hoy en gran medida, cuarenta años después.” (p. 15). Esta frase del autor antes transcrita, constituye en mi opinión el espíritu y la visión esencial no solo del libro sino también de su autor.

El libro, al ser una autobiografía, se basa en diversas fuentes documentales propias junto a una gran diversidad de anotaciones personales archivadas del autor a lo largo del periodo analizado y todas ellas, ahora seleccionadas de forma ordenada y sistemática, sirven de fundamento para las afirmaciones, comentarios y juicios de valor del mismo en un momento de madurez de su vida con la serenidad y distancia que este hecho implica y ello de una forma bastante objetiva. La extensión es de 445 páginas.

Ahora bien, estamos en mi opinión, no solo en una obra autobiográfica de un periodo histórico contemplado y de la historia en el mismo de un partido crucial en esa época, sino también ante un libro de pensamiento político de indudable calidad e interés. Me atrevería a decir que es un manual de reflexión y de praxis política centrista o centrada, a lo que también, en mi opinión, se añadiría un valor añadido relevante y hoy algo escaso en nuestra clase política cual

es la existencia de criterios, valores y principios públicos democráticos de indudable valor de contenido y orientación pluralista a los que se unen y no se ocultan sus vivencias y creencias demócrata cristianas.

Esto último es reseñable, como un modelo aun necesario y válido, de un político católico que no quiere imponer sus ideas de forma inquisitorial y que respeta las creencias de los demás, a diferencia de los ultraconservadores de su época o los “neocons” dogmáticos y autoritarios actuales de muchos movimientos eclesiales pretendidamente católicos. Esa convicción, actitud y conducta del autor en su época, hoy sin duda, es además la del magisterio al respecto del papado actual, el cual también recibe críticas interesadas de precisamente esos movimientos. La actualidad y la vigencia de la necesaria distinción y separación entre el derecho natural y el derecho positivo a la hora de regular la vida social es fundamental y esa fue la posición y la actuación del autor en su época y una de las enseñanzas del libro.

Otra aportación esencial de la obra, en la que coincido fundamentalmente, así como otros muchos autores, es que la transición, que tuvo muchas dificultades y problemas y, a pesar de ello se llevó a cabo, con sus errores, limitaciones y disfunciones, fue en su conjunto bastante positiva ya que permitió, sin lugar a dudas, la implantación y desarrollo de un sistema político democrático fundado en la Constitución de 1978 consensuada de forma pluralista y que todavía está en vigor. Nadie puede cuestionar con fundamento que

se implantó una auténtica, real y moderna democracia constitucional.

Este hecho transcendental en la historia de España no puede ni debe ser olvidado ni minusvalorarse y menos aún cuestionarlo en su totalidad, como hacen en la actualidad algunos políticos y grupos políticos populistas y nacionalistas de imaginarios mesiánicos y fragmentarios, siendo no precisamente caracterizados sus líderes destacables por su rigor científico ni por el histórico, fruto de su sectarismo y menos aún por el consenso. Precisamente esa democracia cuestionada es la que permite su crítica, hecho que no hubiese sido posible durante el franquismo y ello gracias al nuevo sistema político democrático pluralista y tolerante implantado en ese periodo.

### LA FIGURA Y LA PERSONALIDAD DEL AUTOR DEL LIBRO

Este autor nacido en 1939, miembro de esa generación de 1978, como él se considera en su autobiografía, tiene una amplia y rica trayectoria intelectual, profesional y política de la que destacaría seguidamente algunas peculiaridades y aspectos por su importancia: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, en la que fue profesor ayudante en la Facultad de Derecho. Posteriormente, ganó las oposiciones al prestigioso Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado donde en la actualidad, tras muchos años de actividad en el mismo, es Consejero Electivo de Estado.

Es por tanto un digno e ilustrativo representante de las élites jurídicas<sup>2</sup> madrileñas, las cuales junto a otras periféricas más minoritarias, tuvieron un papel relevante y activo en el tardo-franquismo, el postfranquismo, la transición, la democracia y su desarrollo, y ello con una vocación generosa y altruista. La configuración de un régimen constitucional y su desarrollo normativo y la implantación de un “Estado Democrático de Derecho” (en la expresión, entre otros, de Elías Díaz) requerían de la labor básica de los juristas. Hoy, las ciencias sociales y económicas y sus expertos no son solo complementarias, como entonces, sino que han pasado a ser también esenciales, dada ya la arquitectura institucional y normativa consolidada, fruto precisamente de ese periodo de la transición.

Además de esa faceta de jurista de “reconocido prestigio” se une su relevante y amplia experiencia y trayectoria política, pudiéndose de ella a su vez, destacar su rol como colaborador de la revista *Cuadernos para el Diálogo*, fundada por el insigne catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense y exministro franquista de Educación D. Joaquín Ruiz-Giménez, la cual tuvo un papel importante en el tardo-franquismo y la transición y que fue un lugar de encuentro para el diálogo, como su título señalaba, para todos los políticos democráticos y antifranquistas de la época y además un semillero de las élites políticas de la democracia. El papel de esta revista, estimo que aún no se ha valorado y ponderado bastante

<sup>2</sup> Véase en ese sentido, entre otros, y para mayor detalle la significativa obra de Jauregui, F. (2019).

en nuestra historiografía y hoy está olvidada por muchos.

También, fue militante del Partido Político Izquierda Democrática (luego desaparecido) de inspiración demócrata cristiana creado y liderado por D. Joaquín Ruiz Giménez. Participó activamente como miembro del “Grupo Tácito”, elitista y prestigioso “think tank”, de orientación plural demócrata-cristiana, que con sus reflexiones y propuestas influyó notablemente en la opinión pública y en los políticos de esa época, donde la mayoría de sus miembros luego ocuparon cargos políticos relevantes.

Fue nombrado por Adolfo Suárez, en los gobiernos de UCD, primeramente, Subsecretario de Justicia, Secretario de Estado para el Desarrollo Constitucional y posterior y sucesivamente ministro de Coordinación Legislativa y ministro de Educación. Todo un “cursus honorum” de cargos políticos significativos en ese momento de éxito y preeminencia de ese partido.

Junto al periodo exitoso de su partido también vivió sus momentos difíciles finales hasta su desaparición, sin abandonar “el barco” que se hundía, como hicieron otros de sus colegas. Fiel y leal al partido que lo encumbró a la cima política, aceptó ser el Secretario de Estudios y Programas del mismo y finalmente su Secretario General, siendo uno de los albaceas de UCD.

No puede dejar de mencionarse en la biografía del autor la vinculación personal, profesional y política del mismo con la insigne figura del

gran jurista y político Landelino Lavilla Alsina, personalidad de gran papel en la transición y desarrollo constitucional objeto del libro. La relación entre ambos fue muy estrecha, intensa y continua, pues marcó sin duda la vida del autor en las diferentes etapas de la misma como su preparador de oposiciones al ilustre Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, en el que luego fueron compañeros. Fue su jefe político y mentor en el gobierno y luego acompañó a aquel, lealmente, en el proceso final y de extinción del partido UCD. Esta vinculación y relación personal, así como su lealtad, amistad y agradecimiento se expresa por el autor en dos hechos concretos: primero, en la portada del libro aparecen ambos juntos, si bien en primera fila lo hace el autor del libro, y detrás como apoyo simbólico del mismo la figura de su mentor; y segundo, la dedicatoria del libro es a su amigo y mentor Landelino Lavilla Alsina.

Además, tampoco puedo dejar de reflejar en este comentario también mi opinión sobre otras personas intelectuales y políticas destacables que estimo influyeron en esta etapa en el autor y que son:

- a. Gregorio Peces Barba, colega y amigo del autor y sin embargo adversario político y no enemigo del mismo. Así como Luis Gómez Llorente también amigo y colega universitario y destacado líder del PSOE en aquel momento. Esta relación amistosa sin duda facilitó el diálogo y el consenso entre los dos principales partidos del momento. La honestidad, la capacidad intelectual, la

colaboración y la lealtad personal e institucional de ambos dentro de las posibles y lógicas discrepancias merecen destacarse. Unas figuras socialistas significativas por su prestigio, precedentes de estos, en la España republicana, y con similares actitudes, si bien en momentos distintos, fueron Julián Besteiro y Fernando De Los Ríos.

- b. El nivel personal e intelectual, así como su visión y deseo del consenso a través del diálogo sincero, la opción por el olvido, la ausencia de venganza, la vocación europea y la ilusión no interesada de cambio puede sin equívoco predicarse del conjunto de aquella clase política española de la transición<sup>3</sup>.
- c. La relación profesional y el aprendizaje del autor durante trece años en el despacho del gran jurista iusadministrativista Eduardo García De Enterría.
- d. La amistad y la relación política, con Oscar Alzaga, gran jurista y maestro del derecho constitucional a la vez que político y líder de una de “las familias” de la UCD y luego tras su extinción, fundador del Partido Demócrata Popular, de inspiración demócrata cristiana, en el que no se afilió el autor del libro por lealtad a UCD y a su mentor y amigo Landelino Lavilla.

El texto también menciona una serie de colaboradores del autor provenientes de la elite funcionarial española y de sus grandes cuerpos funcionariales, así como de la elite de la magistratura. Con independencia de esta relación profesional, e incluso luego amistad con los mismos, quisiera también aquí mencionar este importante papel coadyuvante en el proceso constitucional y en su desarrollo de estas personas, generosas y dedicadas con vocación al servicio público que colaboraron técnicamente con lealtad y entusiasmo en este proceso con la clase política. Sin perjuicio de lo anterior, quisiera significar un hecho relevante y digno de mención y es la meritocracia de esas élites, frente a una función pública actual, en ocasiones caracterizada por su inexperiencia, amateurismo, clientelismo y su vinculación a la misma no por oposición sino por nombramiento político eventual.

La propia biografía y el “iter” político y profesional, reflejan de forma inequívoca que el autor tuvo un protagonismo político relevante en este periodo en una “atalaya” privilegiada de forma continua en los ministerios de Justicia, Presidencia, de Desarrollo Legislativo y de Educación.

Por último, junto a la faceta del autor de jurista de “reconocido prestigio” y político, quisiera también reseñar su sensibilidad y formación humanística, no solo por haber cursado la licenciatura en Filosofía y Letras, como su pasión por la música, la literatura y la poesía (no puede olvidarse que su suegro fue el gran poeta Gerardo Diego).

<sup>3</sup> Véase al respecto entre otros recientemente Marañón Bertrán De Lis, G. (2020).

## LOS PRINCIPALES TEMAS DESTACABLES DE LA OBRA COMENTADA

Esta obra es bastante extensa, y a la vez rica en múltiples datos, comentarios y opiniones del autor, pero de toda ella me gustaría a título personal de comentarista, recalcar aquellas que yo considero de mayor interés.

Comienzo por el papel de la UCD y sus gobiernos que fue crucial para el nacimiento y desarrollo de un sistema constitucional novedoso en España, tras el franquismo y el final previo de la II República y que se refleja clara e inequívocamente en toda la obra. Este partido surgió con la finalidad de crear lo antedicho y lo logró plenamente con todas sus deficiencias y errores, siendo un modelo para otros países y ensalzado por múltiples comentaristas mundiales sin excepciones notables. El autor con una actitud muy hispana de no sobrevalorar lo nuestro, es en el epílogo –en mi opinión, demasiado modesto, prudente, y nada jactancioso– de la gran tarea llevada a cabo por su partido y ello a pesar que, como se manifiesta sobradamente en el libro, la creación difícil, compleja y artificial del mismo a la que se añadiría el personalismo de muchos de sus fundadores. Este germen original se mantuvo mientras este partido tuvo apoyo electoral y gobernó, pero cuando este hecho decayó y desapareció, se reavivó y causó la „desbandada“ y su desaparición.

Ahora bien, si la UCD fue el artífice del nuevo sistema político constitucional, no puede olvidarse tampoco, aunque estimo que no lo

magnifica mucho el autor, fue también la que fruto de lo anterior trajo a España un régimen público de derechos y libertades inexistentes hasta ese momento, creando además el marco de una economía dinámica a través de los Pactos de la Moncloa y un nuevo modelo de relaciones laborales a través del Estatuto de los Trabajadores. El desarrollo político sin el social y económico es insuficiente y esto se logró creó, e hizo posible un crecimiento notable económico del país y una mejora de todas las clases sociales empoderando en especial a las clases medias, factor de estabilidad y movilidad social ascendente indiscutible.

Además, el libro relata con detalle el debate interno en el seno de la UCD sobre el modelo de ordenación y configuración territorial del Estado, cuestión histórica pendiente, en donde había una posición a favor de la igualdad de todas las regiones frente a una posición más selectiva solo a favor de los territorios o regiones llamadas impropiaemente “históricas” (pues todas tenían su historia, costumbre y cultura) e identificando esta calificación con la tenencia de una lengua propia. Finalmente triunfó la opción de “café para todos” en expresión de un líder del partido y profesor sevillano de derecho administrativo, como es sabido, D. Manuel Clavero Arévalo, expresada en un modelo abierto y flexible pero inconcreto a veces, dando origen al llamado „Estado de las Autonomías“ procediendo de forma desigual y bilateral a la transferencia de competencias estatales. Esta indecisión, a la que se unía la propia indefinición del modelo territorial en la Constitución aprobada de 1978, hizo que años

después el modelo no haya sido plenamente satisfactorio y ha conducido a su crisis actual.

También, el autor hace un análisis pormenorizado de la desaparición de la UCD, tras la desbandada de sus principales líderes, y como causas principales enumera las siguientes: a) el desgaste progresivo de su fundador y líder Adolfo Suárez; b) la propia diversidad, fragmentación y descoordinación política e ideológica de los líderes fundadores y de los partidos integrantes (un cierto precedente fue el de la CEDA durante la II República Española); c) el excesivo personalismo de sus líderes fundadores; d) la falta final de un proyecto político estable y de comunicación política; e) la ausencia de presupuesto y apoyo financiero exterior suficiente; f) la pérdida de la confianza del Rey en Adolfo Suárez, del empresariado y de ciertos grupos de presión como los militares.

Diversos autores han analizado el fin de la UCD y entre otros citaría a Fernando García De Cortázar (2020, p. 158), que ha dicho al respecto: “Al cabo fue la división cainita de UCD, mezcla de ideologías y personalismos, la que aceleró su estrepitosa caída. Criticado a derecha e izquierda, a los ojos de sus antiguos camaradas era un traidor, a las de aquellos para los que había abierto el camino un optimista, abandonado por todos incluido el rey, sin que nadie lo reconociera que había cumplido gran parte de sus compromisos”.

La UCD sin dudas fue el principal artífice del pacto para la aprobación de la Constitución

de 1978 principalmente con la colaboración del PSOE a través de Gregorio Peces Barba como ponente constitucional de este partido. Está en su desarrollo configuró un régimen de libertades en España.

Además, y previo al proceso constituyente, la UCD fue la que hizo desaparecer la simbología franquista de los edificios públicos, así como los medios de comunicación adscritos al Movimiento Nacional, traspasando todos los medios humanos y materiales de éste a través de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales (AISS) a la Administración General del Estado.

Este partido, la UCD, aprobó la Amnistía Laboral y Política y la legalización de todos los partidos políticos, y en especial, el Partido Comunista de España, como paso previo para la participación de todos ellos en las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977.

Como líder indiscutible y creador de la UCD aparece en el libro la figura de Adolfo Suárez, personaje muy denostado en su tiempo y al que la historia reciente le ha reconocido su papel como un auténtico hombre de Estado. A pesar de su origen falangista supo evolucionar y ser un instrumento de la Corona elegido por ésta de acuerdo con el programa diseñado por Torcuato Fernández Miranda, para desde dentro cambiar el régimen político precedente apostando por la nueva democracia y negociando hábilmente la transición política, mediante la fórmula “De la ley a la ley”.

Con independencia de su carácter abierto, dialogante y simpático, objeto de diversas biografías, varias de ellas, de personas de su entorno, lo cierto es que su liderazgo fue eficaz, coherente y honesto, y en palabras del autor del libro como: “intuitivo y simpático”. Estimo que un buen líder integrador como lo fue Adolfo Suárez, se debió a su capacidad de saber elegir su equipo. Y este eligió para ello a altos funcionarios de prestigio, experiencia y conocimientos, como es el caso del propio autor del libro.

El semblante y el juicio de valor sintético entre los muchos existentes sobre la figura de Adolfo Suárez, sería el de Juan Luis Cebrián que recientemente ha señalado: “Suárez fue el último secretario general del Movimiento. Fue un converso, pero un converso de verdad, se creyó la democracia” (Cebrián, 2020, pp. 4-5).

Una incógnita y a la vez una laguna histórica, que el libro no revela, es el porqué del abandono de la confianza real en la figura de Adolfo Suárez.

En el libro queda claro el proceso de diálogo, consenso, pacto y colaboración de todos los partidos políticos democráticos y de forma especial del Partido Comunista de España a través de su figura representativa, Santiago Carrillo. Había una voluntad y un espíritu inequívoco de evitar la confrontación precedente de las dos Españas y de la Guerra Civil.

Además de lo anterior, quisiera señalar también otros logros de los gobiernos de la UCD que el autor del libro o bien no menciona, o quizás no enfatiza demasiado, y ello debidamente a que la

actuación política de su autor se circunscribió solo a una parte, si bien relevante, del aparato del Estado, en los ministerios de Justicia, Presidencia, Desarrollo Legislativo y Educación, que serían los siguientes:

- a. La política exterior de España pro-occidental y pro-europea, complementada por una apertura a los países del tercer mundo. La recepción de Arafat en Madrid, tuvo un gran valor simbólico.
- b. La mejora de la Seguridad Social y Sanidad Pública mediante el “Libro Blanco de la Seguridad Social”.
- c. La creación y los informes de la “Comisión para la reforma del Gasto Público” dirigida por Fuentes Quintana, cuyo precedente sin duda fue la Ley de Restricciones de 1935 inspirada y aprobada a propuesta del entonces Presidente del Gobierno y Ministro de Hacienda Joaquín Chapaprieta. Esta reforma estructural del gasto público incluía también una reforma integral y completa de la Hacienda y Administración Pública.
- d. El Estatuto de los Trabajadores al que se menciona en la página 229 del libro pero que no se enfatiza demasiado. Hay que señalar que esta Ley de 1980, definió y configuró un nuevo modelo de las relaciones laborales y de los derechos sociales de los trabajadores, estableciendo un modelo de economía más abierto y dinámico, que aún perdura en nuestros días, si bien ha sido objeto de varias modificaciones.

- e. Los Pactos de la Moncloa ya fueron comentados en la autobiografía precedente.
- f. Se menciona, pero no en profundidad, el intento fallido de racionalización y reconducción del nuevo Estado Autonomico, que fracasó debido a la no aprobación completa del texto de la LOAPA, convirtiéndose ésta en una mera Ley del Proceso Autonómico.
- g. La nueva Política Fiscal que sentó las bases de la modernización fiscal básicamente a través de la legislación novedosa del IRPF y del Impuesto de Sociedades en particular. Este hecho debería haberse recalado más por la importancia que tuvo, no solo para el sector público sino también para las empresas.

La tarea en el ámbito de la educación de la UCD fue notable, y en particular la del autor de este libro como titular del Departamento que heredó de su predecesor el Estatuto de Centros Docentes, y que intentó un pacto educativo.

En este sentido, coincido plenamente con el autor en su manifestación de que las dos dificultades esenciales de la educación en España han sido siempre por dos factores que considero relevantes: Primero, la dificultad de lograr un pacto de Estado o de interés nacional debido a la polarización y sectarismo ideológico de los partidos políticos. No es ningún secreto lo ya reseñado tantas veces en los tratados de historia acerca del intento de dominación y control de

la escuela por parte de los absolutismos, totalitarismos y nacionalismos, como instrumento de manipulación de la sociedad.

La historia de nuestro país y del mundo nos señala inequívocamente que la educación es un instrumento de formación de la ciudadanía que además implica un apoyo al desarrollo económico y social de los países, y por tanto es un aspecto fundamental como para dejarlo solo en manos de una visión parcial, sesgada, sectaria y unilateral del conocimiento y de la ciencia con base a planteamientos de imaginarios colectivos fragmentarios e ideologizados.

Segundo la desatención financiera y la infradotación presupuestaria de la educación, considerada muchas veces como un gasto improductivo y no como una auténtica inversión. El desarrollo y el futuro de una sociedad van unidos inexorablemente a nivel de desarrollo de la educación.

La propuesta de Ley de Autonomía Universitaria diseñada por el autor, no gozó del apoyo de su propio partido e hizo que éste presentase su dimisión. Este hecho estimo que le honra por su coherencia y dignidad ya que la dimisión no es una constante en nuestra clase política, y menos en la actual.

En el libro se menciona el traspaso de las competencias educativas a favor del País Vasco y Cataluña como una cesión del gobierno de la UCD a favor de sus aliados coyunturales nacionalistas.

Una amplia doctrina ha comentado el intento siempre de los nacionalismos de controlar y manipular la escuela para así crear falsos imaginarios simbólicos y carentes de historicidad, dotados de un mesianismo y racismo cultural que condujesen a la ficción nacionalista de un Estado diferente, fragmentaria y fragmentada.<sup>4</sup>

Resulta interesante el comentario y la explicación bastante inusual de la mención en el libro de que el presidente Suárez en virtud de un real decreto estableció que algunos departamentos ministeriales tendrían la denominación de “Ministerios de Estado” con la finalidad de coordinar a los demás, sin que esta estuviese bien fundada. Este hecho fue coyuntural, y además rompía con la tradición en nuestra historia político-administrativa que reservó durante el siglo XIX y el XX hasta la II República incluida la denominación de Ministerio de Estado para el Ministerio de Asuntos Exteriores. Esta denominación de Ministerios de Estado parece más bien que se debió circunstancialmente al titular del departamento, y no a las competencias de éstos.

Es significativa en el texto la afirmación y juicio de valor del autor que, sin perjuicio de su visión demócrata-cristiana de la política, tiene una actitud y talante dialogante liberal e integrador que le lleva a hacer una clara diferenciación entre el derecho positivo y el derecho natural. El autor cree con fundamento que el

derecho natural y que la doctrina católica y la legislación canónica no podía ser impuesta obligatoriamente en la legislación que iba a regular la nueva sociedad civil pluralista española. Esta posición chocaba lógicamente con el dogmatismo, el fanatismo y la intransigencia ultraconservadora de muchos sectores de la jerarquía del clero y de los fieles españoles, pero a pesar de ello se intentó legislar para todos, siendo el caso más paradigmático la Ley del Divorcio, debida a UCD.

Por otra parte, resulta curiosa y anecdótica la mención de la creación por parte de la Comisión de Subsecretarios del premio a la figura del “coñazo de oro” destinado a premiar a la persona de más intensa y larga intervención en este órgano colegiado.

También, resulta ilustrativa también la experiencia que se cuenta en el libro por su autor respecto a su relación personal y circunstancial con el entonces obispo de San Sebastián José María Setién, quien manifestó posición y criterio auténticamente xenófoba y dogmática, como mucha de la jerarquía eclesiástica y del clero vasco, la cual sin duda estaba muy lejos del espíritu evangélico olvidando además que la Iglesia Católica es universal, ante todo y sobre todo frente a visiones y posiciones sectarias, nacionalistas endogámicas e irracionales.

La mención y el juicio positivo de valor del autor dado a la Institución Libre de Enseñanza, que comparto, merece significarse cuando, además, viene de una persona que fue titular del Ministerio de Educación, dado que ésta

<sup>4</sup> Véase al respecto para mayor extensión y detalle la magistral obra de Sosa Wagner, Francisco y Sosa Mayor, Igor (2007).

fue pionera en la modernización educativa de nuestro país frente al dogmatismo autoritario de corte clerical.

Se menciona la influencia notable de Kelsen, en el pensamiento jurídico español del periodo analizado y por tanto en la nueva legislación democrática.

## EPÍLOGO

Para concluir este comentario académico, estimo que estamos ante una obra de interés, actualidad, redactada de forma rigurosa y apoyada documentalmente, que nos aporta y enriquece la historia de nuestro país en los últimos años, y en particular del papel de la UCD. Una segunda aportación de este libro es la enseñanza y la utilidad del periodo estudiado para el momento actual que se ha denominado, por algunos, segunda transición.

Estamos en la actualidad en una disyuntiva en la que se presentan básicamente dos posturas: una sería la adaptación, mejora y actualización del sistema constitucional de 1978, a pesar de sus limitaciones y lagunas fruto del momento. Adaptar, mejorar y actualizar lo anterior no equivale a su destrucción y partir de cero. La otra posición es la de ruptura total y desaparición del modelo precedente.

Para concluir quisiera hacer mías las palabras tanto del eminente economista Gabriel Tortella: “¿estamos hoy los españoles a desandar lo andado desde 1976 y transitar de nuevo para convertirnos en un paria en Europa

y en un país del tercer mundo?”. “Se están dando pasos decisivos para convertir nuestra democracia liberal en una república tercermundista” (Tortella, 2020, p. 19); como las del historiador Fernando García De Cortázar: “los artífices de la transición decidieron mirar al país desde las ilusiones comunes –libertad, igualdad, paz, democracia– para dar entrada en la historia a la primera constitución pactada y no impuesta por el grupo dominante. No España tuya o mía, España nuestra” (García, 2020, p. 551).

## REFERENCIAS

- Cebrián, J. (31 de octubre de 2020). *Diario El Mundo*.
- Jauregui, F. (2019). *Los abogados que cambiaron España. Ochenta años de historia de los letrados y juristas que contribuyeron a la democracia (1939-2019)*. Editorial Almuzara S. A.
- García De Cortázar, F. (2020). *Y cuando digo España. Todo lo que hay que saber*. Arzalia Ediciones.
- Ortega Diaz-Ambrona, J. A. (2015). *Memorial de Transiciones (1939-1978). La generación del 1978*. Galaxia Gutenberg. S.L.
- Marañón, G. (2020). *Memorias de Luz y Niebla*. Galaxia Gutenberg S.L.
- Sosa, F. y Sosa, I. (2007). *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones*

*en España*. Editorial Trota S.A. y Fundación  
Alfonso Martín Escudero

Tortella, G. (22 de octubre de 2020). De vuelta  
al tercer mundo. *Diario El Mundo*.



## REQUISITOS PARA PUBLICAR EN *ADVOCATUS*

La Facultad de Derecho y el Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Universidad Libre Seccional Barranquilla con el ánimo de promover nuevos conocimientos tanto en las áreas Jurídicas como socio-jurídicas, convoca a la comunidad académica local, nacional e internacional a presentar sus artículos para su publicación de la revista *Advocatus*.

La revista *Advocatus*, ISSN 0124-0102, publicación semestral del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, Categoría B en el índice bibliográfico nacional Publindex de Colciencias Ebsco y Dialnet, publicamos artículos resultados de investigación, de reflexión, de revisión, de traducción y reseñas que cumplan los requisitos para publicar y que sean avalados por nuestros pares nacionales e internacionales.

El público al cual va dirigido son profesionales del Derecho, estudiantes e instituciones de orden nacional e internacional (públicas y privadas) relacionadas con las diferentes áreas del Derecho.

### REQUISITOS TÉCNICOS

Los artículos enviados a la revista *Advocatus* deben ser inéditos y el archivo original en Word debe escribirse a espacio y medio (inclusive las referencias), en letra Arial, tamaño 12, con 3 cm de margen a cada lado y su extensión no debe ser superior a 30 páginas. Se recibirán artículos en español, inglés, francés, italiano y portugués.

La primera página del artículo debe contener:

Título del artículo, no mayor de 12 palabras (En español e inglés).

Nombre completo del autor o autores.

A pie de página del nombre del autor se debe especificar: Títulos académicos y afiliación institucional, cargo que actualmente desempeña, dirección principal, ciudad, país y dirección de correo electrónico.

A pie de página del título del artículo se debe señalar: origen de financiación del proyecto del cual resulta el artículo que se presenta (si aplica), subvenciones y apoyos recibidos para la elaboración de este.

La segunda página debe contener: Un resumen no mayor a doscientas (200) palabras, el cual debe hacer referencia a la naturaleza del documento, el objetivo general de la investigación, la metodología de investigación utilizada y la principal conclusión o evidencia del documento, en el idioma en que fue escrito el artículo y en inglés. Igualmente se deben indicar las palabras clave que facilitarán la indexación del artículo (máximo seis) en el idioma en que fue escrito y en inglés.

Debe enviarse el documento en versión definitiva al correo institucional del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas [cij@unilibrebaq.edu.co](mailto:cij@unilibrebaq.edu.co) o a [svilla@unilibrebaq.edu.co](mailto:svilla@unilibrebaq.edu.co)

Los artículos pueden ser:

**Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos de investigación terminados. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

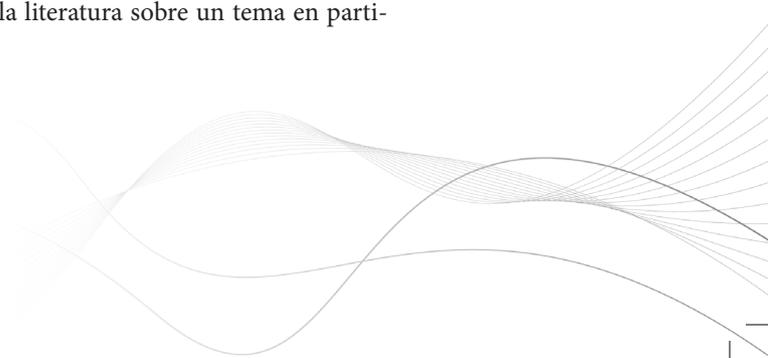
**Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

**Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

**Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.

**Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

**Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.



**Reseña.** Escrito breve que informa y a la vez valora una obra o un producto cultural; su característica fundamental radica en describir y emitir un juicio valorativo a favor o en contra.

**Cartas al editor.** Posiciones críticas, analíticas o interpretativas sobre los documentos publicados en la revista, que a juicio del Comité editorial constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.

**Editorial.** Documento escrito por el editor, un miembro del comité editorial o un investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la revista.

**Traducción.** Traducciones de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la revista.

**Verificación de cumplimiento de los requisitos formales.** Si el artículo no corresponde a ninguna de las categorías establecidas por la revista o no se ajusta a los requisitos de presentación formal, será devuelto a su autor, quien podrá volver a remitirlo al editor(a) cuando llene los requisitos. El Comité Editorial otorga prelación a la publicación de artículos de investigación.

**Arbitraje de la publicación.** El Comité Editorial envía los artículos preseleccionados a evaluadores anónimos, nacionales e internacionales, quienes son seleccionados por sus altas calidades intelectuales y nivel académico, con estudios de maestría y doctorado.

La revista *Advocatus* utiliza la técnica de evaluación a ciegas, ni el articulista sabe a qué par evaluador ha sido enviado su artículo ni el evaluador sabe quién es el autor del artículo que va a calificar. Una vez emitido el concepto por parte del par, el Comité se reserva la facultad para, aceptar el artículo en la versión que se presenta o solicitar modificaciones al mismo y condicionar su publicación, el cual puede ser rechazado.

De la evaluación de los artículos se dará noticia por escrito, y en caso de ser aceptados, se informará a los autores en cuál número se publicarán, si ello fuere posible. La recepción de un artículo supone que este no ha sido publicado, aceptado o se encuentre en evaluación para su publicación en otra revista.

## RESPONSABILIDAD ÉTICA

Los manuscritos presentados a *Advocatus* deben incluir todos los datos del autor (nombre, disciplina y / o función, filiación profesional, dirección postal completa, correo electrónico). Si el manuscrito está

firmado por varios autores, se entiende el autor que presenta el texto ha estado de acuerdo con todos para actuar en su nombre.

Definición del autor: es considerado como el autor, cualquier persona que haya contribuido de manera significativa al diseño del artículo, la investigación que lo precedió y su redacción.

Envío de un manuscrito implica que sea aprobado por todos los coautores, y que no está sujeto a ninguna otra publicación en el estado, ni en otro idioma.

La recolección de datos o haber participado en alguna técnica no se consideran criterios para obtener el perfil de autor.

Para los artículos con coautoría, favor diligenciar el formato de remisión de autores.

Cada autor se compromete a ceder de manera expresa los derechos patrimoniales derivados de la publicación de su obra; para ello deberá diligenciar el formato de cesión de derechos patrimoniales de autor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las referencias bibliográficas y de otro orden se consignarán de acuerdo con las normas de la sexta edición de la American Psychological Association (APA).

### Artículos

Ramírez Nárdiz, A. (2008). Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos. *Advocatus*, 25, 17-29.

Libros y cap. libros

Formas básicas para libros completos

Apellidos, A. A. (Año). Título. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). Título. Disponible en <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). Título. Ciudad: Editorial.

-Libro con autor

Villa Villa, S. I. (2014). *Costumbres mercantiles en el distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla*. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

-Libro con editor

Barros Cantillo, N. (Ed.). (2014). *¿Es el derecho una ciencia?*. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

-Formas básicas para un capítulo de un libro o entrada en una obra de referencia

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), Título del libro (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

### **Informe técnico**

#### **Forma básica**

Apellidos, A. A. (Año). Título. (Informe Núm. xxx). Ciudad: Editorial.

#### **Referenciar una página web**

Apellido, A. A. (Fecha). Título de la página. Lugar de publicación: Casa publicadora. Dirección de donde se extrajo el documento (URL).

#### **Legislación y jurisprudencia**

República de Colombia (2012). Ley 1607, por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República (2012). Decreto 0019, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Corte Constitucional de Colombia (1992). Sentencia T-533, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de junio de 2012, M. P: José Luis Barceló Camacho. Radicado 38.508.

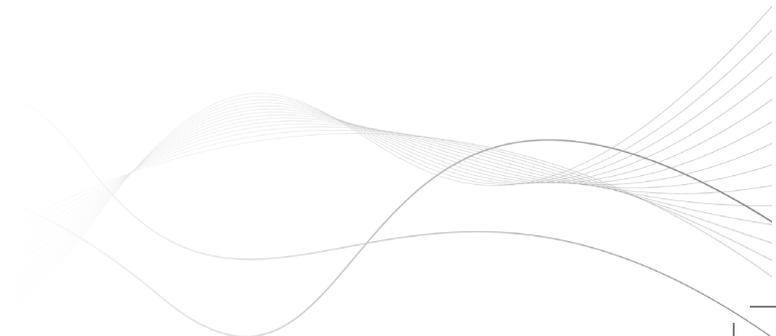
### **Otros tribunales**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1989). Sentencia Soering c. Reino Unido n° 14038.

En la parte final del artículo se debe incluir la lista de referencias y demás fuentes utilizadas en orden alfabético por autor o, en su defecto, por título, respetando en lo demás las pautas para las referencias a pie de página.

Es responsabilidad del autor conseguir los permisos y derechos para anexar materiales o ilustraciones provenientes de otras fuentes.

Las opiniones expresadas en los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de los autores.



# REQUIREMENTS TO PUBLISH IN *ADVOCATUS*

The Law School and the Center for Legal Research and Socio-Legal Universidad Libre Sectional Barranquilla, with the aim of promoting new knowledge both in legal areas as legal partner, calls to local, national and international academic community to submit their articles for publication of the magazine *Advocatus*.

The *Advocatus*, ISSN 0124-0102, semiannual publication of the Center for Legal Research and Socio-Legal, attached to the Faculty of Law and Social Sciences at the Universidad Libre Sectional Barranquilla, category B in the national bibliographic index of Colciencias Publindex, Ebsco and Dialnet, research results published items, reflection, revision, translation and reviews that meet the requirements to publish and which are guaranteed by our national and international peers.

The audience which is addressed are legal professionals, students and institutions of national and international (public and private) order related to the different areas of law.

## TECHNICAL REQUIREMENTS

Items sent to the magazine *Advocatus* must be original and the original file in Word must be typed with double spacing (including references), Arial, size 12, with 3 cm margin on each side and its length should not exceed 30 pages. articles in Spanish, English, French, Italian and Portuguese will be received.

The first page of the article should contain:

Article Title, no more than 12 words (In Spanish and English).

Full name of the author or authors.

A footnote the author's name must be specified: Academic degrees and institutional affiliation, his current position, primary address, city, country and email address.

A footnote in the title of the article should indicate: source of project financing which is the article that appears (if applicable), grants and support received for the preparation thereof.

The second page should contain: A no more than two hundred (200) words, abstract which should refer to the nature of the document, the overall objective of the research, the research methodology used and the main conclusion or evidence of the document, the language in which it was written the article and in English. Also they should indicate keywords that facilitate the indexing of the article (maximum six) in the language in which it was written and in English.

The document must be submitted in final form to the institutional mail Legal Research Centre and Socio-Legal [cij@unilibrebaq.edu.co](mailto:cij@unilibrebaq.edu.co) or [svilla@unilibrebaq.edu.co](mailto:svilla@unilibrebaq.edu.co)

Items can be:

**Article of scientific and technological research.** Document presents, in detail, the original results of research projects completed. The structure generally used contains four important sections: introduction, methodology, results and conclusions.

**Reflection article.** Document that presents finished research results from an analytical perspective, interpretative or critical of the author, on a specific subject, resorting to original sources.

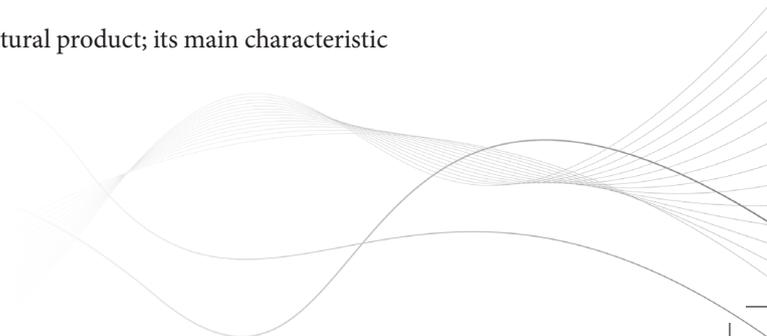
**Review article.** Document result of a finished research where it is analyzed, systematized and integrated research results published or unpublished, on a field of science or technology, in order to account for the progress and development trends. It is characterized by presenting a careful bibliographic review of at least 50 references.

**Short article.** A brief text presenting the original or part of a scientific or technological research preliminary results, which usually require a quick diffusion.

**Case report.** Document that presents the results of a study on a particular situation in order to publicize the technical and methodological experiences considered in a specific case. It includes a systematic review of literature on similar cases.

**Topic Review.** A document resulting from a critical review of the literature on a particular topic.

**Review:** Written brief that informs and values while a work or a cultural product; its main characteristic is to describe and issue a value judgment for or against.



**Letters to the editor.** Critical, analytical or interpretative Documents published in the journal, which in the opinion of the Editorial Board constitute an important discussion of the subject by the scientific community of reference.

**Editorial.** Documento written by the editor, a member of the editorial committee or a guest researcher on orientations in the subject domain of the magazine.

**Translation.** Translations of classical texts or current or historical or transcripts of particular interest in the domain of magazine publishing documents.

**Verification of compliance with the formal requirements.** If the item does not fit any of the categories established by the journal or does not conform to the requirements of formal presentation, will be returned to the author, who may again refer to the editor(a) meets the requirements. The Editorial Committee gives priority to the publication of research articles.

**Arbitration publication.** The Editorial Committee sends the items shortlisted anonymous, national and international evaluators, who are selected for their high intellectual qualities and academic level, with master's and doctoral studies.

The magazine *Advocatus* uses the technique of blind assessment, or the writer knows what evaluator pair has been sent your article nor the evaluator know who the author of the article to qualify. Once issued the concept by the couple, the Committee reserves the right to accept the article in the version presented or request changes to it and determine its publication, which can be rejected.

Evaluation of articles written notice be given, and if accepted, authors will be informed on which number will be issued, if this is possible. Receipt of an article implies that it has not been published, accepted or is in evaluation for publication in another journal.

#### **ETHICAL RESPONSIBILITY**

Manuscripts submitted to *Advocatus* must include all information about the author (name, discipline and / or function, professional affiliation, complete mailing address, email) If the manuscript is signed by several authors, it means the author presents the text has been according to all to act on their behalf.

Definition of the author: it is considered as the author, any person who has contributed significantly to the design of the article so, the research that preceded and writing.

Submission of a manuscript implies that it is approved by all coauthors, and is not subject to any other publication in the state or in another language.

Data collection or participating in any technique is not considered criteria for the author profile.

For items with co-authorship, please fill out the submission form authors.

Each author undertakes to transfer expressly derivatives property rights of publication of his work; for it must fill the form of transfer of economic rights.

## **BIBLIOGRAPHIC REFERENCES**

Bibliographic and other types of references shall be entered in accordance with the rules of the sixth edition of the American Psychological Association (APA).

### **Articles**

Ramírez Nárdiz, A. (2008). Estudio comparado de la democracia participativa en distintos ordenamientos europeos. *Advocatus*, 25, 17-29.

### **Books and cap. books**

#### **Basic forms to complete books**

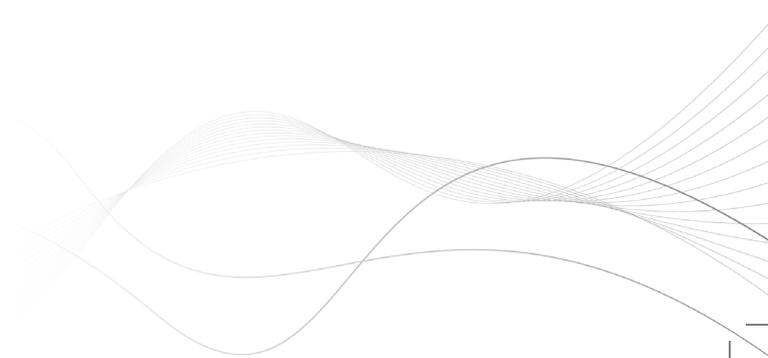
Surname, A. A. (Year). Title. City: Publisher.

Surname, A. A. (Year). Title. Available in <http://www.xxxxxx.xxx>

Surname, A. A. (Ed.) (Year). Title. City: Publisher.

#### **-Book With author**

Villa Villa, S.I. (2014). *Costumbres mercantiles en el distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla*. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.



**-Book With editor**

Barros Cantillo, N. (Ed.). (2014). ¿Es el derecho una ciencia?. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.

**Basic-Forms for a chapter in a book or entry in a reference work**

Surname, A. A. & Surname, B. B. (Year). Chapter title or entry. In

Surname, A. A. (Ed.), Book title (pp. Xx-xx). City: Publisher.

**Technical Report****Basic form**

Surname, A. A. (Year). Title. (Report No. Xxx). City: Publisher.

**Referencing a website**

Last, A. A. (Date). Page title. Place of publication: publishing house. Where the document address (URL) is extracted.

**Legislation and jurisprudence**

Republic of Colombia (2012). Act 1607, by which rules are issued in tax matters and other provisions are issued

Presidency of the Republic (2012). Decree 0019, by establishing rules to abolish or amend regulations, procedures and unnecessary procedures in Public Administration

Constitutional Court of Colombia (1992). Judgment T-533, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes.

Supreme Court of Justice. Judgment of June 6, 2012, M. P.: José Luis Barceló Camacho. Settled 38,508.

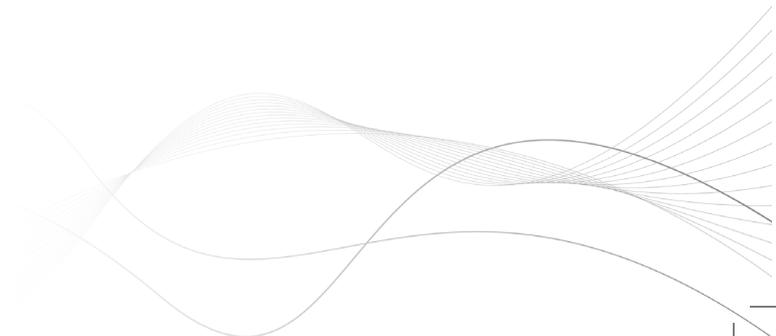
**Other courts**

European Court of Human Rights (1989). Soering judgment. United Kingdom N 14038.

- In the final part of the article should include the list of references and other sources used in alphabetical order by author or, failing that, by title, otherwise respecting the guidelines for references to footnotes.

It is the responsibility of the author get permits and rights to attach materials or illustrations from other sources.

The opinions expressed in articles published in this journal are the sole responsibility of the authors.



# ADVOCATUS

REMISIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA ADVOCATUS

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA

\_\_\_\_\_ ,

autor principal del artículo:

“ \_\_\_\_\_ ”

Certifico que las personas que relaciono a continuación son coautores del mismo y están de acuerdo en aparecer como tales, son ellos:

Coautor \_\_\_\_\_ Firma: \_\_\_\_\_

Coautor \_\_\_\_\_ Firma: \_\_\_\_\_



## CLÁUSULA DE CESIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

**CEDENTES:**

**CESIONARIO: UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL BARRANQUILLA**

**ARTÍCULO:**

, en calidad de autor del artículo denominado: “ ”,  
que se publicará en la revista *Advocatus*, por la Editorial de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla manifiesto que cedo a título gratuito la totalidad de los derechos patrimoniales de autor derivados del artículo en mención, a favor de la citada publicación.

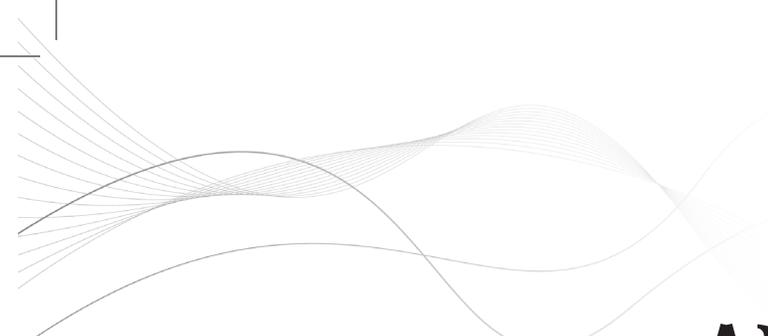
El Cedente declara que el artículo denominado: “ ”, es inédito y original, y que es de su creación, no existiendo impedimento de ninguna naturaleza para la cesión de derechos que está haciendo, respondiendo además por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir.

En virtud de la presente cesión, el CESIONARIO queda autorizado para editar, modificar parcialmente, copiar, reproducir, distribuir, publicar, comercializar el artículo objeto de la cesión, por cualquier medio digital, electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar en todo caso los derechos morales del autor contenidos en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Firma,

---

C.C.



# ADVOCATUS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y  
SOCIO-JURÍDICAS  
UNIVERSIDAD LIBRE  
SECCIONAL BARRANQUILLA

## FORMATO DE CANJES

Nombres: \_\_\_\_\_ Apellidos: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_ Ciudad: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_

Teléfono casa: \_\_\_\_\_ Teléfono oficina: \_\_\_\_\_ Teléfono móvil: \_\_\_\_\_

Fax: \_\_\_\_\_ Apartado Aéreo: \_\_\_\_\_ Documento de identidad: \_\_\_\_\_

Correo electrónico: \_\_\_\_\_

Ocupación: \_\_\_\_\_

Afiliación institucional: \_\_\_\_\_

Nombre de la revista y de la institución con la que se haría el canje: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Favor enviar este formato debidamente diligenciado a la Universidad Libre, Barranquilla, Colombia, Suramérica, en la siguiente dirección: kilómetro 7 Antigua Vía Puerto Colombia, Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas 3er. piso; oficina del editor: a la siguiente dirección de correo electrónico: [cij@unilibrebaq.edu.co](mailto:cij@unilibrebaq.edu.co), con copia obligatoria a la siguiente dirección: [svilla@unilibrebaq.edu.co](mailto:svilla@unilibrebaq.edu.co)

*Advocatus* se publica semestralmente.