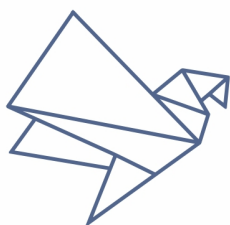


Derechos y dilemas: reflexiones jurídicas sobre Colombia

Ramsés López Santamaría
Editor

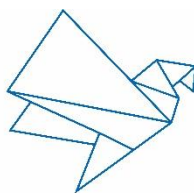
SELLO EDITORIAL UNIAUTÓNOMA DEL CAUCA



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA

Derechos y dilemas: reflexiones jurídicas sobre Colombia

Ramsés López Santamaría
Editor



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA
Desplegamos historias

Corporación Universitaria Autónoma del Cauca
Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas
Popayán, 2024

Derechos y dilemas : reflexiones jurídicas sobre Colombia / editor, Ramsés López Santamaría. -- Primera edición en español. -- Popayán : Sello Editorial Uniautónoma del Cauca, 2024.
páginas. -- (Investigaciones)

Incluye datos curriculares de los autores y editor -- Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN 978-628-7691-08-7 (impreso) -- 978-628-7691-09-4 (digital)

1. Derecho - Investigaciones - Colombia I. López Santamaría, Ramsés, editor

CDD: 349.861 ed. 23

CO-BoBN- a1135610

© Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2024

© Ramsés López Santamaría 2024. (Editor)

ISBN Impreso: 978-628-7691-08-7

ISBN Digital: 978-628-7691-09-4

Primera edición en español

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca [febrero], 2024



EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA
Investigaciones Libres

Diagramación: Sello Editorial Uniautónoma del Cauca

Corrección de estilo: Sello Editorial Uniautónoma del Cauca

Diseño de carátula: Sello Editorial Uniautónoma del Cauca

Sello Editorial Uniautónoma del Cauca

Serie: Investigaciones

Editor General de Publicaciones: Ramsés López Santamaría

Calle 5 No. 3-85

Popayán, Colombia

Teléfono: PBX: 8213000 - Fax: 8214000

<https://www.uniautonomia.edu.co/>

Info copia: 1 copia disponible en la Biblioteca Nacional de Colombia Existencias

Biblioteca Nacional de Colombia Copia Material Localización

1 libro Electrónico Biblioteca Nacional

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado: electrónico, mecánico, fotocopia, etc., sin permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

IMPRESO EN COLOMBIA

PRINTED IN COLOMBIA



Contenido

El suicidio de menores a causa del bullying, dentro de las Instituciones Educativas en Colombia.....	15
Resumen.....	15
Introducción	16
Definición conceptual sobre el bullying escolar en los menores teniendo como agente principal el suicidio	17
El bullying escolar desde la perspectiva socio jurídica	19
El suicidio en menores como consecuencia del bullying escolar desde una perspectiva de responsabilidad jurídica frente a las instituciones educativas por falta al deber de cuidado.....	20
Medidas del Estado Colombiano frente al aumento de casos de bullying, y cuál es la responsabilidad jurídica que les atañe hoy tanto a las instituciones como a los causantes de esta conducta	22
Las diferentes modalidades que existen sobre el bullying y los cambios que se han presenciado de esta conducta, teniendo en cuenta la implementación de las redes sociales en la vida cotidiana	24
El avance de la jurisprudencia frente a las nuevas modalidades de casos de bullying, virtual cyberbullying.....	27
Responsabilidad que les atañe a los causantes de la conducta de bullying	28
Conclusiones.....	30
Referencias citadas	31
Falta de insumos médicos para pacientes con cáncer.....	35
Resumen.....	35

La falta de insumos médicos utilizados para el tratamiento de pacientes con cáncer afecta el derecho a la salud y a la vida	37
El no suministro de tratamiento para el paciente oncológico vulnera derechos fundamentales	39
Afectación a la calidad de vida en pacientes oncológicos.....	42
Diagnostico jurisprudencial sobre la falta de insumos médicos utilizados para el tratamiento a pacientes con cáncer y sus derechos vulnerados	43
El acceso a la salud es para todas las personas, pero no garantiza su prestación	45
La oportuna prestación del servicio de salud garantiza el tratamiento adecuado para los pacientes con cáncer	47
Conclusiones.....	48
Referencias citadas	54
Los campesinos como sujetos de derecho de especial protección constitucional	57
Resumen.....	57
Introducción	58
Los campesinos como sujetos de derecho, población que amerita especial protección constitucional	59
Definición de campesino	59
Los campesinos como población en estado de vulnerabilidad	60
La tierra un recurso esencial para desarrollo de los campesinos	62
Diagnóstico jurisprudencial que permite establecer el trato de los campesinos como sujeto de derecho en Colombia	64
Los campesinos como sujetos de derecho debido a condiciones de vulnerabilidad y discriminación	64
Constitución de Zonas de Reserva Campesina.....	66
Desarrollo integral de la actividad agrícola en Colombia	68

Conclusiones.....	70
Referencias citadas	73
Análisis de la constitucionalidad del Artículo 81 del Decreto 960 de 1970 en relación al Derecho Fundamental del Debido Proceso.....	75
Resumen.....	75
Introducción	76
Sobre el debido proceso	77
El debido proceso como derecho a la defensa	78
El derecho a la defensa y el derecho a la prueba	80
Sobre el artículo 81 del Decreto 960 de 1970	81
La violación al derecho a la defensa y contradicción	84
Conclusiones.....	87
Referencias citadas	88
Dilemas y reflexiones sobre el espacio público en relación con el ejercicio laboral informal.....	91
Resumen.....	91
Introducción	92
El trabajo como derecho fundamental a través de la historia	93
Características del trabajo formal	94
Reflexión acerca del Trabajo informal	95
Principio de confianza legítima en materia de espacio público	99
Diagnostico Nacional y Local sobre el espacio publico	100
Conclusiones.....	101

Referencias citadas	103
Contratación sindical de profesionales de la salud en Colombia	105
Resumen.....	105
Introducción	106
Reflexión conceptual del contrato sindical en Colombia	106
El trabajador de la salud como afiliado participe del contrato sindical.....	107
La actividad asistencial de los trabajadores de la salud, configura una actividad misional permanente.....	108
Estado del arte desde las decisiones judiciales sobre el contrato sindical	110
Supremacía de la realidad sobre las formas en el contrato sindical	113
Conclusión	115
Referencias citadas	116
Problemas medio ambientales y desarrollo sostenible en Colombia. Una controversia jurídica	119
Resumen.....	119
Introducción	120
Desarrollo sostenible y derecho ambiental: conceptos, principios y desafíos	120
El ambiente sano desde la Constitución Política colombiana	121
Análisis jurisprudencial del desarrollo sostenible sin afectación medio ambiental	122
Problemática socio ambiental en ciudades pequeñas de Colombia como en el caso de Popayán (Cauca)	124
Desarrollo sostenible y su reformulación al medio ambiente	125

Implementación de políticas para el desarrollo sostenible.	127
Conclusiones.....	128
Referencias citadas	129
Delimitación del principio de seguridad jurídica a las empresas en Colombia, con relación con el régimen sancionatorio del proceso tributario 2012-2022	131
Resumen.....	131
Introducción	132
Conceptos generales del derecho tributario en Colombia	133
Los problemas de ser empresario en Colombia.....	134
Análisis documental de la evolución del régimen sancionatorio en el proceso tributario para las empresas 2012-2022.....	135
Orden institucional para la protección del principio de seguridad jurídica en cuanto al proceso sancionatorio	137
Antes.....	137
Durante	138
Después.....	139
Los errores comunes al momento de declarar impuestos	139
Conclusiones.....	141
Referencias citadas	142
Exequátur en Colombia. Revisión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el principio <i>non bis in ídem</i>	145
Resumen.....	145
Introducción	146
El alcance que tiene el Exequátur frente a la soberanía judicial	147

La autonomía en la regulación de la toma de decisiones por parte de los magistrados.	148
El principio de cosa juzgada	151
Aplicabilidad de la figura del exequátur, quiénes pueden aplicarlo y cómo debe aplicarse	152
Consecuencias del rechazo de la solicitud del exequátur	153
Beneficios de una aplicación del tratado exequátur, no exclusiva en cabeza de los magistrados	153
Conclusiones.....	154
Referencias citadas	156
 Análisis constitucional y jurídico: el libre desarrollo de la personalidad en instituciones educativas de orden religioso en Colombia	 159
Resumen.....	159
Introducción	160
Libre desarrollo de la personalidad	161
Dilemas éticos y derechos estudiantiles.....	165
La jurisprudencia en Colombia.....	167
Conclusiones.....	170
Referencias bibliográficas	171
 Responsabilidad del Estado a causa del uso excesivo de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional.....	 173
Resumen.....	173
Abstract	174

Determinar los elementos de la responsabilidad (daño antijurídico y la imputación y relación causalidad) administrativa del Estado	174
Daño Antijurídico.....	177
Nexo Causal.....	180
Describir la Responsabilidad Administrativa del Estado desde la óptica de la falla en el servicio	181
El deber del funcionamiento de las entidades Estatales	182
Falla del servicio.....	184
Diferencia entre falla del servicio y falla presunta	184
Acceso a la justicia administrativa	185
Falla presunta.....	186
Riesgo excepcional.....	187
Analizar casos concretos de la Responsabilidad Administrativa de la Policía por falla en el servicio	189
Término que se tiene para presentar demanda de reparación directa	190
Deber de la función pública a cargo de la Policía Nacional	191
Casos referentes del Consejo de Estado sobre la falla en el servicio	192
Conclusiones.....	194
Referencias citadas	195
Falsas ciencias y su regulación en Colombia.....	199
Resumen.....	199
Introducción	200
Las falsas medicinas y cómo afecta su aplicación sin regulaciones efectivas en la sociedad	201
El impacto de las falsas ciencias en la sociedad, particularmente en el campo de la medicina.....	202
La necesidad de una mayor divulgación científica.....	204

Las celebridades han desempeñado un papel decisivo en la promoción de dudosas curas milagrosas	206
La creciente difusión de la pseudociencia, especialmente cuando es promovida por científicos respetados	207
El detrimento patrimonial de las personas que acuden a las falsas ciencias mediante engaños	208
Análisis Jurisprudencial, específicamente en el campo de los medicamentos no aprobados por el INVIMA o tratamientos de medicina alternativa que no incluye el POS y lo que esto implica para la salud pública	208
Tratamientos de medicina alternativa, ¿se vulneran los derechos al no suministrar este tipo de tratamientos?	209
Conexidad de mayor importancia entre la sentencia T-654 de 2010 y T-105 de 2015	210
El daño y la responsabilidad de las instituciones o entidades prestadoras de servicios de salud	210
Régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad en el caso en cuestión.....	211
La responsabilidad general de todas las entidades que prestan un servicio de salud	212
¿Se debe declarar la responsabilidad del estado a título de falla en el servicio por el uso de falsas ciencias que puedan causar secuelas, lesiones o incluso la muerte a las personas?	213
Derechos y deberes de los consumidores	214
Derecho a recibir productos de calidad	214
Conclusión	215
Referencias citadas	216
Desafíos de la inclusión social en Colombia: explorando el racismo y la discriminación desde una perspectiva socio-jurídica	217
Resumen.....	217

Introducción	218
Nociones sobre racismo	219
Perspectivas socio-jurídicas del racismo	220
Desigualdad estructural	221
Violencia racial.....	222
Estereotipos y prejuicios.....	224
Falta de reconocimiento y participación.....	225
Diagnóstico jurisprudencial sobre el tratamiento de la discriminación racial	225
Desafíos en la aplicación de las normas	226
Sensibilidad y Educación	232
Conclusiones.....	233
Referencias citadas	234
 Garantías en el derecho laboral alemán y colombiano: posible importación de estructuras jurídicas.....	 237
Resumen.....	237
Introducción	238
Paralelo entre normativas.....	239
Diagnóstico legal	247
Conclusión	250
Referencias citadas	251
 Análisis jurídico de las garantías laborales para los campesinos en Colombia	 253
Resumen.....	253

Introducción	254
Realidad laboral del sector agropecuario colombiano: desafíos históricos, sociales y legales	255
Análisis jurisprudencial y normativo	262
Situación actual de los derechos laborales del campesino colombiano	269
Conclusiones.....	272
Referencias citadas	273

El suicidio de menores a causa del bullying, dentro de las Instituciones Educativas en Colombia

*Alba María Betancourt Nupan¹
Ramsés López Santamaría²*

Resumen

Este capítulo de investigación tiene como propósito hacer un análisis de las disposiciones normativas establecidas en el marco jurídico colombiano frente al tema del suicidio de menores por causa del bullying escolar, de igual manera realizar el análisis sistemático de sentencias proferidas por la Corte Constitucional de Colombia, en relación con la eficacia de medidas que deben tomarse en casos en donde estén inmersas las instituciones educativas de formación básica primaria y media.

Con la anterior, se pretende analizar el alcance frente a sanciones existentes a este tipo de sucesos; es decir, si son lo suficientemente claras para que las instituciones eviten enfrentarse a un proceso jurídico y, por el contrario, opten por soluciones para controlar que estos hechos tan lamentables sigan ocurriendo.

1 Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca.

2 Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomadeuca.edu.co

De esta manera, se busca determinar cuál es el grado de responsabilidad que las instituciones educativas enfrentan, a sabiendas del deber que tienen como garantes de derechos constitucionales como la educación.

Introducción

En los últimos años, dentro de las instituciones educativas colombianas se ha venido presentando el aumento de casos de bullying; el cual, como lo menciona Palacio y Espinosa (2022) en su investigación “se considera un riesgo incomprendido para el bienestar de los niños y jóvenes” (Unicef, s.f., como se citó en Kilbane, s.f.).

Según estadísticas de un estudio realizado por Paredes, Álvarez, Lega y Vernon (2008), "sobre el fenómeno del hostigamiento entre pares o bullying en instituciones de la ciudad de Cali, los porcentajes de bullying fueron del 24,7%", y en colegios de la Ciudad de Bogotá por Cepeda, Pacheco, García y Piraquive (2008), un porcentaje del 21,8% confirmando el aumento de víctimas a causa de este fenómeno, razón por la cual, es de gran importancia analizar aspectos jurídicos inmersos en el tema que sancionen a los responsables de proteger un derecho fundamental como es la vida.

Por esta razón, a través de esta investigación se pretende dar a conocer los diferentes puntos de vista desde lo jurisprudencial con relación al tema a desarrollar, haciendo más comprensible la relación jurídica que tienen las instituciones educativas frente al tema de suicidio a causa del bullying.

En este sentido, la Corte Constitucional, según análisis respecto la responsabilidad en sentencia T-562/2014, ha mencionado una estrategia para mejorar las relaciones entre los estudiantes dentro de las instalaciones educativas como lo son los programas que orienten hacia el respeto y resaltan la protección de la dignidad humana; lo cual, menciona, que no solo está en cabeza de las instituciones sino también de la familia, la sociedad y el Estado. En la misma menciona que,

“El proceso disciplinario puede culminar con una sanción de los alumnos responsables. Sin embargo, dicho proceso puede en algunos casos ser insuficiente para asegurar el goce efectivo de los derechos constitucionales vulnerados por quienes cometieron la falta disciplinaria” sentencia T- 562/2014

Sumado a lo anterior, en sentencia T 905- /11 la Corte Constitucional analiza el caso de una menor que fue víctima de bullying en el que se encuentra como problema jurídico lo siguiente, “¿Vulneran los derechos fundamentales de una niña, los actos de coerción y burla a los que es sometida por algunos de sus compañeros de clase, a pesar de haberse aplicado el respectivo manual de convivencia y de haberse impartido las sanciones correspondientes?”.

De esta manera, luego de exponer el tema y analizarlo desde la jurisprudencia, muestra el enfoque por el cual se pretende resolver la presente investigación, a través de un análisis de responsabilidad según el siguiente problema: ¿Cuál es la responsabilidad jurídica de las entidades educativas frente a casos de suicidios a causa del bullying escolar en Colombia?

Al respecto, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (pacto de San José), artículo 19 Derechos del Niño, enfatiza que, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Finalmente, y teniendo claro que el método de investigación es el análisis sistemático de sentencias proferidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de justicia, por medio del cual se hará el respectivo desarrollo a la pregunta formulada, se podrá concluir si efectivamente existe o no responsabilidad penal en contra de las instituciones de educación en donde se perpetúan estas conductas de matoneo o bullying.

Definición conceptual sobre el bullying escolar en los menores teniendo como agente principal el suicidio

En cuanto a la definición que en materia doctrinal sobre el bullying escolar de menores en Colombia teniendo como agente principal el suicidio, Dan Olweus menciona que: “Un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes.” (Olweus 1993), en el mismo sentido, Cerezo (2009) lo define como

“conjunto de conductas agresivas, entendidas como los ataques repetitivos – físicos, psicosociales o verbales–, de determinados escolares que están en

posición de poder sobre aquellos que son débiles frente a ellos, con la intención de causarles dolor para su propia gratificación”.

De la misma manera, Smith y Sharp (2002), puntualizan el concepto sobre bullying como elabuso sistemático; igualmente, Martínez (2022) alude que son a aquellas conductas que tienen que ver con la intimidación, tetanización, amenazas e insultos, como también, la UNICEF se refiere frente a esta conducta como un fenómeno común en los entornos escolares de países de la América Latina y el Caribe.

En este sentido, Caroline Hunt (2015), en su investigación presenta diferentes métodos de prevención, Chaux (2012) por su lado, propone promover la convivencia pacífica desde la escuela siendo estas contribuciones que la educación puede hacer a la sociedad actual y a la futura.

Anudado a lo anterior, Tasende (2018), menciona desde la responsabilidad legal “el de suministrar el servicio educativo en una atmósfera saludable, donde se garantice la observancia a la dignidad humana y a los derechos inherentes a la calidad de persona, mediante la prevención y efectiva sanción a los comportamientos de naturaleza vil para con el estudiante”.

Del mismo modo, otros autores como Emilio Azúa Fuentes, Pedro Rojas Carvallo, Sergio Ruiz Poblete relacionan el tema del bullying como abuso de poder sistematizado, lo cual hace visible el problema frente a los directivos de las instituciones al presentarse de manera física, verbal, exclusión social, entre otras (Azúa, Rojas & Ruiz, 2020). Enfatiza el deber que tienen los directivos de las instituciones de proteger derechos fundamentales de los menores, según Céspedes (2017), por omitir y transgredir en forma total, parcial, tardía o defectuosa el deber de cuidado, protección y seguridad de los niños que reciben en sus instituciones educativas dentro de los horarios de estudio.

Anudado a lo anterior, Según la Sentencia de la corte Constitucional T- 562/2014 se refiere al bullying o acoso como

“fenómeno social y una forma de maltrato específico, intencional, perjudicial, reiterado, continuo, discriminatorio y persistente de un estudiante o grupo de estudiantes hacia otro compañero, que generalmente se presenta en el ámbito escolar (pág.1).

Cabe mencionar, que la presencia de este fenómeno termina por dejar secuelas en la víctima, por lo que es conveniente resaltar la importancia que

representa la salud de forma integral para el buen desarrollo de los menores dentro de la sociedad, al estar relacionada con la parte psíquica, física, emocional y social de la persona, en este caso del menor. Lo que quiere decir que está bajo la responsabilidad no solo de la institución sino también del Estado y la familia restablecer este derecho en el caso de que haya sido vulnerado.

Igualmente, la Sentencia de la corte constitucional T-281A/2016, define el bullying como “El Bullying es una agresión que se caracteriza por ser intencional, envolver un desequilibrio de poder entre un agresor y una víctima, ser repetitiva y producir efectos en el transcurso del tiempo” (p. 1)

Respecto a lo anterior, es importante resaltar que a través de las diferentes investigaciones se ha logrado detectar distintas modalidades de bullying inmersas en las instituciones educativas, por lo que teniendo conocimiento de sus indicios se ha logrado interrumpir el proceso y de este modo evitar que se convierta en una conducta como lo es el bullying.

Por otro lado, la jurisprudencia ha dicho sobre el concepto y alcance del término bullying escolar en menores, a través de la corte constitucional en sentencia T-168/2022 lo siguiente “(...) el acoso escolar como una agresión que es: (intencional, (ii) representa un desequilibrio de poder entre el agresor (individual o grupal) y la víctima, (iii) es repetitiva, afecta directamente la comunicación” (p. 2).

Por consiguiente, según lo manifestado en la jurisprudencia de los últimos años se entiende que el bullying es la perpetuación en secuencia de los hechos de violencia sobre una misma persona, por lo cual, es responsabilidad de los garantes de cuidar los derechos los menores como deber jurídico que tienen, para detectar a tiempo las manifestaciones de violencia que se están generando dentro de las instituciones educativas, con la finalidad de impedir que se configure esta conducta llamada bullying.

El bullying escolar desde la perspectiva socio jurídica

El bullying o también llamado acoso escolar, en la actualidad se clasifica como una problemática social, teniendo en cuenta que a las víctimas considerados sujeto de especial protección se les vulnera sus derechos fundamentales, como lo menciona Attawell (2021) “Es una violación de los derechos de los niños y adolescentes a la educación, la salud y el bienestar”.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que dentro de las manifestaciones de violencia a menores dentro de las instituciones educativas dependiendo del nivel en que esta se presenten se puede configurar una conducta como lo es el bullying, sin embargo en ocasiones puede haber confusión respecto a este tema, se hace la aclaración respecto a lo que se debe considerar como bullying mencionando que no todo insulto, desprecio o displicencia debe tenerse en cuenta como una forma de acoso o maltrato, según la doctrina, la conducta a analizar debe acreditar cuando menos tres elementos: intencionalidad, reiteración y desequilibrio.

De lo anterior, respecto de lo dicho por la jurisprudencia sobre este tema, en la que menciona que la repetición de un hecho violento ya sea de forma física o verbal sobre la misma persona, se puede considerar bullying o acoso escolar, por esta razón en casos donde se ha presentado esta conducta dentro de la institución educativa y esta no le ha prestado la atención necesaria para evitar que se configure la conducta, se la ha considerado responsable jurídicamente.

Es así, como en la Sentencia de la Corte Constitucional T-168/2022 se hace referencia al deber de protección que tienen las instituciones con sus estudiantes, y, por lo tanto, se deba implementar políticas y protocolos por medio de los cuales se llegue a una atención oportuna para evitar hechos lamentables como lo es el suicidio.

Por lo tanto, como lo menciona el autor Morales (2019) en su obra sobre la importancia de, “(...) Garantizar el ejercicio de los derechos a la vida, la integridad y la libertad personales de los miembros de la comunidad educativa, así como para prevenir y mitigar el maltrato escolar (...)”.

El suicidio en menores como consecuencia del bullying escolar desde una perspectiva de responsabilidad jurídica frente a las instituciones educativas por falta al deber de cuidado

En los últimos años, el bullying a menores dentro de las instituciones se ha vuelto más frecuente, situación por la cual se convirtió en uno de los temas de investigación por parte de los responsables de velar que estas entidades cumplan con sus deberes que tienen como garantes de derechos de menores.

Por esta razón, la responsabilidad es uno de los temas principales al momento de evaluar este tipo de conducta cuando se ha presentado en menores dentro de las instituciones educativas, es así como Martínez (2016), hace referencia sobre el

deber de cuidado que tienen estas entidades con los estudiantes; y por el contrario, en casos en los cuales estas no sean suficientemente protectoras y se llegara a presentar afectaciones entre los estudiantes como el bullying, violencia sexual etc., serían consideradas responsables por ser negligentes por el hecho de no actuar a tiempo he impedir que se produzcan dichos resultados que atentan contra integridad física, emocional o moral de los menores, por lo cual serán consideradas responsable civilmente, o en otros casos en el pago de indemnizaciones de orden pecuniario.

De este modo, dentro de la constitución política de Colombia en su artículo 44 establece el deber de protección que se debe tener frente a los derechos de los menores, en el cual menciona lo siguiente

“Los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra toda formade abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral económica y trabajos riesgosos”. (Const.1991, art. 44)

Igualmente, en el Código de Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006), artículo 43

“Establece la misión que tienen las instituciones educativas frente al derecho de los niños, niñas y adolescentes de protegerlos contra toda forma de maltrato, agresión física osicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores, como también el de establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo”

Así mismo, el Ministerio de Justicia y del Derecho expresa que le concierne la responsabilidad al colegio o institución educativa de los daños o lesiones causados por uno (o varios) estudiante menor de edad hacia otro, mientras estos hechos sean causados cuandoaquellos se encuentren en custodia del colegio.

Tal es el caso que presenta la Sentencia T-252/2023, donde se encuentra involucrado el menor TBQ como víctima de bullying dentro de las instalación educativa IABC, en este caso la institución es considerada responsable por la omisión en la posición de garante que tiene, toda vez que, la madre del menor luego de percatarse de la situación por la que estaba atravesando su hijo, y poner en consideración a la institución IABC de dichos sucesos, esta hace caso omiso a la misma, por tal razón la sala sostiene que es responsabilidad de las instituciones velar por el bienestar del menor cuando este dentro de la institución,

con lo anterior recordando la obligación que estas tienen frente a la protección de derechos de los menores.

Medidas del Estado Colombiano frente al aumento de casos de bullying, y cuál es la responsabilidad jurídica que les atañe hoy tanto a las instituciones como a los causantes de esta conducta

La responsabilidad jurídica, es un tema al que se han tenido que enfrentar algunas instituciones educativas en casos de bullying que no fueron manejados correctamente y a tiempo por parte de estas, cuando a sabiendas de que existe un conducto regular establecido dentro del manual de convivencia, en el cual expresa de manera clara y concisa los pasos a seguir frente a estas situaciones, estos no son aplicados en el momento en que se debería, por el contrario, su omisión despliega una serie de situaciones inadecuadas que vulneran los derechos fundamentales de menores sujetos de especial protección.

Por lo anterior, cabe resaltar que el incremento de casos de bullying en las instalaciones educativas de Colombia cada día es mayor, siendo estos los motivos que han alarmado a los diferentes entes encargados de velar por el buen funcionamiento de los mismos, por lo que se vieron en la necesidad tanto de implementar como el de crear nuevas normas jurídicas que regulen la convivencia, el comportamiento y la relación entre sí, dentro de las instituciones educativas. El aumento de esta conducta ha traído consigo afectaciones no solo a la integridad física sino también de tipo moral.

Por esta razón, el primero en tomar medidas en el asunto fue el Gobierno Nacional, el cual viendo la precaria situación por lo que están atravesando los menores víctimas de este flagelo, junto con sus padres y las instituciones, al enfrentarse a los acontecimientos de esta conducta con normas poco eficientes, se vio en la necesidad de expedir la Ley 1620 del 2015 de Marzo de 2013 en la cual en su artículo 30 hace énfasis al manejo en cuanto a la prevención de diferentes factores que promuevan situaciones que conduzcan a la vulneración de los derechos fundamentales de los menores, en el que menciona como propósito,

“(…) disminuir en su comportamiento el impacto de las condiciones del contexto económico, social, cultural y familiar. Incide sobre las causas que puedan potencialmente originar la problemática de la violencia escolar, sobre sus factores precipitantes en la familia y en los espacios sustitutivos de vida familiar, que se manifiestan en comportamientos violentos que vulneran los derechos de los

demás, y por tanto quienes los manifiestan están en riesgo potencial de ser sujetos de violencia o de ser agentes de la misma en el contexto escolar (...).”

Igualmente, en los casos en que aun luego de haber agotado los protocolos que se encuentran dentro del manual de convivencia no se ha logrado obtener un resultado favorable frente a la situación de violencia que se está presentando en la institución, es necesario proceder a otras instancias, así como lo menciona ley 1620 de 2015 artículo 31:

“(…) serán trasladadas por el rector de la institución, de conformidad con las decisiones del Comité Escolar de Convivencia, al ICBF, la Comisaria de Familia, la Personería Municipal o Distrital o a la Policía de Infancia y Adolescencia, según corresponda (...).”

Por esta razón, el avance de la jurisprudencia se considera primordial para el manejo de los nuevos casos que se presentan respecto de esta problemática social, la cual como se ha mencionado anteriormente está afectando a la población más vulnerable de nuestro país, por lo tanto, a través de los diferentes análisis de Sentencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, proferidos en los últimos años, sirven de apoyo para las decisiones finales que se tengan al momento del fallo, con lo cual se llegue a un veredicto más justo y equitativo para los implicados en el asunto, especialmente para el bienestar de los menores.

En consecuencia, en sentencia del Consejo de Estado se expone el caso de un menor que fue víctima de maltrato físico y psicológico causado por sus compañeros, aunque por falta de pruebas de la demandante el fallo fue a favor de la Institución Educativa, la corte precisa el deber que tienen las instituciones frente a casos que se presenten dentro de las mismas, Sentencia Consejo de Estado del 16 de julio de dos mil quince Expediente: 11001-03-15-000-2014-03725-00. Pág. 44.

“Respecto a lo anterior, para la Sala es claro que los estudiantes pasan la mayor parte de su tiempo en el colegio y quien debe detectar las situaciones anómalas de comportamiento son las instituciones educativas, sin embargo, en el caso de marras se evidencia una omisión clara en el cumplimiento de esta obligación de carácter legal”.

Por otro lado, la última sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia SP198-2023 del 31 de mayo de 2023, se encuentra la responsabilidad que tienen los perpetuadores de esta conducta, en la que cambia el contexto acerca del nivel

en que se ocasionen los hechos, por ende, se refiere al bullying o acoso sexual considerado como un delito de la siguiente manera:

“(…) Pueden existir comportamientos de acoso juvenil -al interior de grupos escolares, deportivos, de recreación etc.- que, ciertamente, no sean delitos, pero esa realidad, per se, no excluye que algún hecho en ese contexto sí lo sea. Para dilucidar el asunto lo determinante es examinar si se estructura una conducta típica, antijurídica y culpable como lo señala el artículo 9º del Código Penal (…)

De este modo, en la sentencia relata el caso de un menor de 13 años que es víctima de bullying por parte de sus compañeros, en el que a través de pruebas contundentes se logra tener un veredicto en el cual se responsabiliza penalmente de conducta dolosa a los implicados, además la corte reitera lo anterior sobre esta conducta en cuanto al tema penal de la siguiente manera en Sentencia de la Corte Suprema de JusticiaSP 198-2023

“(…) lo que socialmente se denomina "bullying " o "matoneo "- no lo exonera del reproche penal. Contrariamente, los hechos probados permiten edificar el convencimiento pleno sobre su culpabilidad por el desvalor implícito que hay en la decidida acción por él acometida, enderezada a violentar los derechos penalmente tutelados -atrás mencionados- de la víctima con el deplorable fin último de humillarla, ridiculizar y pisotear su dignidad para excluirla de un grupo social específico al interior del Club Yubartas (…)

Conforme a lo anterior, es preciso mencionar que los hechos victimizantes que una persona le produce a otra, en este caso a un menor, dependiendo de la gravedad de la conducta puede llegar a ocasionar daños irreparables como lo ha sido en algunos casos en que la víctima ha optado por el suicidio, por tal razón es importante el avance que ha tenido la jurisprudencia en este tema, teniendo en cuenta que por medio de los precedentes diferentes casos se han resuelto de manera justa.

Las diferentes modalidades que existen sobre el bullying y los cambios que se han presenciado de esta conducta, teniendo en cuenta la implementación de las redes sociales en la vida cotidiana

Como se ha mencionado anteriormente, el bullying o acoso escolar se puede presentar a través de diferentes modalidades, en algunas ocasiones puede ser notorio, pero en otras se puede presentar de forma invisible, lo cual lo hace más peligroso cuando se trata de personas vulnerables como lo son los menores, así como lo menciona Álvarez (2013) las cuales pueden ser de las siguientes formas:

- *Físicas*

- Bullying directo: aquellos maltratos contra el cuerpo pueden ser golpear o empujar.
- Bullying indirecto: agresiones contra la propiedad, como robar o romper.
- Bullying verbal: ataques que contienen insultos, burlas o calumnias.
- Bullying sexual: es cuando se presenta un acoso o abuso sexual.

- *Psicológicas*

Abordan y degradan la autoestima, fomentan la inseguridad y el temor. Cabe resaltar que la presencia de esta forma de bullying está inmersa en todas las formas de maltrato.

Con lo anterior, en los últimos tiempos el avance de las nuevas tecnologías y su implementación en la vida cotidiana ha sido de gran ayuda para el desarrollo e interacción de la sociedad, pero es evidente que con ella también se han presentado cambios en el comportamiento del ser de la persona, trayendo consigo la presencia de situaciones que han perturbado el desarrollo y la convivencia de las mismas.

Con lo anterior, se puede ver que este fenómeno ha tenido cambios conforme el avance de las nuevas tecnologías. Desafortunadamente y es evidente que algunas personas han optado por darle un mal uso a estas herramientas causando daños a otras, como es el caso del bullying a través de redes sociales.

Con lo anterior, la Sentencia T- 365/2014 menciona la aparición de una nueva modalidad de bullying en el medio virtual, o también llamado como

“Cibermatoneo, ciberacoso” o ‘cyberbullying, en ella alude, lo siguiente “el bullying en el ambiente virtual, donde el autor utiliza las herramientas de la tecnología de la información y la comunicación, en especial de la internet y el celular, para maltratar a sus compañeros. De acuerdo con el sitio de internet Public Safety Canadá (2008), el cyberbullying consiste en el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación para amenazar físicamente, asediar verbalmente o excluir socialmente a un individuo de un grupo”.

Por tal razón, esta conducta se ha fortalecido con las herramientas que ofrece las nuevas tecnologías, como es el caso del de la nueva modalidad bullying a través de medioselectrónicos efectuada por adolescentes; la cual, se ha convertido en un problema que preocupa no solo a las instituciones educativas sino también a la sociedad en general; toda vez que, en la mayor parte de las actividades realizadas a diario se requiere del uso de implementos tecnológicos para el desarrollo de las misma, por lo que se facilita que se produzca la realización de esta conducta entre los menores.

Sin embargo, pese a que en las instituciones educativas ya cuentan con un manual de convivencia no ha sido suficiente, pues dentro de este no existía el avance que ha tenido las nuevas tecnologías, por lo que el aumento de casos en los últimos tiempos ha sido considerable, las razones son varias; entre las más comunes está la dificultad de control que se le puede dar a la misma.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los estudiantes de hoy en día ya manejan sus propias herramientas tecnológicas como puede ser el celular, computador etc., lo cual les facilita realizar diferentes actividades en las que se consideran personales, esto ha complicado la supervisión y control por parte de las entidades educativas como también de los mismos padres de familia, pues, es imprevisible saber que el estudiante o hijo le está dando un buen o mal uso.

La otra de las razones, que están perjudicando desarrollo del comportamiento de los estudiantes es la indiferencia a la misma conducta, a simple vista un mensaje de texto yasea por cualquiera de los medios (WhatsApp, Facebook , etc.), no puede ser considerado peligroso para un menor, pero por el contrario, si el contenido del mensaje resulta ser violento o con intenciones de dañar el bienestar de otro menor, y además es repetitivo, al notener un control sobre este, la probabilidad de que se convierta en bullying o acoso escolar es alta. Por esta razón es que el no actuar a tiempo puede traer consecuencias tanto para el menor violentado como para los que lo rodean.

Hoy en día, la presencia de esta conducta está en todas partes, la facilidad con que los menores logran manejar estas herramientas lo ha hecho aún más complicado para el control de la misma, tanto por parte de las instituciones educativas, como de padres y las autoridades en general.

Por esta razón, en un comienzo el avance de estas tecnologías para las instituciones fue una situación compleja, toda vez que, dentro del manual de convivencia no existía el manejo en cuanto a situaciones de bullying perpetuado

a través de estas herramientas tecnológicas, es así como en los últimos años, debido al aumento y cambio de la modalidad de esta conducta, el gobierno se vio en la necesidad de implementar leyes que regulen y que sean de apoyo para las instituciones cuando se tengan que enfrentar a estas situaciones.

El avance de la jurisprudencia frente a las nuevas modalidades de casos de bullying, virtual cyberbullying

El avance de las nuevas tecnologías dentro del comportamiento de los estudiantes se ha convertido en un reto de investigación y compromiso por parte de las entidades encargadas de velar por el buen funcionamiento de estas, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de esta comunidad como lo son los menores, teniendo en cuenta que con su llegada la modalidad de bullying o acoso escolar ha cambiado por el uso de las nuevas herramientas tecnológicas.

Por esta razón, es que en la jurisprudencia de hoy en día es común encontrar algunos términos como el cyberbullying, cibermatoneo o ciberacoso, entendiendo que la llegada de las nuevas tecnologías ha hecho que esta problemática conocida actualmente como bullying tenga un incremento dentro de las instituciones, teniendo en cuenta que los estudiantes de hoy en día utilizan herramientas tecnológicas para la perpetuación de esta conducta sobre otro compañero, así como lo menciona la Sentencia T- 365 /14

“el bullying en el ambiente virtual, donde el autor utiliza las herramientas de la tecnología de la información y la comunicación, en especial de la internet y el celular, para maltratar a sus compañeros. De acuerdo con el sitio de internet Public Safety Canadá (2008), el cyberbullying consiste en el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación para amenazar físicamente, asediar verbalmente o excluir socialmente a un individuo de un grupo”.

Es necesario resaltar que, cuando se refiere a herramientas tecnológicas las más comunes son, el celular y el internet, por medio de las cuales se tiene acceso a las redes sociales tales como WhatsApp, Facebook, mensaje de texto, llamadas también aplicaciones, estas con el paso del tiempo se han convertido en una parte fundamental para la comunicación y desarrollo de la sociedad en general, el problema recae sobre el uso de quienes las utilizan, y como bien se sabe, en gran parte el acceso que tienen los menores a estas es común hoy en día, situación por la cual surge el cyberbullying y su regulación por parte de las entidades de control, tal como lo menciona la sentencia T-252/2023:

“la Corte dispuso las reglas jurisprudenciales aplicables a los asuntos de acoso en redes sociales, las cuales determinan el comportamiento de amenaza o cyberbullying en espacios digitales y que tienen como propósito no solamente proteger los derechos fundamentales a la intimidad, a la imagen, al buen nombre y a la honra, sino también establecer límites al derecho a la libertad de expresión”.

De la misma manera, la jurisprudencia llama la atención en cuanto al peligro trae consigo esta conducta hoy en día, la cual si no se controla a tiempo puede llegar a producir hechos lamentables, así lo menciona en la sentencia T- 365/ 2014 *“El cyberbullying es una situación que pone a quienes lo sufren en alto riesgo de problemas graves como bajo rendimiento académico, la ansiedad, la depresión y, como se mencionó anteriormente, incluso en riesgo de suicidio”*.

Responsabilidad que les atañe a los causantes de la conducta de bullying

Como se mencionó anteriormente, cuando se presentan casos de bullying en menores, la responsabilidad está en cabeza de los encargados de velar por el bienestar de los derechos de los menores o como es el caso de las instituciones y el del Estado, así como lo mencionala Sentencia T-252/2023

“Conforme a la jurisprudencia constitucional, tanto el Estado como las instituciones educativas tienen el deber de adoptar medidas tendientes a proteger el derecho fundamental a la educación conforme al criterio de interés superior del niño y de activar rutas que prevengan, detecten y atiendan los casos de acoso escolar”.

En el mismo sentido la sentencia T-168/2022 también hace alusión respecto de los reglamentos que deben tener en cuenta las instituciones garantes del bienestar de los menores por estar bajo su cargo, de esta manera menciona que las instituciones educativas ya sean públicas o privadas han tenido autonomía para establecer sus reglamentos, pero, pese a esto, no deben olvidar lo que encuentra establecido en la Constitución Política, la Ley y la Jurisprudencia.

Por consiguiente, la corte hace un llamado a las instituciones como responsables del bienestar de los menores para que, por medio de su vigilancia y control, se interrumpa el avance hecho que puedan llegar a ser lamentables como es el de afectar uno de los bienes jurídicos más importante como es la vida, es por eso que en la Sentencia T-478/2015 menciona:

“(…) que no se privilegien las actuaciones penales para resolver conflictos que tiene una honda influencia en la vida futura de los menores de edad, sino que se piense en la opción punitiva como última ratio en la resolución de conflictos al interior de los centros académicos”

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, se pronuncia ampliando aún más la responsabilidad, a través de la Sentencia STL 22065-2017 con Rad. T.77133, en la que menciona lo siguiente:

“La familia, los establecimientos educativos, la sociedad y el Estado son corresponsables de la formación ciudadana, la promoción de la convivencia escolar, la educación para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes desde sus respectivos ámbitos de acción, en torno a los objetivos del Sistema y de conformidad con lo consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

Con lo anterior y no menos importante, dentro del trámite sancionatorio se encuentra el tema de la responsabilidad cuando el involucrado como infractor es un menor de edad, en estos casos la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-917 de 2006 ha mencionado entre otros, dos puntos importantes a tener en cuenta, como lo son la edad del infractor y su grado de madurez psicológica.

En vista de lo anterior, y a la poca efectividad de las instituciones como las demás entidades responsables de propender el bienestar de los menores, la corte le ha ordenado al Ministerio de Educación a través de la Sentencia T- 281A/2016,

“(…) disposiciones encaminadas a implementar mecanismos de detección temprana, acción oportuna, acompañamiento y seguimiento a casos de acoso escolar y de esa forma evitar episodios futuros lamentables como el reseñado”.

Por consiguiente, otro tema de gran importancia dentro del análisis de esta situación es el debido proceso, pese a lo establecido en los manuales de convivencia de los planteles educativos, se ha presenciado que estos tienen muchas falencias al momento de ejecutarlo, es por esto que a través de la Sentencia T-281A/2016 la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

“(…) pese a la amplia potestad que tienen los planteles educativos para ejercer acciones disciplinarias sobre sus estudiantes, las investigaciones disciplinarias que promuevan sobre ellos deben estar precedidas de un procedimiento que contemple la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, presentar y controvertir pruebas entre otras (…)

Conclusiones

Luego de planteado el problema jurídico ¿Cuál es la responsabilidad jurídica de las entidades educativas frente a casos de suicidios a causa del bullying escolar en Colombia?, como también lo investigado a través de los diversos autores, doctrina, sentencias, análisis, referencias etc. Es posible determinar el grado de responsabilidad que tienen las instituciones frente a la incógnita propuesta en este trabajo de investigación, según el código civil colombiano, artículo 2347 Responsabilidad por el hecho propio y de las personas a cargo, “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Por otro lado, Pérez y Pérez (2016), afirma que, los padres transfieren al colegio una especie de guarda de hecho que impone al centro un deber de objetivo de cuidado, control y vigilancia sobre los menores; en el mismo sentido, Orozco, Méndez y García (2015), menciona a la comunicación entre padres, institución y alumnos, como fuente principal dentro de una propuesta para desarticular esta problemática como lo es el bullying en menores.

En consecuencia, lo anterior confirma la existencia de responsabilidad por parte de las instituciones educativas frente a la tesis mencionada anteriormente; toda vez que, luego de un análisis jurisprudencial la corte constitucional hace la aclaración que para efectos de responsabilidad se debe tener en cuenta el deber que tienen como instituciones frente a la protección de los derechos fundamentales de los menores, según investigación de Ruiz (2016), enfatiza la necesidad de “la creación de los Comités de Convivencia Escolar y la aplicación de la Ruta Integral de Atención, concebida como herramienta principal de la Ley”, de igual manera lo manifiesta Turriago, Galindo y Zuain (2017).

De este modo, tanto la normativa como la jurisprudencia mencionan el deber de las instituciones educativas de implementar políticas y protocolos que aumente la seguridad dentro de las aulas de clases y a su vez, el de cumplir con los ya establecido como es el caso de la constitución política de Colombia de 1991 frente al deber de preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cuanto a los protocolos, en una investigación de Arias y García (2017), menciona que teniendo el conocimiento de alguna denuncia frente a la presencia de casos de bullying debe ser puesta en conocimiento de manera inmediata al Comité de Convivencia Escolar, para que ellos procedan a la iniciación del procedimiento de solución del conflicto.

De lo mencionado anteriormente, se puede concluir la importancia que tienen las instituciones al momento de actuar frente a la presencia de conductas irregulares de parte de los estudiantes, con el fin de aplicar los mecanismos que existan tanto para la prevención como regulación de esta; y así, evitar que ocurran sucesos lamentables en los que se encuentren responsables jurídicamente no solo el agresor (es) sino también la institución.

La Universidad de Los Andes y la Corporación Convivencia Productiva en el 2007 pusieron en marcha el programa “Aulas en paz”: “Este programa está inspirado en el Programa de Prevención en Montreal, pero su acento radica en estrategias pedagógicas para el desarrollo de competencias ciudadanas relacionadas con la agresión, el manejo de los conflictos y la intimidación” (Contreras, 2013).

Para finalizar, en la investigación realizada por Jaramillo (2015), menciona dos mecanismos que son de vital importancia como lo son la mediación y el diálogo los cuales ayudan a que los conflictos se solucionen mediante el acuerdo entre ambas partes involucradas y se libere la presión social que una de las partes pueda o quiera ejercer sobre la otra. Los estudios y teorías sobre este tema han señalado la efectividad de estos dos mecanismos para la reconciliación, mecanismos que deben ser utilizados a tiempo para evitar un problema mayor.

Referencias citadas

- Arias Vásquez, E., & García Montoya, D. A. (2017). Intervención de las instituciones educativas del municipio de Tuluá-Valle en los casos de bullying denunciados en ellas, frente a la ley 1620 de 2013, desde su entrada en vigencia (Bachelor's thesis, Derecho). <https://repositorio.uceva.edu.co/bitstream/handle/20.500.12993/3319/T0026850.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 44. <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-44>
- Azua, E., Rojas, P., & Ruiz, S. (2020). Acoso escolar (bullying) como factor de riesgo de depresión y suicidio. SciELO, 2. <https://www.scielo.cl/pdf/rcp/v91n3/0370-4106-rcp-rchped-v91i3-1230.pdf>

- Cepeda-Cuervo, E., Pacheco-Durán, P. N., García-Barco, L., & Piraquive-Peña, C. J. (2008). Acoso escolar a estudiantes de educación básica y media. *Revista de Salud Pública*, 10(4), 517-528.
<https://www.scielo.org/pdf/rsap/v10n4/v10n4a02.pdf>
- Cerezo, F. (2009). Bullying: análisis de la situación en las aulas españolas. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 9(3), 383-394. <https://shorturl.at/svzW9>
- Céspedes Barbarán, E. M. (2017). Responsabilidad civil de directores, profesores y promotores de instituciones educativas por daños causados a escolares por bullying, Trujillo-2017.
<https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/17609>
- Chaux, E. (2012). Educación, convivencia y agresión escolar. Colombia: Penguin Random House Grupo Editorial Colombia.
<https://shre.ink/2aos>
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y la Adolescencia. Pág. 27 <https://shre.ink/2agx>
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-281A-16, <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2016/T-281A-16.htm>.
- (2022). Sentencia T-168-22, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-168-22.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-562/14. <https://shre.ink/2asL>. (julio de 2014)
- Hunt, C. (2015). Understanding and Combating School Based Bullying From an Individual Level Perspective: A Review. *Australian Psychologist*, 50, 182-185. <https://acortar.link/JbwP0Z>
- OEA– Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969.
<https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Olweus, D. (1993). Acoso escolar, “bullying”, en las escuelas: hechos e intervenciones. Centro de Investigación para la Promoción de la Salud, Universidad de Bergen, Noruega, 2, 1-23.
<https://shorturl.at/mpuD0>

- Orozco Guzmán, M., Méndez Puga, A. M. (2015). *Bullying. Estampas infantiles de la violencia escolar: Exploraciones psicológicas*. México: Editorial El Manual Moderno. <https://shre.ink/2asz>
- Palacio Durango, S., & Espinosa Restrepo, P. (2022). *Efectos del Bullying que llevan al adolescente al suicidio en el municipio de Medellín* (Doctoral dissertation, Corporación Universitaria Minuto de Dios). <http://uniminuto-dspace.scimago.es:8080/handle/10656/16285>
- Paredes, M. T., Álvarez, M. C., Lega, L. I., & Vernon, A. (2008). Estudio exploratorio sobre el fenómeno del "Bullying" en la ciudad de Cali, Colombia. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 6(1), 295-317. <https://shre.ink/2aoi>
- Pérez Vallejo, A. M., Pérez Ferrer, F. (2016). *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*. España: Dykinson. <https://shre.ink/2asU>
- República de Colombia Código Civil Colombiano <https://shre.ink/2agk>
- Ruiz Forero, J. A. (2016). Marco legal y jurisprudencial del acoso escolar en Colombia 10 años de jurisprudencia constitucional. *Temas Socio-Jurídicos*, 35(71), 49–82.
<https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2639/2239>

Falta de insumos médicos para pacientes con cáncer

Anyi Daniela Urbano Muñoz¹

David Fernando Vidal Toro ²

Ramsés López Santamaría³

Resumen

Se desarrolla la presente investigación abarcando una problemática que existe dentro de la población referente a la falta de insumos médicos a pacientes con cáncer, considerándose que esta condición precaria que tiene el sistema de salud genera afectaciones y vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas como lo es el derecho a la salud, por medio de la investigación se pretende evidenciar y dar a conocer una grave vulneración de derechos, abarcándolos a través de la implementación de los métodos de investigación cualitativos, haciendo uso de las técnicas de investigación documental las cuales se ajustan a la recolección de información para que sean interpretadas y analizadas desde la hermenéutica, siendo posible que se desarrolle la presente investigación, haciendo uso de estos métodos de investigación y que se pueda tener en cuenta las posibles soluciones a través de la implementación de la ley y los derechos fundamentales protegidos; se presentan las variables que surgen del

¹ Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

² Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

³ Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonoma.edu.co

tema permitiendo al lector identificar los aspectos relevantes y tener una postura crítica respecto al tema.

Introducción

La prestación de todos los servicios, bienes y acciones que garanticen la recuperación de la salud de las personas; provisión de todos los elementos necesarios para su tratamiento; y la supervisión de los tratamientos ya iniciados por los pacientes constituyen una atención integral. No reciben de manera eficaz sus tratamientos médicos ya que no se los vuelven a suministrar por parte de la institución médica y así los pacientes no cuentan con una buena calidad de vida. Realizar gestiones ante el superior jerárquico con el fin de obtener más recursos que permitan dotar a las entidades públicas de salud para poder brindarles su tratamiento de manera eficaz y no vulnerar sus derechos fundamentales.

En el contexto de la sociedad colombiana se puede ver un problema que ha sido exigir el reconocimiento del llamado derecho a la salud y a la vida en los pacientes con cáncer a pesar de que su condición como sujeto es recibir el tratamiento médico adecuado a su patología. , pero por falta de insumos médicos no reciben el tratamiento necesario y se vulneran los derechos antes mencionados.

Desde hace unos cinco años, escritores destacados en el campo del derecho civil y los derechos humanos, como Baltasar Garzón y Manacés Esaud Gaspar, discuten la cuestión del acceso a la justicia y la elección, y se estudian exhaustivamente las interconexiones entre los temas de investigación. Su trabajo destaca la importancia de garantizar la igualdad de acceso a la justicia y defender los derechos de todas las personas, razón por la cual se decide realizar la investigación a cerca de una problemática que aborda la población colombiana que es la falta de insumos médicos utilizados para el tratamiento de pacientes con cáncer analizándolo desde una perspectiva cómo afecta el derecho a la salud y a la vida, siendo esta una carencia del sistema de salud que se ha convertido en una problemática que se va abordar a continuación abogando por reformas legales y políticas que eliminen las barreras económicas, geográficas y culturales que puedan impedir el acceso a la justicia. Además, resaltaron la importancia del acceso a la justicia en términos de derechos humanos, mostrando cómo las dificultades para acceder a la justicia pueden conducir a violaciones de derechos fundamentales, lo que subraya la necesidad de abordar este tema de manera integral.

Los mencionados autores internacionales nos indican que el Doctor Garzón, argumenta que la falta de insumos va más allá de ser una consideración médica y debe de abordarse desde una perspectiva de derechos humanos y justicia social para garantizar el acceso a dichos tratamientos y Doctor Manacés habla de cómo afecta dicha temática a los pacientes el desabastecimiento de medicamentos para tratar su patología médica. Los pacientes oncológicos se les vulnera derechos fundamentales a la vida y la salud, debido a que las instituciones médicas no les suministran de manera eficaz y oportuna lo requerido para el tratamiento médico. De acuerdo con lo anterior, se advierte una grave afectación por parte de las entidades prestadoras de servicio de salud ¿La falta de insumos médicos utilizados para el tratamiento de pacientes con cáncer afecta el derecho a la salud y a la vida?

Para el logro del propósito planteado, esta investigación usará como método el análisis documental en relación a cómo, en el precedente constitucional dentro del rol que cumple en sus diversas funcionalidades o dimensiones del derecho a la salud y a la vida, puede dar a conocer cuál será la manera correcta y vinculante que este señala para proteger en el caso particular del sujeto que se investiga los derechos ya mencionados en el contexto de falta de insumos médicos. Por lo anterior, el propósito de la presente investigación es resolver cuál es el estado de la cuestión en relación a la protección de un derecho que como la salud y a la vida los cuales gozan de especial protección constitucional y que para este caso el sujeto que se ve afectado deberá ser reconocido como tal en su condición de vulnerabilidad toda vez que no goza de las mismas condiciones y las mismas posibilidades de acceso que otros sí.

La falta de insumos médicos utilizados para el tratamiento de pacientes con cáncer afecta el derecho a la salud y a la vida

La falta de suministros médicos para tratar a los pacientes con cáncer plantea un grave desafío para la protección de los derechos humanos básicos, especialmente los derechos a la salud y a la vida. En un mundo que busca garantizar un acceso equitativo a la atención médica y proteger las vidas de sus ciudadanos, la escasez de suministros médicos esenciales para combatir enfermedades devastadoras como el cáncer es motivo de profunda preocupación. Este artículo se centrará en analizar y explorar cómo la escasez de insumos médicos para pacientes con cáncer no solo afecta su calidad de vida, sino que también constituye una violación de derechos básicos, requiriendo estrictas inspecciones y acciones

sobre el terreno para abordar esta cuestión de salud y derechos humanos. derechos.

La falta de suministros médicos es un problema que afecta directamente la salud y el bienestar de muchos pacientes con cáncer que dependen de estos recursos para un tratamiento eficaz y procedimientos médicos importantes. La falta de acceso oportuno a medicamentos, equipos médicos, suministros quirúrgicos y otros recursos necesarios puede provocar retrasos en el tratamiento, lo que puede provocar la progresión de la enfermedad a etapas más complejas y difíciles de tratar. Por tanto, la falta de material médico no sólo dificulta la rehabilitación y el control de enfermedades, sino que también aumenta el sufrimiento de los pacientes y sus familias.

El derecho a la salud y el derecho a la vida son derechos humanos fundamentales. La atención médica adecuada y oportuna se considera un elemento esencial para asegurar una vida digna y proteger la salud de todas las personas. Cuando una persona se enfrenta a una enfermedad grave como el cáncer, su derecho a la salud y a la vida se convierte en una cuestión central, y es imperativo proteger la vida y mejorar la calidad de vida. Por lo tanto, la falta de suministros médicos es una violación directa de este derecho, ya que impide que los pacientes reciban la atención que necesitan para su supervivencia y bienestar.

Este problema va más allá de la simple falta de recursos médicos; también destaca cuestiones de equidad y justicia en el acceso a la atención médica. Los grupos de población más vulnerables, que a menudo enfrentan barreras económicas y geográficas, son los más afectados por la escasez de estos suministros. En este sentido, la dificultad de acceso a los suministros médicos puede exacerbar las desigualdades en salud y las disparidades en salud entre diferentes grupos. Se necesita un esfuerzo coordinado y multifacético para abordar eficazmente esta cuestión y proteger los derechos humanos de los pacientes con cáncer. Esto implica la colaboración entre gobiernos, sistemas de salud, organizaciones no gubernamentales y la comunidad internacional para garantizar el acceso universal a suministros médicos esenciales y el respeto de los derechos humanos. Además, se necesita una mayor transparencia y rendición de cuentas en la distribución de suministros médicos para garantizar que estos recursos lleguen a quienes más los necesitan. La categoría de la que se está tratando es sobre pacientes oncológicos y tiene como definición que

“(…) es un paciente que ha sufrido o sufre un tumor, es decir, un cáncer. A causa de su condición clínica particular, el paciente oncológico necesita un enfoque

multidisciplinario y tiene que ser seguido de una manera diferente a los pacientes que padecen otras enfermedades” (S.f.,2022).

La falta de insumos médicos que se utilizan para tratar las diversas patologías de los pacientes con cáncer, genera una problemática social y personal debido a que se pone en riesgo la vida de los pacientes, además de los derechos que se pueden estar vulnerando. De acuerdo al estudio que se realizó por parte de la Universidad de Ciencias Aplicadas y Ambientales de Bogotá que tiene como autoras Argelis Aguilar y Yanis Linares donde se dice que:

“El problema de desabastecimiento de medicamentos oncológicos es un riesgo de salud pública que genera cada vez más consecuencias en los pacientes debido a las limitaciones para acceder a los medicamentos, los resultados evidenciados demuestran que más de la mitad de las personas encuestadas manifestaron que el desabastecimiento si afecta el sistema de salud y está por encima del 30%, lo cual se puede confirmar con el promedio establecido de 31% y en Colombia se hizo evidente que el desabastecimiento de medicamentos afecta el sistema de salud”. (Aguilar & Linares, 2019).

La jurisprudencia en Colombia nos habla sobre el derecho que tiene un paciente oncológico en la Sentencia T-081/16 se establece una descripción sobre las enfermedades de este tipo y dice que:

“Es necesario hacer alusión a las enfermedades catastróficas o ruinosas, las cuales cobran una especial relevancia en la medida que, al encontrarse estos sujetos en estado de debilidad manifiesta, merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad. Tal es el caso de las personas portadoras del VIH/SIDA, y de las que padecen cáncer, quienes se encuentran en una condición de debilidad manifiesta consustancial a su patología y afrontan una serie de necesidades particulares que requieren de una protección reforzada” (T-081/2016).

El no suministro de tratamiento para el paciente oncológico vulnera derechos fundamentales

Negar tratamiento a un paciente con cáncer no es sólo una negligencia médica, sino también una violación flagrante de los derechos fundamentales. Esta crueldad hacia la atención médica crea dilemas morales y éticos que no deberían existir en una sociedad comprometida con los derechos humanos. Esta cuestión trasciende las fronteras de la medicina, ya que están en juego el derecho a la vida y a la salud, dos pilares fundamentales de la existencia humana. El derecho a la

vida es la base de todos los demás derechos, por lo que proteger el derecho a la vida es esencial. Si un paciente con cáncer no puede recibir el tratamiento necesario, su vida está en riesgo. El cáncer es una enfermedad notoriamente agresiva que progresa rápidamente y la falta de un tratamiento adecuado puede dejar a los pacientes con un destino fatal. No proporcionar los recursos médicos necesarios es una violación de estos derechos básicos y plantea serias dudas sobre la ética de la atención médica.

El derecho a la salud está consagrado en muchos tratados y constituciones que garantizan el acceso a una atención sanitaria de calidad para todos. Negar a los pacientes tratamiento contra el cáncer es una clara violación de estos derechos. La salud física y mental de una persona se ve amenazada por la enfermedad, y el acceso a un tratamiento eficaz es una parte importante para garantizar el bienestar personal. La falta de servicios médicos adecuados no sólo deja a los pacientes vulnerables, sino que también socava la integridad del sistema de salud que garantiza el bienestar de los pacientes.

El no suministro del tratamiento del cáncer no sólo es un desafío al derecho a la vida y a la salud, sino también una discriminación. La atención médica debe brindarse de manera justa y equitativa, independientemente de la raza, el género, la orientación sexual o la situación económica de una persona. Sin embargo, en muchos casos, el acceso al tratamiento del cáncer es desigual, lo que supone una clara violación del principio de igualdad ante la ley. La atención de la salud debe ser un derecho inalienable para todos sin excepción.

La dignidad humana está en juego al no contar con un tratamiento de cáncer una persona se ve afectada no sólo a los derechos legales de una persona, sino también a su dignidad. La dignidad humana significa tratar a todos con respeto y cuidado, especialmente cuando se trata de una enfermedad grave como el cáncer. La falta de atención médica adecuada y la negativa a recibir tratamiento socavan la dignidad de los pacientes, ya que se les niega la oportunidad de luchar por sus vidas y su bienestar. La atención integral es esencial no sólo desde el punto de vista médico, sino también desde el punto de vista ético, es decir, el respeto del derecho a la salud, que está consagrado en numerosos tratados y constituciones y garantiza que todas las personas tengan acceso a una atención sanitaria de alta calidad.

Negar a los pacientes tratamiento contra el cáncer es una clara violación de estos derechos. La salud física y mental de una persona se ve amenazada por la enfermedad, y el acceso a un tratamiento eficaz es una parte importante para

garantizar el bienestar personal. La falta de servicios médicos adecuados no sólo deja a los pacientes vulnerables, sino que también socava la integridad del sistema de salud, que se supone debe garantizar el bienestar de todos.

El rechazo del tratamiento del cáncer no sólo es un desafío al derecho a la vida y a la salud, sino también una discriminación. La atención médica debe brindarse de manera justa y equitativa, independientemente de la raza, el género, la orientación sexual o la situación económica de una persona. Sin embargo, en muchos casos, el acceso al tratamiento del cáncer sigue siendo desigual, lo que constituye una clara violación del principio de igualdad ante la ley. La atención de la salud debe ser un derecho inalienable para todos sin excepción.

La negativa de suministrar el tratamiento para pacientes oncológicos afecta no sólo a los derechos legales de una persona, sino también a su dignidad. La dignidad humana significa tratar a todos con respeto y cuidado, especialmente cuando se trata de una enfermedad grave como el cáncer. La falta de atención médica adecuada y la negativa a recibir tratamiento socavan la dignidad de los pacientes, ya que se les niega la oportunidad de luchar por sus vidas y su bienestar. La atención integral es muy importante no sólo desde el punto de vista médico, sino también desde un punto de vista ético que respete la dignidad del individuo.

El derecho a la vida en Colombia se basa en principios fundamentales de derechos humanos y se interpreta de manera amplia para incluir la protección de la vida desde la concepción hasta la muerte natural. Esto significa que el Estado colombiano tiene el deber de proteger y defender la vida de todas las personas bajo su jurisdicción. El derecho a la vida no sólo se aplica a cuestiones penales, sino que también tiene un impacto significativo en todos los aspectos de la vida, como la atención de la salud, la seguridad, la integridad personal y la necesidad de acceder a servicios médicos, incluido el tratamiento. Por lo tanto, la protección del derecho a la vida juega un papel central en el ordenamiento jurídico y en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos colombianos.

En el contexto colombiano, la falta de tratamiento a pacientes con cáncer puede considerarse una violación de derechos fundamentales, incluido el derecho a la salud. Las autoridades y los proveedores de atención médica tienen la responsabilidad de garantizar que las personas que lo necesitan reciban el tratamiento adecuado contra el cáncer, entonces en la sentencia T-261/17 nos habla del mecanismo idóneo para la protección de estos derechos dice así

“La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3º del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto” (T-261/17).

Afectación a la calidad de vida en pacientes oncológicos

El impacto en la calidad de vida de los pacientes con cáncer es un aspecto importante y complejo de la atención sanitaria. Cuando a una persona se le diagnostica cáncer, este acontecimiento marca el inicio de una lucha que va más allá de la dimensión física y se extiende al ámbito emocional, social y psicológico. La calidad de vida del paciente se ve inevitablemente amenazada por la naturaleza de la enfermedad y la eficacia del tratamiento.

Uno de los aspectos más obvios de este impacto en la calidad de vida es el impacto del cáncer y su tratamiento en el cuerpo. La fatiga, la pérdida de peso, la debilidad, las náuseas, los vómitos y el dolor se convierten en síntomas comunes para los pacientes con cáncer durante su viaje. Estos síntomas, que a menudo se asocian con tratamientos agresivos como la quimioterapia y la radiación, pueden limitar la capacidad del paciente para realizar las actividades diarias, y la fatiga constante puede dificultar que los pacientes lleven una vida normal y saludable.

Sin embargo, el cáncer no sólo causa problemas físicos, sino que también conlleva un alto coste emocional y psicológico. Al recibir un diagnóstico de cáncer, se puede provocar una ola abrumadora de emociones, que incluyen ansiedad, depresión y miedo. La calidad de vida de un paciente puede verse gravemente afectada por la angustia emocional relacionada con el tratamiento y la incertidumbre futura, ya que la angustia psicológica exacerba la angustia física.

Más allá del paciente, los efectos del cáncer también tienen un impacto en la dinámica familiar y social. Los procesos de cuidado y apoyo involucran a miembros de la familia y amigos cercanos, lo que puede alterar fundamentalmente el funcionamiento de la familia. Como algunos pacientes tienden a aislarse debido a su enfermedad o al miedo a ser estigmatizados, las

relaciones sociales también pueden verse afectadas. La lucha por una alta calidad de vida puede volverse aún más complicada como resultado del alejamiento de familiares y amigos. Otra dificultad a la que se enfrentan los pacientes con cáncer son las restricciones de movilidad y autonomía. Algunos tratamientos pueden dejar a los pacientes físicamente débiles y tener efectos secundarios que dificultan las tareas diarias.

La necesidad de depender de otros para satisfacer las necesidades básicas pone en peligro la independencia y puede reducir el sentido de autoestima y la calidad de vida. Tiene un impacto devastador en la calidad de vida de los pacientes, este impacto no se limita a un aspecto de la vida, sino que afecta la experiencia y el bienestar de las personas con cáncer en todos los ámbitos, lo que requiere atención médica y emocional integral para mitigar su impacto y mejorar su calidad de vida, según la investigación realizada por el Autor Álvaro Hernando Castañeda en su artículo nos dice que afectaciones tienen las personas que padecen estas patologías:

“Las investigaciones que estudian el impacto del cáncer sobre la persona han demostrado que tanto la enfermedad como los tratamientos a los que son sometidos los pacientes, son capaces de generar pérdidas en la percepción de calidad de vida y en cada una de sus dimensiones (físico, psicológico, social y espiritual), fenómeno ampliamente descrito por autores como Ferrell y cols, quienes a partir de sus estudios en sobrevivientes de cáncer, definen que la calidad de vida es “Un sentido personal de bienestar que abarca una perspectiva multidimensional que incluye las dimensiones física, psicológica, social y espiritual”, los estudios realizados en Colombia en personas con enfermedades crónicas, han confirmado esta afectación en distintos grupos” (Hernández, 2014)

Diagnostico jurisprudencial sobre la falta de insumos médicos utilizados para el tratamiento a pacientes con cáncer y sus derechos vulnerados

Examinaremos el diagnóstico jurídico de la falta de insumos médicos para tratar a los pacientes con cáncer, analizaremos cómo los tribunales y la jurisprudencia han abordado este tema y reconoceremos las violaciones de derechos que se derivan de este tema. Además, enfatizaremos la importancia de garantizar el acceso equitativo y oportuno a estos insumos para proteger los derechos fundamentales de los pacientes con cáncer y mejorar su calidad de vida. Los diagnósticos forenses revelan desafíos y soluciones legales para combatir la

escasez de suministros médicos y defender los derechos de las poblaciones vulnerables. En primer lugar, traeremos a colocación el derecho fundamental a la salud y el derecho a acceder al mismo, en esta Sentencia T-384/13

“La Sala reiterará la regla jurisprudencial aplicada de forma pacífica por diferentes Salas de Revisión que han integrado la Corporación, la cual señala que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud que requieren con necesidad, sin que los inconvenientes que se susciten en relación con la prestación de los servicios, entre las distintas entidades que integren el Sistema, interrumpen la prestación efectiva” (T-384/13).

En segundo lugar, el derecho a la vida también se ve vulnerado a causa del no tratamiento médico y miraremos cómo la escasez de suministros médicos afecta el derecho a la vida de los pacientes oncológicos y la urgente necesidad de abordar este problema para garantizar su protección y bienestar la sentencia T-012/20 nos habla acerca de esto donde dice que

“Para la Sala se presentó una vulneración de los derechos del accionante a la salud y a la vida digna, por cuanto la entidad accionada, debió, atendiendo a su condición especial de salud, disponer la entrega efectiva del medicamento. Al no hacerlo, se omitió la satisfacción de los componentes básicos que guían la aplicación de los principios de oportunidad, integralidad y continuidad, de los cuales depende la garantía del derecho a la salud como derecho fundamental. En efecto, se encuentra que como consecuencia de la actuación de la entidad demandada el accionante no ha recibido el tratamiento ordenado por su médico tratante en los tiempos dispuestos para ello, ya que el mismo se ha visto interrumpido con la no entrega del medicamento, según las reglas de continuidad y oportunidad señaladas por el profesional a su cargo. Por tanto, esta Sala considera que se vulneran los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad física cuando se demora, retrasa o impide la entrega de un medicamento, en razón a que, se pierde la finalidad del tratamiento prescrito por el médico tratante, situación que se agrava cuando se trata de una patología ruinosa” (T-012/20)

Los retrasos en la entrega de suministros médicos, en particular los necesarios para tratar a los pacientes con cáncer, se han convertido en un problema grave que pone en peligro la vida y el bienestar de las personas afectadas por esta enfermedad. Cuando los pacientes experimentan retrasos en la obtención de los medicamentos, equipos y tratamientos médicos necesarios, quedan expuestos a un estrés adicional en la lucha contra el cáncer. Además, estos retrasos pueden empeorar la enfermedad, reducir las tasas de éxito del tratamiento y, en última instancia, violar el derecho fundamental a la salud y a la vida. Por lo tanto, es importante abordar eficazmente este desafío para garantizar que los pacientes

oncológicos reciban un tratamiento adecuado y oportuno. En tercer lugar, traeremos a colación la demora en brindarle los tratamientos a los pacientes con cáncer y que medidas adopta el estado en estos casos de no inmediatez por parte de las instituciones médicas prestadoras del servicio médico la sentencia T-387/18 nos dice que

“es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad. Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al paciente” (T-387/18).

El acceso a la salud es para todas las personas, pero no garantiza su prestación

Una de las principales barreras para la prestación eficaz de servicios de salud es la financiera. En muchos lugares, el acceso a la atención sanitaria depende de factores económicos. Las personas con recursos limitados suelen tener dificultades para pagar servicios médicos, medicamentos o seguros médicos. Esta barrera financiera puede hacer que muchas personas eviten o retrasen la atención médica que necesitan, poniendo en peligro su salud y bienestar. Además de las barreras financieras, las barreras geográficas también pueden limitar el acceso a la atención médica. En zonas rurales o remotas, la falta de infraestructura médica y de profesionales de la salud puede dificultar la prestación de servicios de calidad. Las personas que viven en estas zonas a menudo tienen que viajar largas distancias para recibir atención médica especializada, lo que puede provocar retrasos en el diagnóstico y el tratamiento.

Las barreras culturales y lingüísticas también pueden ser barreras importantes para acceder a la atención médica. La diversidad cultural y lingüística de muchas sociedades puede dificultar la comunicación eficaz entre pacientes y profesionales sanitarios. Las personas que pertenecen a grupos minoritarios o hablan un idioma diferente pueden sentirse excluidas o incomprendidas en los entornos médicos, lo que puede afectar negativamente la calidad de su atención.

Las barreras administrativas como la burocracia, las largas listas de espera y los procedimientos administrativos complejos son otro desafío que afecta el acceso a la atención médica. Los pacientes pueden experimentar retrasos en la obtención de citas médicas, pruebas de diagnóstico o tratamientos necesarios debido a barreras administrativas. En casos de enfermedades graves, estos retrasos pueden ser críticos.

La discriminación y la desigualdad social también obstaculizan el acceso a la atención sanitaria. Las personas que sufren discriminación por motivos de raza, género, orientación sexual o nivel socioeconómico pueden sufrir un trato injusto en el sistema de atención médica. Esta discriminación puede generar barreras para recibir atención médica de calidad e impactar negativamente la salud y el bienestar de los afectados. Para que todas las personas tengan igual acceso a servicios de salud de calidad, es necesario abordar estas barreras económicas, geográficas, culturales y administrativas. Además, se deben tomar medidas significativas para promover la igualdad y la no discriminación en la atención de salud, lo que requerirá esfuerzos sostenidos a nivel local, nacional e internacional. La realización efectiva del derecho a la salud es crucial para salvaguardar el bienestar de las personas en todo el mundo.

En el artículo 49 de la constitución política de Colombia nos dice que

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, Si bien está establecido este derecho, pero su prestación a menudo enfrenta obstáculos significativos. Garantizar un acceso equitativo y efectivo a la atención médica es un desafío clave en la búsqueda de la igualdad y la protección de los derechos humanos. La corte constitucional dice que La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en establecer que el derecho a la salud -en conexidad con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal- se vulnera, entre otras circunstancias, cuando una entidad encargada de prestar el servicio de salud decide negar la práctica de un tratamiento o el suministro de algún medicamento, arguyendo exclusivas razones de tipo contractual o legal, que resultan desproporcionadas e irrazonables frente a la efectividad de los precitados derechos. Por esta razón, en estos eventos, el afectado puede acudir al mecanismo de amparo constitucional en aras de obtener la protección de los derechos que considera conculcados” (T-110-2007)

La oportuna prestación del servicio de salud garantiza el tratamiento adecuado para los pacientes con cáncer

La prestación rápida de servicios de atención sanitaria es fundamental para garantizar que los pacientes con cáncer reciban el tratamiento adecuado. La detección temprana y el acceso rápido a atención médica profesional son factores críticos en la lucha contra esta devastadora enfermedad. Cuando el diagnóstico y el tratamiento se retrasan por barreras como largas listas de espera, falta de suministros médicos o problemas con la coordinación de la atención, las posibilidades de recuperación y la calidad de vida de los pacientes se ven comprometidas.

La prestación oportuna de servicios de atención médica es esencial para controlar el cáncer en sus primeras etapas, cuando las opciones de tratamiento son más efectivas y las posibilidades de curación son mayores. Los retrasos en el diagnóstico preciso y el tratamiento adecuado pueden permitir que la enfermedad progrese a etapas avanzadas, lo que a menudo resulta en un tratamiento más difícil y un peor pronóstico. Además, los pacientes pueden experimentar dolor adicional y una calidad de vida reducida debido al retraso en el tratamiento. La falta de suministros médicos y el acceso limitado a medicamentos y tratamientos esenciales también pueden obstaculizar la prestación oportuna de servicios de salud. Cuando los pacientes no tienen acceso a los recursos que necesitan para el tratamiento, quedan en un estado de incertidumbre y desesperación. Afecta no sólo al cuerpo físico, sino también al bienestar mental y emocional de los pacientes y sus familias. La coordinación eficaz de la atención es otro componente fundamental para la prestación oportuna de servicios de atención médica a los pacientes con cáncer. La falta de coordinación entre los diferentes profesionales de la salud y las instalaciones médicas puede dar lugar a un tratamiento fragmentado e inconexo, lo que dificulta continuar el tratamiento y controlar la progresión de la enfermedad.

Para que los pacientes con cáncer reciban una atención adecuada, los servicios de salud deben prestarse a tiempo. En términos de supervivencia y calidad de vida, las personas afectadas por esta enfermedad pueden beneficiarse enormemente de una detección temprana y un acceso rápido a la atención médica. En este contexto, se discutirá la importancia de la atención médica inmediata para los pacientes con cáncer, como se puede llegar a garantizar teniendo acceso a la atención médica, las políticas de salud si sean efectivas y que haya una coordinación de la atención a los pacientes, la corte constitucional en su sentencia

T-121-2015 nos dice como ellos llegan a garantizar los derechos de las personas dice que y además el derecho a la salud es de doble connotación por ser derecho fundamental y un servicio público

“La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental, de lo que se predica, entre otras, su carácter de irrenunciable. Además de dicha condición, se desprende el acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible” (T-121/15)

Conclusiones

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se puede observar que una de las cuestiones jurídicas planteadas en el contexto social colombiano es el reconocimiento del llamado derecho a la salud y a la vida de los pacientes con cáncer, si bien su condición de sujetos es recibir tratamiento de las instituciones de salud debido a una enfermedad, debido ante la falta de insumos médicos, no pueden recibir el tratamiento necesario y por tanto se vulneran los derechos antes mencionados. Se abordó de manera significativa la falta de insumos médicos para pacientes con cáncer en Colombia y su impacto en los derechos fundamentales a la salud y a la vida. Se analizaron sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, se analizaron las más predominantes y se brindó una visión amplia de cómo la escasez de suministros médicos ha afectado a los pacientes con cáncer del país.

Respecto al problema planteado es posible confirmar la tesis, ya que lo cierto es que la falta de insumos médicos para tratar a los pacientes con cáncer afecta gravemente los derechos fundamentales a la salud y a la vida en Colombia. Los argumentos presentados están respaldados por sentencias del Tribunal Constitucional y evidencia empírica, que demuestran de manera convincente que la escasez de suministros médicos pone en peligro la vida de los pacientes con cáncer y reduce su calidad de vida.

Este estudio integral documenta de manera alarmante cómo los pacientes con cáncer en Colombia enfrentan varias barreras importantes que amenazan su salud y su derecho a la vida. Los retrasos en la atención suelen deberse a largas listas de espera y a la falta de acceso a atención especializada, lo que añade una carga

adicional a la ya difícil situación de estos pacientes. Ya sea debido a limitaciones financieras o problemas logísticos en las cadenas de suministro, la escasez de medicamentos y tratamientos esenciales está exacerbando la crisis. La falta de coordinación efectiva en la prestación de atención de salud conduce a la fragmentación de los servicios y a la falta de supervisión integral de la atención, lo que resulta en una atención fragmentada y de mala calidad para quienes más la necesitan. Estas barreras sistémicas no sólo crean una situación terrible para los pacientes con cáncer y sus familias, sino que también son una violación sistémica alarmante de sus derechos básicos a la salud y la vida. Resolver este problema se convierte en una necesidad urgente no sólo desde el punto de vista de la moral y el derecho, sino también desde la perspectiva de la calidad de los sistemas de salud y el bienestar de la sociedad en su conjunto.

De ello se deduce que la falta de insumos médicos para pacientes con cáncer en Colombia es un problema real y grave que requiere atención urgente por parte de las autoridades e instituciones de salud. La conclusión es clara esta situación debe abordarse eficazmente para garantizar que los pacientes con cáncer reciban el tratamiento adecuado y se respeten plenamente sus derechos fundamentales.

Con lo anterior ya mencionado sobre la problemática se busca darle respuesta a la problemática donde se puede plantear desde el análisis normativo realizado en este trabajo sustenta la afirmación de que la falta de insumos médicos para los pacientes con cáncer en Colombia, este es un problema en el que se violan sistemáticamente sus derechos básicos, como la salud y la vida. La Constitución colombiana reconoce estos derechos como esenciales y garantiza su protección. Además, existe la necesidad de un tratamiento inmediato. Un análisis de la jurisprudencia colombiana muestra que el acceso oportuno a tratamientos y medicamentos es fundamental para garantizar el derecho a la salud de los pacientes con cáncer. Los retrasos en la atención médica o las interrupciones en el tratamiento pueden tener consecuencias graves e incluso mortales. Impacto en la calidad de vida: el análisis regulatorio también muestra cómo la falta de atención médica puede afectar significativamente la calidad de vida de los pacientes con cáncer.

Esta situación puede generar un estrés adicional en la lucha contra la enfermedad, reduciendo la probabilidad de un tratamiento exitoso y la necesidad de una acción coordinada. Para abordar esta cuestión, se destaca la necesidad de una coordinación eficaz entre los establecimientos y sistemas de salud. Además, se destacó la importancia de imponer sanciones adecuadas a las empresas que no cumplan con sus obligaciones en la prestación de servicios de salud.

La necesidad de realizar esfuerzos coordinados y eficaces para abordar la escasez de suministros médicos y la escasez crítica de medicamentos y tratamientos para los pacientes con cáncer se ha convertido en una prioridad inevitable. La coordinación entre las diferentes instituciones y sistemas de salud es esencial para garantizar una atención eficaz y oportuna. La falta de coordinación a menudo provoca despidos, retrasos y falta de supervisión en la atención a los pacientes, lo que agrava las dificultades que enfrentan.

Además, es fundamental aplicar sanciones adecuadas a las empresas y entidades que no cumplan con sus obligaciones de prestación de servicios de salud. La falta de suministros y tratamientos médicos básicos no sólo afecta la vida y la salud de los pacientes, sino que también socava la confianza en el sistema de salud en su conjunto. Sanciones apropiadas para las instituciones que no cumplen con sus obligaciones son un importante elemento disuasorio para garantizar que se cumplan los estándares de atención y que los pacientes reciban la atención que necesitan de manera oportuna. La escasez de suministros médicos es una crisis que requiere esfuerzos concertados de las autoridades sanitarias, las autoridades públicas y las empresas privadas. Se necesitan políticas y regulaciones sólidas para facilitar el suministro de suministros médicos esenciales y garantizar una distribución eficiente. Además, se deben establecer mecanismos eficaces de rendición de cuentas para monitorear cómo las instituciones de atención de salud cumplen con sus responsabilidades.

La importancia de esta coordinación y la implementación de sanciones adecuadas no es sólo para los pacientes con cáncer, sino también para el sistema sanitario en su conjunto. La atención médica eficaz y equitativa es fundamental para la salud y el bienestar de la población, y abordar estas cuestiones es fundamental para mantener la integridad del sistema de salud de Colombia y respetar los derechos humanos. En última instancia, los esfuerzos coordinados y el cumplimiento de los compromisos de prestación de atención médica son pasos esenciales para restablecer la confianza en los sistemas de salud y garantizar que los pacientes reciban la atención médica que merecen.

Existe una necesidad urgente de resolver este problema para garantizar que los pacientes tengan un acceso oportuno y adecuado a los servicios médicos, protegiendo así la salud y la vida de los pacientes. La jurisprudencia y la normativa colombiana brindan una base sólida para abogar por cambios significativos en el sistema de salud para lograr una atención efectiva y respetuosa con los derechos humanos de los pacientes con cáncer, la cual nos dice es una decisión importante en materia de garantía de los derechos a la vida

y a la salud en el contexto de la atención de salud. se establecieron una serie de consideraciones fundamentales sobre cómo el sistema de salud colombiano garantiza estos derechos se garantizan así:

Doble sentido del derecho a la salud: se reconoce que el derecho a la salud tiene un doble sentido en Colombia. Por un lado, es un derecho básico estipulado en la constitución y, por otro, es un servicio público básico. Este doble significado significa que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios de salud necesarios para promover, proteger y restablecer la salud.

Garantía de acceso oportuno y de calidad: la jurisprudencia constitucional colombiana ha enfatizado reiteradamente que el derecho a la salud significa acceso a Servicios médicos oportunos y de alta calidad. Esto significa que no basta con acceder a la atención médica; la atención también debe brindarse de manera eficiente y efectiva. Los retrasos irrazonables o la falta de acceso a tratamientos y medicamentos esenciales pueden considerarse una violación de este derecho.

La jurisprudencia constitucional colombiana establece claramente que el derecho a la salud incluye no sólo el acceso a servicios médicos, sino también la protección de servicios médicos oportunos y de calidad. Este enfoque enfatiza la importancia no sólo de garantizar que las personas tengan acceso a la atención médica, sino también de que estos servicios de salud se brinden de manera efectiva para garantizar una protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El rápido acceso a la atención médica es un principio fundamental de la atención sanitaria, especialmente cuando se trata de enfermedades graves como el cáncer. Los retrasos irrazonables en el diagnóstico, los procedimientos de planificación o la obtención del tratamiento pueden afectar significativamente la salud y la calidad de vida del paciente. La jurisprudencia constitucional enfatiza el derecho de los pacientes a recibir atención médica inmediata si su salud se ve amenazada. Esta prestación oportuna de servicios es esencial para garantizar que las afecciones de salud se traten en una etapa temprana, cuando las opciones de tratamiento suelen ser más efectivas y la recuperación es más probable. Otro componente importante es la atención sanitaria de calidad. Esto significa que los tratamientos, procedimientos y medicamentos proporcionados deben cumplir con los más altos estándares de calidad y efectividad.

La jurisprudencia colombiana enfatiza que la salud no debe ser una mera formalidad; Debe basarse en evidencia científica y debe corresponder al estado

de salud del paciente. Los pacientes tienen derecho a recibir atención adaptada a sus necesidades y respaldada por las mejores prácticas médicas. La falta de acceso a tratamientos y medicamentos básicos es un problema grave que también ha sido enfatizado en la jurisprudencia constitucional. Los pacientes con enfermedades graves como el cáncer dependen de estos recursos para mantener la supervivencia y la calidad de vida. La jurisprudencia sostiene que los sistemas de salud son responsables de garantizar que los pacientes tengan acceso a estos tratamientos y medicamentos cuando los necesiten.

En los casos en que los derechos de los pacientes están en conflicto con el interés público, la jurisprudencia tiende a proteger los derechos básicos de los pacientes. Esto significa que en situaciones donde la vida y la salud del paciente están en riesgo, los derechos del paciente deben tener prioridad sobre otras consideraciones.

La relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida es un principio fundamental de la protección de los derechos humanos. Estos dos derechos no pueden entenderse por separado ya que están inextricablemente vinculados. La salud es un pilar importante de una vida digna, ya que la buena salud es esencial para el pleno disfrute de los derechos y libertades fundamentales. Cuando una persona se enfrenta a una enfermedad grave que amenaza su salud y bienestar, como el cáncer, el Estado tiene la obligación inquebrantable de brindarle la atención médica necesaria para preservar su vida y su calidad de vida. En este contexto, el derecho a la salud no se limita a la ausencia de enfermedad, sino que también incluye la atención integral de la salud, incluyendo la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y el seguimiento del estado de salud. Garantizar una vida decente incluye no sólo sostener la vida misma, sino también garantizar que las personas tengan la oportunidad de vivir la vida al máximo, sin sufrimiento innecesario debido a la falta de servicios básicos de atención de salud.

Cuando se presenta una enfermedad grave como el cáncer, el acceso oportuno al tratamiento, a los medicamentos y a la atención médica especializada es esencial para garantizar que los pacientes tengan una oportunidad justa de recuperación y una vida digna. La falta de suministros médicos y el acceso limitado al tratamiento no solo afectan la salud física de los pacientes, sino que también tienen importantes consecuencias psicológicas y emocionales. La incertidumbre sobre cómo obtener la ayuda médica que necesita puede generar estrés y ansiedad adicionales, lo que puede generar sufrimiento adicional.

Por tanto, la protección del derecho a la salud y a la vida es una parte importante de la dignidad humana. Los Estados, a través de sus políticas y sistemas de atención de salud, son responsables de garantizar que todas las personas tengan igual acceso a la atención de salud que necesitan. Esto no es sólo una obligación moral, sino también una obligación legal según los tratados de derechos humanos que muchos países han ratificado. El acceso equitativo a los servicios de salud es un principio fundamental de protección de los derechos humanos en el ámbito de la salud. Este principio se basa en el derecho de todas las personas, sin excepción, a recibir atención médica de calidad cuando sea necesaria, independientemente de su raza, situación económica, ubicación geográfica o cualquier otro factor discriminatorio. Garantizar la igualdad de acceso a los servicios de salud significa que los sistemas de salud deben diseñarse de manera que todas las personas tengan igual acceso a la atención que necesitan.

En términos prácticos, esto significa que no debería haber barreras financieras que impidan a las personas acceder a la atención sanitaria. Esto significa que la atención sanitaria debería ser accesible para todos, independientemente de su situación financiera. La falta de pago de la atención médica básica o de los medicamentos no debería ser un obstáculo para recibir la atención necesaria. Además, deben superarse las barreras geográficas para garantizar un acceso equitativo a los servicios de salud. Las personas que viven en zonas rurales o remotas no deberían afrontar desventajas significativas en el acceso a la atención sanitaria en comparación con las que viven en zonas urbanas. Esto significa que las zonas rurales necesitan infraestructura de salud y servicios de telemedicina adecuados para garantizar que todos tengan acceso a los servicios de salud, independientemente de su ubicación geográfica.

La igualdad de acceso a la atención sanitaria también se aplica a la eliminación de las barreras culturales y lingüísticas. Las personas que pertenecen a grupos minoritarios o hablan un idioma diferente no deberían enfrentar discriminación ni barreras al comunicarse con los profesionales de la salud. Es muy importante garantizar que todos los pacientes sean comprendidos y comprendidos en el entorno de atención médica. El acceso equitativo a los servicios de salud es esencial para garantizar que las personas no sean excluidas ni discriminadas por su origen, situación económica o ubicación. Esto no es sólo un principio ético, sino también un requisito legal según los tratados y convenciones de derechos humanos que protegen el derecho a la salud. Los sistemas de salud y las políticas nacionales deben centrarse en el acceso equitativo a la atención sanitaria, lo que requiere esfuerzos sostenidos a nivel local, nacional e internacional.

El papel del sistema de salud y del Estado: La Sentencia T-121/15 señala que el Estado colombiano, a través de su sistema de salud, tiene la responsabilidad de garantizar estos derechos. Esto implica supervisar y regular adecuadamente la prestación de servicios de salud y tomar medidas para corregir cualquier deficiencia o irregularidad que pueda ocurrir en la atención médica. Primero, es responsabilidad del Estado regular y monitorear efectivamente la prestación de servicios de salud dentro de sus fronteras. Esto incluye el desarrollo de regulaciones y estándares que definen los requisitos que los centros de atención médica y el personal médico deben cumplir para brindar atención médica segura y efectiva. Un seguimiento adecuado es esencial para prevenir errores médicos y garantizar que los pacientes reciban la atención adecuada.

Otro aspecto importante es la promoción del acceso universal a la atención sanitaria. Esto significa que los sistemas de salud deben diseñarse de manera que todos los ciudadanos tengan igual acceso a los servicios que necesitan, independientemente de su situación económica, origen étnico o ubicación geográfica. Eliminar las barreras financieras y geográficas es esencial para garantizar que a nadie se le niegue el acceso a la atención médica. Además, el Estado debe brindar servicios médicos de calidad basados en evidencia científica

La jurisprudencia, sentencias se enfatiza que garantizar el derecho a la vida y a la salud en Colombia pasa por la prestación de atención médica oportuna y de calidad. Además, enfatiza la responsabilidad de los Estados y los sistemas de salud de garantizar que todas las personas tengan iguales oportunidades para proteger su salud y vivir con dignidad.

Referencias citadas

- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia T-384/13.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-384-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T261-2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-261-17.htm>
- Gaspar Santos, M. E., Zambrano Olvera, M. A., Paucar Paucar, C. E., & Rivera Segura, G. N. (Eds.). (2021). El desabastecimiento de insumos médicos como vulneración del derecho a la salud. *Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, ciencia y*

Tecnología. Recuperado de
file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetElDesabasteci
mientoDeInsumos MedicosComoVulneracion-8305753-1.pdf

Redjurista, S. A. S. (S.f.). Corte Constitucional, Sentencia de revisión de
tutela No. 121 de 2015 - Colombia. Recuperado el 5 de septiembre
de 2023, de
[https://www.redjurista.com/Documents/corte_constitucio
nal_sentencia_de_revision_de_tutela_no._121_de_2015.a_spx#/](https://www.redjurista.com/Documents/corte_constitucional_sentencia_de_revision_de_tutela_no._121_de_2015.a_spx#/)

Los campesinos como sujetos de derecho de especial protección constitucional

Carlos Andrés Charo Quijano¹
Ramsés López Santamaría²

Resumen

La relación inequitativa entre los factores económico y social, en relación al campo y la ciudad es cada vez más evidente, lo que ha ocasionado desigualdad entre los distintos grupos de poblaciones que habitan en las distintas zonas rurales del territorio colombiano, siendo la población campesina uno sobre los cuales ha recaído el mayor impacto negativo de esta situación, ya que, la falta de territorio donde se pueda desarrollar la explotación de su actividad económica, el conflicto armado que se vive a lo largo del País y el desarrollo de actividades ilícitas como el narcotráfico, son situaciones que contribuyen al estancamiento de esta población.

Desde una perspectiva jurídica, ante la ineficacia de los mecanismos destinados a solventar la posición vulnerable en la que se encuentra la población campesina permite cuestionarse si ¿Deben los campesinos como grupo social alcanzar especial protección constitucional de sus derechos?, para dar respuesta a este interrogante se tienen en cuenta las fuentes del derecho.

¹ Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

² Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomo.edu.co

Introducción

Si bien el ordenamiento jurídico desarrolla mecanismos idóneos para la protección de las garantías fundamentales para toda la población, se analiza las condiciones de inequidad presentada en territorios rurales y así determinar la conveniencia de declarar a los campesinos como sujetos de derecho que ameritan especial protección constitucional.

Sobre esta temática se han presentado recientes pronunciaciones por parte de la corte constitucional en jurisprudencias como la C-077 de 2017 y T-090 de 2023, donde se reconoce la importancia del reconocimiento de los campesinos como sujetos de derecho que merecen especial protección constitucional, bajo ciertos criterios; y el reconocimiento de las zonas de reserva campesina como medios de protección de los territorios donde se desarrolle la actividad agropecuaria.

En este orden de ideas, abordando la presente investigación desde la situación en la que se han sumergido los campesinos como población en estado de vulnerabilidad, partiendo de los pronunciamientos de la corte constitucional se pretende resolver ¿Por qué debe la población campesina como grupo social alcanzar especial protección constitucional de sus derechos?

Entendiendo el alcance del problema planteado en el presente trabajo, este se aborda desde el análisis de la información jurisprudencial al respecto de la temática, así como también el proceso que han adelantado otros grupos de la población similares al estudiado como son los indígenas y los afrodescendientes; a través del método análisis jurisprudencial.

Finalmente, elegido el método análisis jurisprudencial, se espera con ello confirmar la conveniencia de amparo constitucional para los campesinos y así determinar alternativas que garanticen la equidad al acceso de los medios para el mejoramiento de su dignidad humana.

Los campesinos como sujetos de derecho, población que amerita especial protección constitucional

Definición de campesino

Para desarrollar una definición conceptual del campesino como grupo social de la población en Colombia, se debe partir de la situación de vulnerabilidad y discriminación en la que se ha inmiscuido este sector debido al contexto social en materia de seguridad, condiciones específicas de impulso económico y social. Según la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, en la declaración sobre los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en zonas rurales “Un campesino es un hombre o una mujer de la tierra, que tiene una relación directa y especial con la tierra y la naturaleza a través de la producción de alimentos u otros productos agrícolas.”

Los campesinos son un grupo de la población, cuya profesión genera la producción de recursos alimenticios y mercancías agrícolas, mediante la explotación económica de la tierra, hecho que contribuye a la materialización de los fines y derechos consagrados en la constitución y la ley. De lo anterior se evidencia la estrecha relación entre el campesinado y la propiedad rural con destinación agrícola; considerando este recurso como mecanismo mediante el cual se realiza derecho al trabajo agrario.

Es por lo anterior que la constitución política de 1991, en su artículo 64 inciso primero reconoce:

“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra del campesinado y de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”. Precepto que impone la obligación de desarrollar las condiciones que permitan el acceso a la propiedad, por parte del aparato estatal; situación relevante tomando en cuenta la problemática presente alrededor al acceso a la propiedad rural necesaria para la actividad agrícola, que se ha evidenciado en el contexto colombiano; contribuyendo al desarrollo de los fines constitucionales como lo son la igualdad, la solidaridad, la dignidad humana, vulnerados a la población campesina a lo largo de la historia”.

Por otra parte, la jurisprudencia se ha referido sobre el campesino, a través de la corte constitucional en la sentencia C-077 de 2017 en la que se considera:

“Los campesinos y los trabajadores rurales son sujetos de especial protección constitucional en determinados escenarios. Lo anterior, atendiendo a las

condiciones de vulnerabilidad y discriminación que los han afectado históricamente, de una parte, y, de la otra, a los cambios profundos que se están produciendo, tanto en materia de producción de alimentos, como en los usos y la explotación de los recursos naturales”

Los campesinos como población en estado de vulnerabilidad

En el desarrollo del marco constitucional, el Estado colombiano está en el deber de adelantar las condiciones de equidad que permitan garantizar a los diferentes sectores de la sociedad el goce de sus derechos y garantías fundamentales, siendo los campesinos un grupo sobre los cuales han recaído situaciones de adversidad y discriminación, tales como: el enfrentamiento directo a situaciones derivadas del conflicto armado interno, presente a lo largo del territorio nacional, y victimización por parte de diferentes grupos subversivos que están en contra de la ley y el orden institucional; la carencia de los recursos de manufactura para el desarrollo del trabajo; la competencia directa en el mercado con economías cuyo sistema de producción se encuentra en un nivel de desarrollo elevado, esto a raíz del inevitable fenómeno de la globalización.

En el contexto histórico se puede evidenciar cómo la polarización política y social ha marcado un aspecto considerable dentro del territorio de Colombia, fragmentando la población, generando situaciones de violencia y desigualdad entre las personas; siendo los campesinos el grupo que más ha sufrido las consecuencias de la división política del país.

En un breve relato de los sucesos que han influenciado para que los campesinos se hayan sumergido en esa posición de vulnerabilidad, partimos del año 1928, donde por primera vez se evidencia la imposibilidad de la población colombiana de explotar económicamente las zonas rurales, dejándola en manos de la multinacional extranjera United Fruit Company, los cuales vulneran los derechos en materia laboral de las personas que prestaban sus servicios para la compañía en su mayoría campesinos, el derecho al acceso de la propiedad rural, ocasionando inconformismo y manifestaciones entre la población, hecho que posteriormente desencadena en la reprochable masacre de las bananeras.

Posteriormente, el suceso ocurrido en la ciudad de Bogotá, exactamente el 9 de abril de 1948, donde se presenta el magnicidio del referente político Jorge Eliecer Gaitán, hecho que desencadena en una oleada de violencia en la ciudad capital y el levantamiento en armas de la población civil, la cual exigía el alejamiento del cargo del presidente Mariano Ospina Pérez. Esto ocasionó la aparición de los

primeros grupos alzados en armas en contra de la organización institucional, los cuales tomaron como centros de asentamiento para sus estrategias militares y políticas las zonas rurales del territorio de Colombia, colocando a los campesinos en el centro de este conflicto que ha azotado el país desde esta época.

Años más tarde, en otro suceso que ha marcado la historia del campo colombiano en el periodo comprendido entre la década de los años 70, con la implementación de actividades ilícitas en el campo tales como la siembra de la marihuana, aparece el fenómeno del narcotráfico como otro aspecto que ha marcado de forma negativa, impactando en el progreso del campo colombiano. Los grupos al margen de la ley, como lo son las FARC EP, utilizaron sus recursos para garantizar la protección y el desarrollo de la actividad del narcotráfico como mecanismo de financiación de sus actividades ilícitas, ocasionando el fortalecimiento de este fenómeno, estableciendo como víctimas a las personas en cuyo territorio de desarrolla esta problemática.

En el año de 1991 se hizo necesario el cambio de un modelo constitucional, esto debido al panorama de violencia que se vivía en la época; sin embargo, en esta reforma constitucional se fragmenta la población dedicada al trabajo agropecuario, en grupos como indígenas, afros y campesinos, generando condiciones de inequidad en aspectos tales como el desarrollo de sus cultura, educación y acceso a tierras entre otros. Puesto que si bien en el modelo constitucional de 1991, reconoce la protección de las diversidad étnica y cultural de la nación, no cuenta con los medios idóneos para el desarrollo de una parte importante para una nación como lo es el sector agropecuario.

El campo colombiano se ha sumergido, directa e involuntariamente, en la problemática del conflicto armado interno, como consecuencia de ello tenemos las diferentes masacres que se han presentado en diferentes sectores a lo largo del territorio nacional; adicionalmente, los múltiples desplazamientos de los campesinos de sus territorios por amenazas de los diferentes grupos subversivos que se han originado; e incluso afectaciones generadas por instituciones estatales, como lo es el caso de los falsos positivos, evidenciándose la situación de vulnerabilidad a la que se han sometido las poblaciones campesinas a lo largo de la historia.

La tierra un recurso esencial para desarrollo de los campesinos

La legislación colombiana reconoce distintos modos legítimos para adquisición de bienes inmuebles como lo son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción, sin embargo en relación a la propiedad rural, se han presentado falencias puesto que un alto porcentaje de las tierras aptas para la explotación agrícola está en poder de personas cuya destinación es diferente al desarrollo de esta actividad; por otra parte encontramos predios de pequeños campesinos que aún se encuentra sin sanear, conforme a las solemnidades para este proceso.

Otro fenómeno que ha surgido a raíz de la problemática sobre las tierras en Colombia ha sido el fenómeno de las invasiones rurales, puesto que por una mala interpretación de la norma que permite la adquisición de predios mediante la posesión del mismo, durante un periodo determinado de tiempo y así operar la prescripción adquisitiva de dominio, ha desencadenado que grupos de campesinos se tomen arbitrariamente el dominio de la propiedad legalmente adquirida por los legítimos propietarios, generando conflictos entre estas partes.

Situación que evidencia la problemática que se ha desarrollado entorno a la adquisición de la propiedad rural, siendo este recurso esencial para la materialización del derecho al trabajo del campesino, al establecerse como una garantía que pretende el desarrollo de principios y fines constitucionales, encontrándose el Estado en posición de garantizar los mecanismos idóneos para la adecuación de tales preceptos en relación con la población campesina.

La tierra es el principal recurso para el desarrollo del ejercicio del trabajo agrario, sin embargo, en Colombia se presentan falencias en cuanto a su distribución, puesto que es una porción mínima de esta recae sobre personas cuya destinación sería la actividad agrícola, pese a que la constitución política de 1991 reconozca en su artículo 64: “es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra, con el objetivo de mejorar el ingreso y la calidad de vida de la población rural y campesina”.

Para el caso de la presente investigación se puede precisar con ayuda de la sentencia T-090 de 2023, proferida por la corte constitucional, en la que se establece la importancia de la constitución de zonas de reserva campesina, toda vez que:

“Garantizar el acceso a la tierra del campesinado pretende mejorar su calidad de vida y satisfacer su dignidad humana, como reconocimiento de la relación intrínseca entre el campesino y la tierra. (...) En este asunto también está en juego el cumplimiento del Acuerdo Final de Paz, que reconoce las Zonas de Reserva Campesinas –ZRV– como espacios de construcción de paz y garantía de derechos de la población campesina”.

Contextualizando con la actualidad es necesario la protección de los diferentes territorios donde se pretenda la realización de trabajos agrarios, propendiendo el desarrollo económico de este sector, haciendo énfasis en su importancia si se pretende la mitigación de la crisis alimentaria; así como generar los medios adecuados para asegurar a los trabajadores del campo el acceso a un recurso tan esencial como lo es la propiedad rural.

Las zonas de reserva campesina encuentran su desarrollo normativo en la Ley 160 de 1994, mediante las cuales se pretende potencializar y consagrar la estructura económica de los campesinos, mitigando consecuencias que a lo largo del tiempo ha generado el conflicto interno en el país, generando espacios de paz y justicia social en los respectivos territorios campesinos; esto en lugares tales como:

“(...) zonas de colonización, en las regiones en donde predomine la existencia de tierras baldías y en las áreas geográficas cuyas características agroecológicas y socioeconómicas requieran la regulación, limitación y ordenamiento de la propiedad o tenencia de predios rurales”

La instauración de las zonas de reserva campesina pretende abarcar los siguientes objetivos:

1. Controlar la expansión inadecuada de la frontera agropecuaria del país.
2. Evitar y corregir los fenómenos de inequitativa concentración, o fragmentación antieconómica de la propiedad rústica.
3. Crear las condiciones para la adecuada consolidación y desarrollo sostenible de la economía campesina y de los colonos en las zonas respectivas.
4. Regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos o colonos de escasos recursos.

5. Crear y construir una propuesta integral de desarrollo humano sostenible, de ordenamiento territorial y de gestión política.
6. Facilitar la ejecución integral de las políticas de desarrollo rural.
7. Fortalecer los espacios de concertación social, política, ambiental y cultural entre el Estado y las comunidades rurales, garantizando su adecuada participación en las instancias de planificación y decisión local y regional.

La problemática que ha desarrollado la crisis entorno a la tierra como elemento fundamental del desarrollo de la actividad agropecuaria, se considera como factor determinante en el atraso económico y social de los campesinos dentro de la sociedad, ya que la distribución inequitativa de la misma ha generado desigualdades en el interior de la población del sector agrícola, ocasionando luchas y oleadas de violencia con el objetivo de lograr la adquisición de este recurso por parte de la población más vulnerable. Las consecuencias del conflicto que ha surgido alrededor de la crisis de la tierra han ocasionado impactos de índole social, económica y ambiental entre la población campesina y distintos grupos sociales tales como afro descendientes e indígenas, cuya finalidad es el trabajo de la tierra y la agricultura.

Diagnóstico jurisprudencial que permite establecer el trato de los campesinos como sujeto de derecho en Colombia

Los campesinos como sujetos de derecho debido a condiciones de vulnerabilidad y discriminación

En cuanto al desarrollo jurisprudencial que, en materia de derecho constitucional, el reconocimiento del campesinado como sujetos que merecen especial protección constitucional debido a la situación vulnerable y tratos discriminatorios en la que se han inmiscuido y la protección de su territorio a través de la instauración de zonas de reserva campesina, tema sobre el cual se puede evidenciar que existen la sentencia C-077 del 2017 y la sentencia T-090 del 2023; en las cuales se establece un precedente constitucional respecto a la temática de estudio.

En cuanto al análisis de la corte, para un diagnóstico sobre la tendencia para la solución y comprensión de problemas jurídicos relacionados con el tema del reconocimiento de los campesinos como sujetos de derecho que merecen especial protección constitucional, tiene como fin atender dichos asuntos de la siguiente manera: el derecho de los campesinos al desarrollo de la actividad agrícola, los trabajadores del campo como sujetos de especial protección constitucional, el derecho a la propiedad legítima para los trabajadores del sector agrícola y el reconocimiento de sus territorios como zonas de reserva campesina, esto con el objetivo de alcanzar un desarrollo integral del trabajo de los campesinos en Colombia.

En la sentencia C-077 del 2017 la corte constitucional considera que los campesinos y los trabajadores rurales son sujetos de especial protección constitucional en determinados escenarios. Lo anterior, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que los han afectado históricamente, de una parte, y, de la otra, a los cambios profundos que se están produciendo, tanto en materia de producción de alimentos, como en los usos y la explotación de los recursos naturales.

Este criterio teniendo en cuenta las situaciones de vulnerabilidad y discriminación las que han sido sometidas las poblaciones campesinas en el transcurrir de la historia, teniendo en cuenta factores que han incidido en el atraso económico evidenciado en este sector de la población; donde se presenta a la población campesina en confrontación directa con fenómenos como la crisis armada interna del país, el narcotráfico, la polarización política y condiciones de inequidad para la realización del trabajo agropecuario.

En otro aspecto, la carencia del reconocimiento de la condición de sujeto de derecho de especial protección constitucional de los campesinos ha influido considerablemente en el desarrollo del campo colombiano y de los trabajadores agrarios. Pues la concentración de la propiedad en poder de los grandes terratenientes, la dispersión de los pequeños propietarios y la sobrepoblación adyacente devastadora, son situaciones que impiden que la población campesina satisfaga de manera adecuada sus necesidades.

La situación de vulnerabilidad a la que ha sido sometida históricamente los campesinos y trabajadores agrarios ha permitido que inicialmente, un segmento de este grupo, personas de bajos ingresos, adquieran el reconocimiento de sujetos de derecho que ameritan especial protección constitucional, así lo reconoce la jurisprudencia de la corte constitucional, tales son: las madres cabeza de familia,

la población desplazada por el conflicto armado, los menores de edad y los adultos mayores, así como también y aquellas comunidades campesinas que dependen de los recursos naturales para su subsistencia y para su identidad cultural.

En otro aspecto a destacar, con los cambios en cuanto al desarrollo económico a los que se está sometiendo la población a nivel global, ha repercutido directamente a la afectación del campo colombiano, ya que, con el fenómeno de la globalización, la alianza con otros países es inevitable, lo que conlleva a la confrontación con otras economías mejor desarrolladas en el tema agrícola en materia de competitividad, como lo ha manifestado la corte constitucional de la siguiente manera:

“las comunidades que se dedican a las economías tradicionales de subsistencia, en su mayoría rurales, se han enfrentado, por un lado, a un gran crecimiento y tecnificación de la industria de producción de alimentos, y por otro, a la exploración y explotación de recursos naturales para la realización de macroproyectos. Las dos situaciones han ocasionado un detrimento en las prácticas tradicionales de agricultura y/o acuicultura provocando el aislamiento del oficio y producción de comunidades tradicionales del mercado de alimentos, y con ello, la afectación de las economías tradicionales de subsistencia.”

La situación de vulnerabilidad y discriminación que ha venido marcando a la población campesina a lo largo de la historia debido a diversos factores: como la geografía colombiana, la violencia, el narcotráfico, la distribución inequitativa de la tierra; y sumado en la actualidad el cambio climático y la competencia con economías fortalecidas han puesto en riesgo la subsistencia y forma de vida de los pequeños agricultores y los trabajadores rurales que se dedican a las economías tradicionales.

Constitución de Zonas de Reserva Campesina

Presentándose alrededor del sector campesino condiciones de vulnerabilidad y discriminación, y una estrecha relación con la tierra como recurso para el desempeño de las actividades agrícolas, la constitución política de 1991 estableció en su artículo 64:

“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones,

comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.”

El objetivo de este precepto es constitucionalizar el derecho a la propiedad agraria con el objetivo de garantizar el acceso a ingresos necesarios para el desarrollo de condiciones de igualdad y dignidad humana y un mejoramiento de la calidad de vida de las personas dedicadas al trabajo del campo, dada su condición de sujeto de especial protección constitucional, y permitiendo así el cumplimiento de los fines y principios constitucionales del Estado para con la población campesina.

La estrecha relación entre el campesino y la tierra hace necesario que se garantice el acceso progresivo a este recurso según el cual en el pronunciamiento de la corte constitucional en la sentencia SU-426 de 2016, es un:

“(…) derecho de carácter subjetivo, y de su realización depende la mejora de los ingresos y la calidad de vida de la población rural. Segundo, es una obligación que va acompañada de la garantía de una serie de bienes y servicios básicos, cuya efectividad permite satisfacer la dignidad humana. Tercero, entre el campesino y la tierra se genera una relación de producción agrícola, de manera que existe un nexo directo entre el acceso a la propiedad agraria y el derecho al trabajo. Cuarto, guarda una relación intrínseca con el derecho a la vivienda digna, en razón a la interdependencia de la población campesina con el entorno rural en el que se enmarca tradicionalmente su domicilio y lugar de residencia”

La estrecha relación entre el campesino y el recurso tierra, hace necesaria la ejecución de mecanismos que permitan la consecución de la propiedad para las personas de las zonas rurales que pretendan su explotación económica, y escenarios donde se garantice el respeto por la cultura campesina, por sus tipos de producción y de implementación de la educación a las personas del sector agrícola, con el fin de garantizar la tecnificación y desarrollo de las actividades rurales; en este sentido surge la implementación de zonas de preservación campesina.

Este modelo lo encontramos en la ley 160 de 1994, y regulado por el acuerdo 024 de 1994, se pretende garantizar la protección y desarrollo de la pequeña propiedad rural, siendo el resultado de la constante lucha política por la reclamación del derecho a la propiedad rural por parte de los diferentes grupos campesinos y trabajadores agrarios. Con la búsqueda del acceso equitativo de este recurso y el control eficiente sobre la inadecuada expansión de frontera agrícola.

En una definición que podría representar lo que son las zonas de reserva campesina lo tomamos desde las consideraciones de la corte constitucional según la cual: es un mecanismo mediante el cual se garantiza el acceso equitativo y progresivo a la tierra por parte de los trabajadores agrarios, controlando la expansión inadecuada de la propiedad rural, pretendiendo el acceso a condiciones dignas de la población campesina de escasos y el mejoramiento de la calidad de vida de la mencionada población.

Desarrollo integral de la actividad agrícola en Colombia

El desarrollo integral del campo hace referencia a la implementación de garantías que permitan desarrollar y materializar el goce adecuado de principios constitucionales tales como la igualdad, la equidad, la convivencia, el trabajo, la justicia, la libertad, la paz, la democracia, la unidad nacional y la participación; en cuanto al avance normativo que busque la consecución seguridad jurídica para la población campesina.

En el ejercicio de garantías constitucionales como el derecho al trabajo, y por las libertades para escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad, y la participación; los cuales pueden interpretarse en el resultado de la consecución del postulado de la dignidad humana, supuestos que ingieren en la libertad del campesino de desarrollar actividades agropecuarias que le permitan alcanzar condiciones de vida adecuadas, se toma la tierra como el elemento mediante el cual se le permite al trabajador agrícola el goce efectivo de su derecho al trabajo.

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce a los campesinos como sujetos de derecho que ameritan el goce de especial protección constitucional, y que la corte constitucional ha establecido criterios bajo los cuales adquieran esta calidad: el nivel de marginación y discriminación al que tradicionalmente han sido sometidos ha permitido que parte de la población campesina tales como la población desplazada por la violencia, las madres cabeza de familia, los menores entre otros, fueran considerados como población vulnerable que merece especial protección constitucional.

Sin embargo, es evidente el desligue que hay entre los campesinos y la idea de realizar actividad agropecuaria como modelo de desarrollo económico, producto de ello el debilitamiento de este sector de la economía, generando incluso desabastecimiento en los productos de la canasta familiar, que por las

condiciones geográficas pudieran llegar a producirse en nuestro territorio. Se hace necesario el desarrollo de medios normativos que garanticen la seguridad jurídica de la población campesina, respecto a la organización estatal.

Al ser el trabajo del campo una actividad que se encuentra ligada a la tierra como elemento esencial para su desempeño, se hace necesaria la adquisición por parte del campesino y mecanismos de protección por parte del aparato estatal, donde se pretende con el reconocimiento de zonas de reserva campesina como medios que garantizan el acceso equitativo a latifundios por parte del sector campesino que tenga escasos recursos.

Mediante el acto legislativo 01 del 05 de julio de 2023, se busca garantizar el desarrollo integral del trabajo de los campesinos, puesto que por primera vez en la historia normativa colombiana se reconoce la protección constitucional a los campesinos como sujetos de derecho textualmente el inciso segundo del artículo 64 de la constitución política establece:

“El campesinado es sujeto de derechos y de especial protección, tiene un particular relacionamiento con la tierra basado en la producción de alimentos en garantía de la soberanía alimentaria, sus formas de territorialidad campesina, condiciones geográficas, demográficas, organizativas y culturales que lo distingue de otros grupos sociales”

Precepto que desarrolla alternativas respecto a la situación que durante años se ha vivido en torno al campo colombiano, pues busca integrar al campesino con la tierra en función del ejercicio de su trabajo y así pretender el desarrollo de la seguridad alimentaria de la población en general, fomentando la participación en las decisiones que atañen a este sector de la sociedad en las decisiones que los interesan, además de ello respetando sus territorios y el desarrollo de sus cultura y todas las características que los diferencien de los demás grupos sociales.

La tierra es un recurso importante en el desarrollo del trabajo de los campesinos y las actividades agrícolas, sin embargo, para la consecución de un desarrollo integral del campo colombiano, se deben considerar otros elementos importantes dentro de la sociedad y que forman parte de los fines constitucionales del estado, como lo son: el acceso a la educación, a la salud, a la conectividad vial, a los medios tecnológicos para el desempeño de su trabajo.

La educación es un derecho de las personas y un servicio público que tiene una función social, mediante la cual se pretende la consecución de factores que determinan el desarrollo personal del individuo dentro de la sociedad, siendo

indispensable en torno al trabajo de los campesinos, en el cual el avance respecto a la ciencia y el desarrollo tecnológico ha sido muy limitado; es por ello que se hace necesaria la implementación de medidas que garanticen una instrucción de calidad para la población campesina.

Respecto al sistema de seguridad social en relación con el trabajo agrícola, se presentan falencias considerables, debido a la situación de informalidad en la que se ha posicionado el trabajo de los campesinos, siendo considerado una utopía el acceso al sistema de seguridad social por parte de la población rural, evidenciando falencias en la contribución de los campesinos a este sistema; limitando así el acceso a la salud, la pensión y protección ante riesgos laborales.

La precariedad de las vías de acceso a los asentamientos rurales, ha generado una brecha en cuanto a conectividad y acceso a las oportunidades entre el campo y la ciudad, lo que ha estancado en muchos sectores la comercialización de los productos agrícola y el acceso a los insumos de producción, es por ello que se debe mitigar el mal estado del sistema vial si se pretende un desarrollo integral del campo, para generar condiciones de competitividad respecto a economías internacionales, más avanzadas en este sector.

Referente a la competitividad, se hace necesario la tecnificación del trabajo agrícola, mediante la implementación de nuevas tecnologías y nuevos métodos de producción que garanticen el eficaz aprovechamiento de los recursos de los que se disponga, en especial énfasis respecto de los pequeños propietarios de tierra, pretendiendo que accedan a las condiciones de equidad que les permitan generar competitividad en sus propiedades, respecto a los grandes productores agrícolas.

Conclusiones

En el caso de la descripción del problema jurídico planteado al inicio del presente trabajo de investigación y una vez asumido el reto del análisis ¿Deben los campesinos como grupo social alcanzar especial protección constitucional de sus derechos?, es posible advertir que, respecto a dicho problema se puede indicar que se confirma la tesis sobre el reconocimiento de los campesinos como grupo social que amerita la categoría de sujetos de derecho y garantizando su especial protección constitucional, teniendo en cuenta para ello se hizo uso de las

sentencias de la corte constitucional C-077 de 2027 y T-090 de 2023, sobre las cuales se soporta la propuesta de comprensión del mencionado problema.

La mencionada tesis se confirma, toda vez que hecha la revisión jurisprudencial sobre el tema desde la perspectiva de la Corte constitucional, indicando que el problema debe ser entendido teniendo en cuenta las diferentes situaciones a las que se ven sometidos la población campesina en el ejercicio de su actividad, se encuentra en una posición inequitativa y desigual en relación con los demás grupos de la población. Con ella, se puede advertir que para el caso particular es posible sostener como respuesta concreta al problema el reconocimiento de la población campesina como sujetos de derecho que merecen el goce de especial protección constitucional, debido a las situaciones de vulnerabilidad y discriminación a las que se han visto sometidas tradicionalmente; así como también al difícil acceso a la propiedad rural como mecanismo para el desempeño de su actividad económica.

Ahora bien en cuanto al análisis jurisprudencial y normativo propuesto sobre el reconocimiento del campesinado como sujetos de derecho y su especial protección constitucional, se puede orientar que este resultado fue posible gracias a la selección inicial de las sentencias de la corte constitucional en donde se establecen los parámetros bajo los cuales se brinda este reconocimiento jurídico a los trabajadores agrarios, así como el reconocimiento y respeto por sus territorios mediante la instauración de zonas de reserva campesina, aminorando la brecha que históricamente ha prevalecido entre los trabajadores del campo con otros grupos de la sociedad.

La situación de vulnerabilidad y discriminación a la que históricamente han sido sometidos los campesinos, representan factores importantes en la determinación de constituirlos como sujetos de derecho que ameritan especial protección constitucional. Siendo de carácter esencial garantizar el derecho al acceso equitativo a la tierra como medio para la realización de las actividades agropecuarias evidenciándose la necesidad de la instauración de las zonas de reserva campesina como mecanismos adecuados para la consecución del mencionado objetivo.

La constitución política de 1991 mediante el acto legislativo 01 del 5 de julio de 2023 marca el principio de lo que podría representar un cambio en la historia de los campesinos, pues se materializa su aceptación como sujetos de derecho que ameritan el goce de especial protección constitucional textualmente el artículo manifiesta:

“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra del campesinado y de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa.

El campesinado es sujeto de derechos y de especial protección, tiene un particular relacionamiento con la tierra basado en la producción de alimentos en garantía de la soberanía alimentaria, sus formas de territorialidad campesina, condiciones geográficas, demográficas, organizativas y culturales que lo distingue de otros grupos sociales.

El Estado reconoce la dimensión económica, social, cultural, política y ambiental del campesinado, así como aquellas que le sean reconocidas y velará por la protección, respeto y garantía de sus derechos individuales y colectivos, con el objetivo de lograr la igualdad material desde un enfoque de género, etario y territorial, el acceso a bienes y derechos como a la educación de calidad con pertinencia, la vivienda, la salud, los servicios públicos domiciliarios, vías terciarias, la tierra, el territorio, un ambiente sano, el acceso e intercambio de semillas, los recursos naturales y la diversidad biológica, el agua, la participación reforzada, la conectividad digital, la mejora de la infraestructura rural, la extensión agropecuaria y empresarial, asistencia técnica y tecnológica para generar valor agregado y medios de comercialización para sus productos.

Los campesinos y las campesinas son libres e iguales a todas las demás poblaciones y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular las fundadas en su situación económica, social, cultural y política.”

Esto se considera un logro considerable en materia jurídica para la población campesina, en materia normativa, pues por primera vez en su historia este grupo social cuenta con el respaldo constitucional para la protección de sus derechos en el estado de vulnerabilidad y discriminación al que se ha sometido producto de la lucha contra las diferentes crisis que se presentaron en torno a su posición en el contexto colombiano.

Respecto al desarrollo integral de los campesinos y los trabajadores agrícolas, se hace necesaria la integración de factores esenciales, tales como la tierra y la disposición de las personas de realizar su explotación económica; adicional a ello se debe garantizar una adecuada educación para los pobladores rurales, que permita desarrollar nuevos conocimientos respecto del trabajo agrícola.

En cuanto a las condiciones de calidad de vida de las personas campesinas, se debe buscar la inclusión al sistema de seguridad social, garantizando el acceso al

sistema de salud, a una pensión digna y la protección de riesgos laborales. En relación a la conectividad se busca el acceso al mercado para la distribución de las mercancías agrícolas y la compra de insumos, para el desarrollo de la actividad económica agrícola.

Referencias citadas

- Calle, M. B. (s. f.). Sentencia SU 426/16. Corte Constitucional. Citado 3 de septiembre de 2023, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU426-16.htm>
- Congreso de la República de Colombia (1994). Ley 160 de 1994, por la que se crea el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y se dictan otras disposiciones relacionadas con la reforma agraria. (1994). Función Pública. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66789#:~:text=reuniones%20de%20concertaci%C3%B3n.-,6,V%20de%20la%20presente%20Ley>
- Congreso de la República de Colombia. (2023). Acto legislativo 01 de 2023 Por medio del cual se reconoce al campesinado como sujeto de especial protección constitucional. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=213790>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-077/17. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-077-17.htm#_ftnref3
- Presidencia de la República - Colombia. (2023, 14 junio). Reforma constitucional reconoce a los campesinos como sujetos de derechos: MinAgricultura [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=XTR5ws2eit4Reyes>, J. F. sentencia C- 90 de 2023. (s. f.). Corte Constitucional. Citado 28 de agosto de 2023, tomado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-090-23.htm>

Análisis de la constitucionalidad del Artículo 81 del Decreto 960 de 1970 en relación al Derecho Fundamental del Debido Proceso

*Cristian Felipe Pomeo Idrobo¹
Ramsés López Santamaría²*

Resumen

Esta investigación pretende determinar si se produce una violación al derecho constitucional del debido proceso, específicamente en su manifestación de derecho a la defensa y contradicción, por parte del inciso 6º del artículo 81 del Decreto 960 de 1970. Esto es relevante ya que dicha disposición establece que, en un proceso de solicitud judicial de emisión de copia sustitutiva de instrumento público que otorgue mérito ejecutivo, el único argumento de oposición posible por parte del deudor es la extinción de la obligación. Sin embargo, este mismo artículo establece otras condiciones para la procedencia de la solicitud que también podrían ser objeto de objeción por parte del deudor.

Para la concreción de esta investigación, se empleará un enfoque cualitativo de investigación, pues resulta idóneo para determinar el alcance de las normas

¹ Estudiante de décimo semestre del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo de contacto cristian.pomeo.i@uniautonomia.edu.co

² Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co

mencionadas y su papel dentro del sistema notarial colombiano. Esto permitirá determinar si existe o no vulneración al derecho constitucional.

Introducción

El debido proceso es un derecho amplio que puede adoptar múltiples dimensiones en el seno del derecho sustancial y procedimental. Dada su naturaleza multidimensional, su alcance puede resultar excesivamente extenso al abordarlo de manera general en el desarrollo de una investigación. Por esta razón, este estudio, se enfocará exclusivamente en su dimensión o garantía del derecho a la defensa y la contradicción, confrontándola con el inciso 6° del artículo 81 del Decreto 960 de 1970, a fin de definir si esta norma notarial viola dicha dimensión o no.

El derecho a la defensa y contradicción como manifestación del debido proceso, ha sido objeto de análisis en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia colombiana, especialmente por la honorable Corte Constitucional, dada su naturaleza de derecho fundamental. No obstante, el artículo 81 del Estatuto del Notariado no ha recibido el mismo nivel de atención, lo que motiva a esta investigación a desarrollar reflexiones sobre su alcance con base en lo expresado por la alta corporación y a confrontarlo a la norma cuestionada.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional, en sentencia T-572 de 1992, providencia relevante respecto a este concepto, señaló que el debido proceso es un derecho fundamental que engloba el derecho a la defensa y a la contradicción en el contexto de los procesos judiciales, traduciéndolo específicamente como “la facultad que tiene el inculpado para impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le son adversas”. Situación que se encuentra directamente relacionada con la problemática que aborda esta investigación.

Por su parte el artículo 81 del Decreto 960 de 1970 es una norma de carácter procesal dentro del contexto del Estatuto Notarial, por la cual se regula la emisión de copia sustitutiva de instrumento público que otorgue mérito ejecutivo por pérdida o destrucción, la cual determina entre otra, la vía judicial para hacerlo, la cual será el objeto de cuestionamiento constitucional.

Bajo este alcance conceptual, la investigación se centrará en determinar si existe una violación al derecho constitucional del debido proceso, específicamente en

su manifestación de derecho a la defensa y contradicción, por parte del inciso 6° del artículo 81 del Decreto 960 de 1970.

Para desarrollar este objetivo, el problema de investigación será abordado, desarrollado y resuelto desde una perspectiva reflexiva, utilizando para ello el método cualitativo de investigación. A través de este enfoque, que permite analizar las normas mencionadas desde una óptica amplia y crítica, se busca confirmar si la pregunta de investigación formulada puede o no responderse en relación con el análisis planteado en esta propuesta de investigación.

Sobre el debido proceso

El debido proceso, como derecho fundamental, se encuentra establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y se concibe como una serie de garantías procesales que deben estar presentes en todas las actuaciones administrativas y judiciales, cuyo objetivo es asegurar que cada persona sea sometida a estas actuaciones siguiendo las formas propias para cada juicio o proceso, para así conseguir la protección del individuo inmiscuido en estos procesos o juicios, por medio del respeto a sus derechos y el alcance a la justicia.

Entiéndanse como garantías constitucionales del debido proceso el derecho a un juez natural, principio de legalidad, la presunción de inocencia, derecho a una defensa técnica, derecho a la prueba y su contradicción, derecho a la doble instancia y al *non bis in idem*. Sin embargo, su disposición formal en la Constitución es general, por lo que su desarrollo como figura jurídica y el de todos los derechos que la incorporan se ha enriquecido a través de los pronunciamientos de las altas cortes colombianas e internacionales.

A nivel internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con las “Garantías Judiciales” (1969), dispuso en el artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, pese a tener un especial enfoque a procesos penales, ciertas garantías propias del debido proceso aplicables a todo tipo de actuaciones administrativas o judiciales, como lo son el derecho a ser escuchado; al derecho a un juez natural, el cual debe ser independiente e imparcial; derecho a la defensa técnica, ya sea de forma personal o a través de un defensor, remunerado o no, para lo cual deben ser proporcionadas otras series de garantías como la posibilidad de comunicación oportuna, libre y

privada; derecho a la contradicción probatoria, o al menos de testigos; derecho a la doble instancia; principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Algunas de estas garantías tienen origen en la trascendental Declaración de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Esto justifica plenamente la necesidad de incluir al debido proceso dentro del grupo selecto de derechos fundamentales y de garantizar que permee todas las actuaciones administrativas y judiciales del Estado Colombiano, pues resulta imperante que estas garantías sean respetadas, ya sea en el caso de un individuo imputado del delito de Rebelión contra el Estado colombiano o el de alguien que busque la emisión de copia de instrumento notarial que presta mérito ejecutivo.

Por su parte, la jurisprudencia colombiana, especialmente la proveniente de la Corte Constitucional, ha desarrollado las diversas dimensiones o garantías que compone el debido proceso como derecho fundamental. Así, por ejemplo, en la sentencia SU 174 de 2021, en reiteración a una tendencia jurisprudencial, se señala que para esta alta corte las garantías que conforman el debido proceso son el derecho a la jurisdicción, al juez natural, a la defensa, a un proceso público, a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario.

De esto que se entienda al debido proceso como un derecho contentivo de otros derechos, lo cual lo hace bastante extenso y que resulte plenamente necesario delimitarlo para desarrollar esta investigación. Así, en el marco de esta investigación, se abordará exclusivamente el debido proceso como derecho a la defensa y al derecho a la prueba, expuestos así:

El debido proceso como derecho a la defensa

El derecho a la defensa se encuentra previsto dentro de las grandes legislaciones internacionales en materia de derechos humanos, así, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 7.6 y 81. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 29 de la Constitución Nacional. (Corte Suprema de Justicia, SP 2144-2016). De aquí que se conciba como un derecho de máxima relevancia jurídica, tanto a nivel nacional como internacional.

A partir de estas normas de rango superior, se concibe al derecho a la defensa como una garantía procesal que emana del debido proceso, por la cual las partes involucradas en un proceso tienen el derecho a ser escuchadas, presentando argumentos y pruebas, cuestionando los presentados por la contraparte; a participar activamente dentro del litigio; e, incluso, a contar con una defensa técnica, dimensión se escapa del marco de esta investigación; es decir, a todas las garantías necesarias para poder llevar a cabo un acto defensivo dentro de un proceso. (Corte Constitucional, T- 018/2017).

En este mismo sentido, la Corte Constitucional (2021) en la sentencia SU174/2021, mencionada anteriormente, manifestó que el derecho a la defensa es “El empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable” entendidos estos medios como la prueba, el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, el derecho a una defensa técnica, igualdad ante ley procesal, la buena fe, lealtad e igualdad a la ley procesal. La relación entre el debido proceso y el derecho a la defensa es resaltada por la Alta Corte, quien la encuentra como “una de las principales garantías del debido proceso” (Corte Constitucional, C-025/09),

Comparte con el debido proceso la finalidad de protección del individuo, solo que en este caso se diferencia por su alcance, pues el derecho a la defensa pretende que, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por una decisión, se impida la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, por consiguiente, de aquí que este derecho resulte esencial en las dinámicas procesales de los sistemas jurídicos.

Así, el derecho a la defensa, al encontrar nido en el debido proceso, se encuentra integrado en los diferentes sistemas jurídicos de Colombia, especialmente en los que regulan asuntos procesales, verbigracia, el artículo 11 del Código General del Proceso –CGP–, artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 8 del Código de Procedimiento Penal. No obstante, aunque su disposición no se encuentre expresa en otros sistemas jurídicos como estatutos, reglamentos o manuales, por mandato constitucional, este derecho es halla inmerso en cada una de las actuaciones judiciales y administrativas dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico.

De lo anterior, es posible manifestar que, pese a que el derecho a la defensa es una garantía más dentro de las tantas que se agrupan en el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa es por sí mismo un derecho que se compone de otro conjunto de garantías, que, en el contexto de un proceso judicial o

administrativo, son necesarias para desarrollar una actividad defensiva acorde a la igualdad y la justicia.

Así que, el hecho de que el derecho a la defensa, como una dimensión del debido proceso, pueda a su vez manifestarse en diversas formas, solo otorga virtuosidad a su existencia jurídica, y de aquello, que guarde relación con otras garantías constitucionales y legales. Tal es el caso del derecho a presentar pruebas y a su contradecirlas, relación de destacada relevancia en los procesos judiciales y administrativos.

El derecho a la defensa y el derecho a la prueba

El derecho a la defensa implica intrínsecamente la facultad probatoria, ya que un adecuado ejercicio de la defensa requiere que las partes tengan la capacidad procesal de solicitar, presentar y cuestionar pruebas. Por lo tanto, en todo proceso contencioso, es esencial garantizar estas prerrogativas, ya que la falta de hacerlo podría resultar en la violación de derechos fundamentales protegidos por la Constitución.

Así, la Corte Suprema de Justicia ha emitido reiterados pronunciamientos respecto a esta estrecha relación, destacándola como un vínculo inexorablemente presente en la materialización de la justicia dentro de los procesos. En la sentencia de casación con providencia SP154 de 2017, se manifiesta lo siguiente

“El derecho a la defensa se halla inescindiblemente vinculado con el derecho a probar, (...), el derecho que le asiste a la defensa a solicitar y a que le decreten las pruebas requeridas, constituye un presupuesto inexcusable del derecho al juicio justo”. (Corte Suprema de Justicia, SP154 de 2017).

Dentro de esta condición o naturaleza de relación, la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de Debido Proceso Probatorio, en el cual este derecho, que es una garantía propia del derecho a la defensa que a su vez es una garantía propia del debido proceso, adquiere la naturaleza de sus figuras contentivas y se convierte en un conjunto de garantías, las cuales se orientan a la materialización del derecho a la justicia por medio del desarrollo de una actividad probatoria plena constituida en el marco del respeto al derecho sustancial y procesal.

La Corte Constitucional (2019) en sentencia C-169/2019 enumera las garantías propias del derecho a la prueba, teniéndose como tales la posibilidad de presentar y solicitar pruebas; la oportunidad controvertir las pruebas que se presenten en

contra; la publicidad de la prueba; el sometimiento de la prueba a criterios legales y constitucionales para su decreto, recolección y práctica; la facultad del funcionario que conduce la actuación para decretar y practicar pruebas de oficio; y la evaluación por parte del juzgador de las pruebas incorporadas al proceso.

Es decir que, al igual que el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, el derecho a la prueba o debido proceso probatorio es un derecho complejo que se compone por una pluralidad de garantías, que al abandonar su estado abstracto e impersonal cuando son aplicadas a un proceso concreto y personal, permiten la concreción de otros derechos fundamentales de los sujetos inmersos en los procesos administrativos o judiciales, como por ejemplo el derecho a la justicia o igualdad. De aquí que resulte primordial que este tipo de derechos sea reconocidos y aplicados en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-163 de 2019, ha señalado que la protección a estas garantías procesales se extiende hasta el mismo Legislador, pues:

“(…) al Legislador asiste la potestad de configuración normativa para diseñar en detalle los procedimientos en cada ámbito del ordenamiento jurídico, pero está limitado, particularmente, por el debido proceso y los derechos de defensa y acceso a la administración de justicia”.

En resumen, existe una íntima relación entre el derecho a la defensa y el derecho a probar, de la cual emana un conjunto de garantías que no solo es vital para asegurar la equidad en los procedimientos legales, sino también en la preservación de la integridad y legitimidad del sistema jurídico en su conjunto. Tanto es así, que el legislador, quien en su poder tiene la facultad de crear, modificar y derogar normas, debe de ejercer su poder dentro de los límites que le establecen este tipo de derechos. En última instancia, el reconocimiento del derecho a un debido proceso, a la defensa y a probar, y la aplicación consciente de las garantías que los componen son ejercicios esenciales para garantizar justicia e igualdad en todas las acciones judiciales y administrativas.

Sobre el artículo 81 del Decreto 960 de 1970

Ciertos instrumentos públicos notariales tienen como finalidad prestar mérito para la exigencia del cumplimiento de una obligación. Estos documentos físicos, limitados a uno por cada acreedor presente en el acto y restringidos a la cuota de

su crédito, actúan como garantía para el acreedor frente al deudor. De aquí que su presentación resulte de máxima importancia para iniciar un proceso ejecutivo en caso de incumplimiento por parte de este último. Por su reconocida unicidad y su relevancia procesal, legal y probatoria, el Legislador reguló en el artículo 81 del Decreto 960 de 1970 dos vías procesales para emitir copia sustitutiva del instrumento en situación de pérdida o destrucción.

La primera vía es de naturaleza notarial, y se basa en la emisión de una copia sustitutiva a solicitud expresa de ambas partes ante el notario. Esta vía no es asunto de controversia ni de interés de esta investigación, ya que se utiliza cuando ambas partes tienen la plena voluntad de efectuar el proceso. Por lo tanto, solo surgirían obstáculos jurídicos si esta voluntad estuviese viciada por alguno de los vicios de la voluntad contemplados en la ley y la jurisprudencia. La segunda vía es de naturaleza judicial. En este caso, el juez, ante solicitud tramitada como incidente y después de otorgar un término para el traslado y la oportunidad de oposición, podrá ordenar al notario la emisión de tal copia.

Para que esto quede más claro, se introduce el siguiente ejemplo: El sujeto X constituye una hipoteca a favor del señor Y, para lo cual acude a la notaría Z. En esta notaría, el notario Z, siguiendo las disposiciones del Estatuto Notariado, emite una escritura pública donde se establecen expresamente las condiciones de la hipoteca. Sin embargo, dado que este documento posee el potencial de adquirir la fuerza legal para exigir el cumplimiento de una obligación que preste mérito ejecutivo, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 80 del decreto 960 de 1970.

De acuerdo con esta disposición, el notario Z debe emitir una copia auténtica de esta escritura pública, señalando en “caracteres destacados”, junto con el nombre del acreedor, en el ejemplo el sujeto Y, que esta es la única copia con la facultad de ejercer dicho mérito, la cual quedará a disposición de Y. Todas las otras copias que se lleguen a emitir, aunque sean auténticas o solicitadas por el acreedor, carecerán de la facultad de otorgar mérito ejecutivo.

El sujeto Y podrá cancelar la hipoteca si X paga su obligación o si de alguna manera la obligación muta. También podrá perseguir el pago de la obligación por vía judicial en caso de que X incumpla con ésta, para lo cual deberá adelantar un proceso ejecutivo ante un juez o tribunal civil, ante el cual, además del escrito de demanda deberá de anexar la copia de la escritura que presta mérito ejecutivo. De esto último emana su importancia.

Pese a lo anterior, existe la posibilidad de que Y pierda la copia que presta mérito ejecutivo y, por tanto, con el desaparecimiento del documento contentivo de la garantía de la deuda en la cual es acreedor, Y pierda la fuerza coactiva para exigir a X el pago de su obligación. Esta situación es regulada el artículo 81 del Estatuto Notarial.

En este caso, Y tendrá dos vías para la adquisición de una nueva copia del instrumento con mérito para exigir el cumplimiento de la obligación. La primera es la vía notarial, en la cual Y podrá acudir con X ante el notario Z para que este, en atención a la manifestación expresa del acreedor y del deudor, emita una nueva copia única con mérito para exigir el cumplimiento de la obligación.

La segunda vía corresponde a la judicial, en la cual, ante la negativa de X, su ausencia o a falta de voluntad de Y de acudir a la vía notarial, este último podrá acudir ante un juez civil para adelantar por vía incidental la solicitud de emisión de copia de instrumento que preste mérito ejecutivo, el cual, una vez agotado por no presentarse oposición de X o ante la desestimación de la misma, culminará en una orden judicial dirigida al notario Z para la emisión de la copia.

Es esta última vía la que plantea el problema que atañe a esta investigación, pues se presentan condiciones formales contradictorias en los requisitos y posibilidades establecidos de este artículo.

2.1. Emisión de copia sustitutiva por vía judicial

La solicitud para emitir una copia sustitutiva por vía judicial se deberá tramitar como un incidente, proceso regulado en el artículo 129 del CGP. Para ello, se deben cumplir con los requisitos formales para su presentación, como la manifestación expresa de lo pedido, la presentación de los hechos en los que se funda el incidente y la indicación de las pruebas que se pretende hacer valer. De igual manera, a la parte incidentante se le exige que manifieste bajo gravedad de juramento las tres disposiciones enumeradas en el artículo 81 del Decreto 960 de 1970, so pena de que el incidente sea rechazado por no cumplir con los requisitos legales para su trámite. Estas disposiciones son las siguientes:

“1. Ser el actual titular del derecho y que sin culpa o malicia de su parte se destruyó o perdió la copia que tenía en su poder.

2. Que la obligación no se ha extinguido en todo o en parte, según fuere el caso.

3. Que si la copia perdida apareciere, se obliga a no usarla y entregarla al Notario que la expidió para que este la inutilice.”

Una vez presentado el incidente, se procederá a notificar a la contraparte de acuerdo con los términos establecidos en el inciso tercero del artículo 129 del CGP. En este momento procesal, se brinda a la parte requerida la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y contradicción, permitiéndole presentar argumentos y pruebas en oposición que serán cuidadosamente evaluados por el juez. Sin embargo, la facultad para presentar oposición al incidente de solicitud de emisión de copia se encuentra legalmente restringida. El inciso sexto del artículo 81 del Estatuto Notarial dispone expresamente que esta oposición ‘solo’ podrá fundarse en “el hecho de estar extinguida la obligación”.

La violación al derecho a la defensa y contradicción

La segunda mitad del inciso 6 del artículo 81 del Estatuto Notarial es una disposición procesal con alcances restrictivos, ya que establece un límite estricto en cuanto a las posibilidades probatorias y argumentativas que le corresponden a la parte oponente dentro del incidente propuesto en su contra. Restringir la posibilidad de presentar pruebas a una parte procesal a través de una disposición legal es un asunto sumamente delicado, pues implica un condicionamiento restrictivo del derecho fundamental al debido proceso y las garantías que emanan de este derecho, como el derecho a la defensa, a la presentación de pruebas y a su contradicción, el derecho a ser escuchado dentro del proceso y el principio de libertad probatoria. Además, esto podría vulnerar el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

Para crear una norma de este tipo, el legislador debe atender a principios y criterios como la razonabilidad respecto a la imperiosidad de fin perseguido, la aplicación de un método que además de ser conducente sea necesario y la proporcionalidad de la restricción de valores o principios constitucionales en relación con los beneficios de la medida. Ahora bien, en Colombia existe la presunción de constitucionalidad de la ley, lo que implica que se presume que una norma emitida por el legislador es constitucionalmente adecuada hasta que un tribunal competente determine lo contrario, caso en el cual, uno de los métodos para determinar la armonía de una norma restrictiva con las disposiciones constitucionales es someterla a una evaluación objetiva respecto a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.

Así, al someter el artículo 81 del Decreto 960 de 1970 a este proceso de evaluación, se constata que el fin esencial de la norma es la regulación estricta de emisión de documentos notariales de garantía de obligaciones, los cuales, ante un incumplimiento por parte del deudor, fungen como título ejecutivo para exigir el cumplimiento de la obligación a través de vías judiciales, específicamente cuando el documento se ha destruido o ante su pérdida. Esta regulación resulta tener un fin necesario para asegurar que la obligación no pierda su respaldo legal ante situaciones extraordinarias y ajenas de la voluntad del acreedor, evitando así un perjuicio injusto para este último.

No obstante, el numeral 1 del artículo 81 contempla la posibilidad de que la voluntad del acreedor sí determine la pérdida o destrucción del instrumento y lo reprocha. El numeral primero, como requisito formal para la solicitud de copia de instrumento que preste mérito ejecutivo señala lo siguiente: “1. Ser el actual titular del derecho y que sin culpa o malicia de su parte se destruyó o perdió la copia que tenía en su poder”. Lo cual determina que, en caso de ocurrir pérdida o destrucción por acciones imputables al acreedor, esta solicitud judicial no será procedente.

En tal caso, se podría liberar al deudor de su obligación, o cuando menos, obligar al acreedor, al cual se le reprocha la malicia o culpa, a perseguir el reconocimiento de la subsistencia de la obligación por otras vías procedimentales distintas a las ejecutivas. Expuesto lo anterior, se predica que, a partir de la existencia del requisito formal contenido en el numeral primero, resulta contradictorio que en el inciso 6 del mismo artículo se niegue la posibilidad al deudor de presentar prueba que evidencie la culpa o malicia del acreedor, pues este requisito se cumple mediante una manifestación bajo gravedad de juramento dentro del texto solicitante, lo que a su vez constituye una *presunción iuris tantum*, la cual puede ser desvirtuada o refutada con la presentación de prueba en contrario.

Respecto a esta figura, la Corte Constitucional ha señalado que:

“En el caso de las presunciones *iuris tantum*, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción” (Corte Constitucional, C- 731 de 2005).

Es decir que, si bien en una primera instancia esta figura permite al juzgador tener por cierto un hecho, en este caso que la pérdida o destrucción del

documento no proviene de la malicia o culpa del incidentante, esta misma figura reconoce la posibilidad de refutar la naturaleza de veraz de dicho hecho, lo cual provendrá de la presentación de elementos probatorios suficientes para demostrar que la suposición inicial no puede subsistir en el proceso por hallarse probada una realidad jurídica diferente. Sin embargo, el legislador, por medio del inciso sexto del artículo 81, mutila esta posibilidad cuando impide normativamente que el opositor pueda presentar pruebas orientadas a desvirtuar una presunción legal, desconociendo la naturaleza y dinámica de la figura presunción *iuris tantum*, en la cual pretende sustentar los requisitos formales especiales dispuestos en los numerales del mismo canon.

De esta manera, pese a que la norma persigue un fin imperante, su inciso sexto no demuestra tener la misma cualidad, pues al disponer que el deudor “solo podrá formular oposición fundada en el hecho de estar extinguida la obligación”, ignora el hecho de que el mismo fin reprocha al acreedor que, ante actos imputables a él, haya ocasionado la pérdida o la destrucción del título. De aquello que este inciso no responda al criterio de razonabilidad por no perseguir el fin imperante que sí pretende el artículo que lo contiene.

Continuando con el criterio de necesidad, este inciso no resulta ser conducente al fin perseguido; por el contrario, esta limitación probatoria impide que el Estado regule de forma correcta la emisión de copias de instrumento público notarial que preste mérito ejecutivo, en tanto, la regulación como acto de poner orden, debe determinar en qué casos es procedente la emisión de la copia y en cuáles no, y esta restricción, al mutilar la posibilidad del deudor a presentar pruebas, impide al juzgador acceder a la verdad sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que enmarcaron la pérdida o destrucción, pudiéndose o no ser desvirtuada la presunción que recae sobre las manifestaciones del acreedor.

Por último, una vez expuesta la irracionalidad del texto cuestionado y su ausencia de necesidad, resulta evidente que la norma es desproporcional, ya que la restricción del goce del derecho fundamental al debido proceso en sus manifestaciones o garantías de derecho a la defensa, derecho a la prueba y derecho a ser escuchado, se presenta sin un beneficio jurídico real que logre sopesar las cargas de restricción con los beneficios obtenidos para el sistema jurídico.

Conclusiones

Una vez expuesto el marco jurisprudencial que rodea al debido proceso, el derecho a la defensa, y el derecho a la prueba y a su contradicción, y de haber sometido al artículo 81 del Decreto 960 de 1970, especialmente a su inciso sexto, a una evaluación objetiva, se permite concluir que esta disposición no cumple con los criterios de valoración para la procedencia de una norma que restrinja el goce de un derecho fundamental. Se concluye que la disposición es irracional, pues es incongruente con el fin imperante que persigue la norma que lo contiene, es decir el artículo 81; es innecesaria por no ser conducente al fin perseguido, dado que, se demuestra que en lugar de conducir a la regulación de la actividad notarial este inciso la obstaculiza; y es desproporcional por limitar el goce de un derecho fundamental sin que exista una situación beneficiosa al interés general que logre sopesar la vulneración generada.

Siguiendo esta misma línea, se resalta el valor del derecho fundamental del debido proceso dentro de este tipo de actuaciones legales, razón por la cual el legislador debe ser supremamente riguroso y cuidadoso cuando pretenda restringir en una norma que regule una disposición procedimental las garantías o dimensiones contenidas en este derecho fundamental. Omisión que se concluye como incurrida por parte del legislador. El legislador elaboró una norma contradictoria que trata de manera desigual a las partes dentro del proceso, y aun cuando determinó unos requisitos legales para la procedencia de la acción, limitó las posibilidades del opositor para defenderse por medio de la contradicción de estos mismos requisitos de procedencia, teniendo como resultado una visible violación a derechos fundamentales.

La disposición “solo podrá formular oposición fundada en el hecho de estar extinguida la obligación” ignora la posibilidad de concurrencia de otras situaciones que de igual manera pueden ser argumentos válidos para desvirtuar lo pretendido por el incidentante, y es contradictorio, al menos, con el numeral primero del mismo artículo. Dentro de los incidentes de esta naturaleza, el opositor debe tener derecho de presentar pruebas que permitan al juez formar un concepto respecto a las condiciones de modo, tiempo y lugar que rodea la pérdida o destrucción del documento. No existe razón alguna que permita vislumbrar por qué solo es válida la prueba orientada a demostrar la extinción de la obligación cuando el mismo artículo reprocha a la culpa y la malicia del acreedor, motivos que son igualmente demostrables por medio de acervo probatorio. Pese a lo anterior, resulta imposible para esta investigación afirmar que el inciso sexto del

artículo 81 del Decreto 960 de 1970 es inexecutable, pues este carácter solo puede ser definido por la honorable Corte Constitucional, esto según lo dispuesto en el numeral primero del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, por la cual se le encomendó a esta corporación dicha labor.

Consecuentemente, se presenta como conclusión máxima que la norma cuestionada, por todo lo anteriormente expuesto, debe ser objeto de control de constitucionalidad, para que así el órgano máximo de protección constitucional determine su exequibilidad. Razón por la cual esta investigación resulta ser un primer paso direccionado a la presentación de una acción de Control de Constitucionalidad por Vía de Acción Pública.

Referencias citadas

- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-572/92.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C-169/19.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-169-19.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-025/09.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-025-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C- 163/19.
(Colombia).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-163-19.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). Sentencia SU-174/21.
(Colombia). Obtenido el 20 de agosto de 2023.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU174-21.htm>
- Corte Suprema de Justicia –CSJ–. (2017). Sentencia SP154-2017.
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2feb2017/SP154-2017.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso [CGP].

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República de Colombia. (1970). Decreto 960 de 1970. Diario Oficial No. 33.118.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html

Jaramillo Cadavid, M. (1991). Algunas Consideraciones sobre el debido proceso. Consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional. Estudios De Derecho, 49(117-8), 165–175. Obtenido el 09 de septiembre de 2023. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.332434>

Dilemas y reflexiones sobre el espacio público en relación con el ejercicio laboral informal

Ana María Peña Puyo¹

David Alejandro Palechor Camayo²

Ramsés López Santamaría³

Resumen

Esta investigación se relaciona con la reflexión en torno al trabajo como derecho fundamental y humano en el caso de los trabajadores informales asentados en la ciudad de Popayán, Cauca, tiene como propósito, identificar las condiciones en las cuales la vulneración del derecho es más visible y común. Ahora, dicha finalidad se aborda desde la identificación de la problemática relacionada con en el caso de Popayán cuál de los derechos entre el espacio público y el trabajo resulta ser más importante. Dicha problemática se desarrollará desde la perspectiva del método de investigación relacionada con la ponderación de derechos, método que nos ayudara a proferir un derecho fundamental sobre otro, es decir, identificar cuál de los dos debe gozar de tener mayor protección en este caso por encontrarse en mayor grado de vulnerabilidad.

¹ Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

² Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

³ Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomadeuca.edu.co

Introducción

Este tema ha sido abordado por autores de gran importancia que, en el campo del derecho laboral, han desarrollado, desde hace cerca de los últimos cinco años, reflexiones sobre el alcance que la temática propuesta tiene en relación con la población o sujeto escogido de estudio que será abordado en el presente capítulo del libro. Así como las mencionadas referencias indican la necesidad de tratar el tema relacionado con el trabajo informal, se hace importante indicar igualmente que dicho tema es relevante para la localidad de la ciudad de Popayán. El aporte realizado a partir de esta reflexión permite precisar con más claridad rutas, caminos de solución o mejor comprensión acerca de la problemática que el tema escogido se ha propuesto.

La problemática planteada tendrá como alcance el definir ¿cuál es el derecho de mayor protección en el caso de la tensión que se plantea entre el trabajo informal y el uso de espacios públicos en la ciudad de Popayán? Formulado así el problema el capítulo estará orientado a tratar todo aquello que en materia de informalidad y espacio público tiene que ver con la solución de una tensión que desde el año 2013 al 2015 se propone el presente trabajo. En cuanto a la manera en que se podrá abordar la solución o propuesta del problema planteado se tiene para ello el método de investigación de la ponderación en el cual se podrá advertir cuál de los dos derechos en tensión goza de tener mayor peso, y como consecuencia mayor necesidad de protección frente al otro. Así las cosas, se busca indicar alternativas de solución de problemas que tengan que ver con casos similares a los propuestos.

En cuanto a la realidad que se vive en la ciudad de Popayán frente a la cuestión sobre la informalidad del trabajo, esta estará orientada de manera precisa de quienes laboran en espacios públicos exclusivamente ubicados en el sector histórico del parque Caldas de la ciudad. Se tendrá en cuenta así datos suministrados por la Alcaldía de Popayán.

Finalmente, elegido el método propuesto, se espera con ellos lograr confirmar si la pregunta de investigación formulada se puede o no mantener en relación con el análisis que desde la presente propuesta se plantea.

El trabajo como derecho fundamental a través de la historia

Colombia ha logrado tener entrada en vigencia en la constitución de 1991, el reconocimiento de la naturaleza constitucional como derecho fundamental, en su artículo 25, la constitución define a este como un deber y una obligación del estado colombiano protegerlo en todas sus condiciones.

Ahora bien, así como el derecho al trabajo ha sido concebido de manera constitucional, este también goza de tener hoy el rango de ser un derecho humano a través de la entrada en vigencia de convenios internacionales proferidos por la Organización Internacional del trabajo a la cual los empleados hacen parte, declarados en 1998, el convenio en relación con la eliminación del trabajo forzoso, el convenio sobre la igualdad de remuneración, convenio en relación con la eliminación del trabajo infantil y el convenio que hace referencia a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos son principios que contribuyen y respaldan la base de la Constitución Política del derecho a un trabajo como núcleo importante dentro de una persona o en su defecto de un hogar.

Es por ello que la Constitución lo reconoce como un principio, como un derecho y como un deber, al tratarse desde la perspectiva humana como un instrumento vital el cual preserva la vida digna. El derecho al trabajo además de ser un derecho fundamental es también al mismo tiempo un derecho humano, ¿por qué un derecho humano? porque ha alcanzado ser reconocido como un derecho internacional, la diferencia entre lo fundamental y humano, es que lo fundamental es local y lo humano tiene un contexto más internacional, en donde intervienen entidades como las Organización de las Naciones Unidas y la OIT, quienes otorgan esa protección y vigilancia, garantizando trabajo de calidad, en condiciones dignas y gozar de un pago con un mínimo vital y móvil proporcional al trabajo que se está realizando.

El trabajo es reconocido como un derecho, ya que el estado debe otorgar a su nación protección, para que todos los que viven en ella gocen de un trabajo equivalente a su vocación, con acceso fácil y brindar oportunidades a quienes aún no gozan de este. Además, el trabajo es fundamental al progreso social y económico de la nación, es por ello que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23 expresa que toda persona tiene derecho a un trabajo a su libre elección y protección contra el desempleo, el cual asegura la existencia de la dignidad humana.

Cuando se habla de dignidad humana se hace relación a lo que las personas merecen, es por eso que la OIT expresa que es el derecho de toda persona de tener un nivel de vida conveniente, por lo que su interpretación conlleva a salud, alimentación, vivienda, educación, vestido y demás medios de subsistencia y necesario para llevar a cabo otros derechos humanos. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se ha pronunciado, por medio de su artículo 1 y 2 donde se reconoce el derecho al trabajo como un derecho internacional, por su libre determinación, modo de subsistencia y la oportunidad de las personas de ganarse la vida a través de un trabajo digno.

El trabajo por ser reconocido como un esfuerzo físico y mental debe ser remunerado y por ello cada persona es autónoma de escoger su profesión u oficio, fruto de la educación, principios y valores que a lo largo de la vida se construye para lograr un nivel de vida conveniente y seguro, según lo indica la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por lo anterior como marco constitucional colombiano el trabajo es un fin esencial del Estado, que promueve el acceso efectivo a este, con el propósito de que toda la humanidad sin ningún tipo de distinción se le sea violentado este derecho que hoy en día además de ser fundamental también es humano.

Características del trabajo formal

Cuando hablamos de formalidad, el Ministerio de Trabajo se refiere a los empleados que han sido contratados a través de los diferentes modos de un contrato a una empresa o establecimiento comercial, por el cual están registrados a la seguridad social, siendo estos beneficiarios de derechos, proporcionando así, contar con un ingreso digno para el trabajador y sus familias, que conlleva a una mejor calidad de vida, progreso social y económico. Ahora bien, la seguridad social, como su nombre lo indica es un seguro de vida, el cual pretende amparar la vida de las personas y no exactamente cuándo se llega a la vejez, sino también desde temprana edad y después de la muerte. Según un informe de la UGPP, solo el 44% de las personas cotizan a seguridad social, estas cuentan con privilegios y derechos, el cual les permite asegurar su vida laboral, salud, vejez y muerte, cuya protección está garantizada por la ley.

La seguridad social como característica importante del trabajo, es precisamente proteger a las personas de situaciones fortuitas o naturales que pueden ocurrir cuando se es contratado laboralmente y mejorar las condiciones de vida de la

comunidad. El empleo formal no es más que el núcleo para el desarrollo económico tanto individual como para el país, herramienta que transforma vidas y los que tienen el privilegio de tenerlo, gozan de él por su remuneración justa y así mismo vivir en condiciones apropiadas y no pasar necesidades deficientes como se ve en muchos hogares de la ciudad.

En general el trabajo formal según la doctrina, se conoce como un empleo legal, un sector moderno en la economía, debido a que este representa y garantiza una mejor calidad de vida y reduce la pobreza. Es por eso, que cuando hablamos de un trabajo digno, hace referencia que el trabajo debe ser proporcional a la remuneración, estar afiliados a la seguridad social, ser tratado con respeto e igualdad y sobre todo que el lugar donde estos presten sus servicios sea íntegro y adecuado para realizar las actividades de las cuales se les ha asignado.

Por ello la jurisprudencia constitucional hace referencia que el trabajo en condiciones dignas y justas es un valor fundante del estado social de derecho, por el cual goza de tener protección de carácter fundamental, que desde el preámbulo de la Constitución de 1991 asegura a todas las personas la vida, la igualdad, el trabajo y demás derechos de los cuales el Estado debe garantizar y dignificar. De igual manera, cuando hablamos de que el Estado es el ente principal para la protección de este derecho, incluye que este debe garantizar que se impida el trabajo forzoso, la desigualdad, el maltrato laboral, la violación de derechos como la libertad de expresión, la tortura, la explotación infantil y que por lo contrario se adopten medidas para combatir el hecho de que millones de personas decidan ingresar al mundo laboral informal.

Cuando el Estado garantiza este derecho, evita el uso del espacio público de una manera indebida, pues la comunidad no se vería en la necesidad de recurrir a esto. Por lo contrario, disminuiría el nivel de pobreza, la discriminación, la inseguridad en sectores de la ciudad, la tasa alta de desempleo y así mismo aumentaría la producción real y económica del país.

Reflexión acerca del Trabajo informal

Si bien es cierto, estas han sido las maneras en que el trabajo ha venido siendo reconocido jurídicamente en Colombia desde que entró en vigencia en la constitución de 1991, también es cierto que existe otro escenario de la realidad en el cual este reconocimiento no ha logrado materializarse de manera suficiente para proteger a una población muy amplia de nuestra sociedad.

Lo anterior no logra tener el nivel de importancia, que como se ha dicho de manera previa debe tenerse en el caso del derecho al trabajo, como un derecho fundamental. Esa comunidad a la cual se hace referencia padece de una cualificación distinta del trabajo, que en este caso otra a la que este capítulo se quiere referir, que es la del trabajo informal.

El sector informal nace en los años setenta, bajo la necesidad de unos pocos por encontrar lógica a esta situación, para ello, el Programa Regional de Empleo para América Latina y el Caribe de la OIT, se unieron a la investigación y se llegó a la conclusión, que estos buscan la manera de llevar comida a sus hogares por la falta de oportunidades y empleo insuficiente.

La corte ha manifestado que los vendedores informales son aquellos que no cuentan con una estabilidad laboral ni protección propia de la seguridad social, quienes individualmente buscan medios y oportunidades el cual les genere ingresos que les permita llevar una vida en lo posiblemente digna.

La informalidad hace referencia a quienes desempeñan actividades económicas de manera individual, sin cumplir con la obligación de estar afiliados al sistema de seguridad social, la mayoría de estas personas tienen un entorno laboral que no cumple con las condiciones dignas que todo ser humano requiere.

El trabajo informal en Colombia ha incrementado en los últimos años por falta de oportunidades laborales, por la cantidad de requisitos desmedidos para ser contratados, surge de igual manera el trabajo informal por los bajos salarios que ofrecen las empresas o en su defecto porque no hay industria según el DANE, es decir que el trabajo informal abarca múltiples problemáticas sociales y económicas del país y en especial en el municipio de Popayán.

Es decir que las problemáticas sociales hacen referencia a la falta de garantías para la seguridad social integral, y las problemáticas económicas se consideran como una consecuencia para la economía del país, porque son trabajadores que no se encuentran registrados al sistema de seguridad social, siendo el otro 56% de la población.

Viéndose el Estado obligado a cumplir con ese hueco económico para satisfacer el servicio a la Seguridad Social a través de Sisbén, auxilios económicos, salud; carga que está en cabeza del Estado y no de las personas que laboran informalmente, por lo que este sector no contribuye tributariamente al municipio.

Pese a su condición como trabajador informal, se ven en la obligación como alternativa de solución asentarse en espacios públicos del centro histórico de Popayán, y la autoridad en cabeza de la alcaldía trata de recuperar estos espacios mediante operativos generando situaciones de violencia, persecución y discriminación.

Cabe destacar que el sector informal se caracteriza por su trabajo menos calificado y es muy notorio por sus condiciones básicas en espacios medianos y pequeños el cual resulta de lo que el sector moderno no es capaz de generar debido a un conjunto de restricciones. La OIT, a través de investigaciones afirma que las personas que viven en las zonas rurales son las más llamadas a realizar el trabajo informal junto con los agricultores, quienes se ven en la necesidad de situarse en la zona urbana, con el fin de sacar sus productos al comercio y de esa manera ganarse el alimento.

Dentro de este orden de ideas las personas de las zonas rurales, campesinas, indígenas, de igual manera se ven en la obligación de optar por el trabajo informal a causa del conflicto armado en Colombia, quienes a través de la violencia son despojados de sus hogares, los cuales se suman a la lista a esta problemática social y económica. Por otra parte, según el DANE advierte que la informalidad no solo circula en la calle, sino también en empresas que están legalmente constituidas, pero cuentan con trabajadores informales, porque incumplen con algún documento o requisito.

En relación con información del DANE, existe una clasificación de los trabajadores informales, los cuales se dividen en vendedores ambulantes, quienes están catalogados en un grado alto de vulnerabilidad; por otra parte están los vendedores semiestacionarios, quienes trabajan desde un punto fijo invadiendo el espacio público del sector histórico de la ciudad y que por lo general son los que causan más conflicto y, por último se encuentran los vendedores estacionarios, quienes tienen mejor calidad de vida económica pero no cuentan con los requisitos para ser una empresa formal.

Dicho lo anterior se puede advertir que el problema planteado dentro del contexto de la sociedad, ha sido precisamente exigir el reconocimiento del llamado derecho a un trabajo, pero a su vez la informalidad estimula el uso indebido del espacio público, generando controversias y vulnerando, además, al resto de la comunidad, el derecho a una libre movilidad. Es por ello, que Popayán y especialmente el sector histórico se ha convertido en el lugar donde las personas

se suman a este tipo de comercio, opción que para muchos es la salvación a su vida económica.

Por lo anterior surge la creación del decreto 2663 de 1950, encargado de regular e intervenir en aspectos laborales con la finalidad de dar cumplimiento al artículo 25 de la constitución política de desarrollar el trabajo en condiciones dignas y justas. Asimismo, se expidió la ley 1998 de 2019, que garantiza los derechos al trabajo, la dignidad humana y la convivencia en el espacio público.

Reconocimiento jurisprudencial sobre el trabajo informal y el espacio público

Valga mencionar, que en la Sentencia T-090/2, la corte expresa que es deber del Estado promover y velar por el espacio público, sin embargo, aclara que no es justificación la manera desproporcionada y violenta que ejercen los sujetos con autoridad, pues estos afectan y vulnerar las condiciones del sector informal.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial que en materia de derecho del trabajo y en particular sobre las condiciones de informalidad sobre el mismo se puede evidenciar que existe la Sentencia C-489/19, donde la corte constitucional ha sido enfática en la protección de los derechos fundamentales al trabajador y en espacial a las personas que se dedican a la informalidad y señala que no es posible limitar su ejercicio cuando este se realiza en escenarios no formales.

Dentro del análisis de la sentencia en mención, es importante indicar como esta, hace énfasis en el derecho a la igualdad para quienes se dedican a la informalidad, y rechaza cualquier acto de violación, destrucción y desalojo, que para las autoridades locales son labores propias de su trabajo, pero que, así como estos son respetados y antes de tener una profesión son humanos y que el sector informal al igual que todos, también son humanos.

En cuanto al desarrollo jurisprudencial que en materia de derecho del trabajo y en particular sobre las condiciones de informalidad sobre el mismo se puede evidenciar que existe la sentencia C-489/19, donde la corte constitucional ha sido enfática en la protección de los derechos fundamentales al trabajador y en espacial a las personas que se dedican a la informalidad y señala que no es posible limitar su ejercicio cuando este se realiza en escenarios no formales.

El espacio público es un derecho colectivo, reconocido jurídicamente en la Constitución Política de Colombia, contiguo a elementos arquitectónicos

públicos a los cuales hace referencia a, andenes, calles, parques, plazas, zonas verdes que le pertenecen al Estado, pero que son requeridas para el goce de la comunidad en general y no de unos pocos. No obstante, al tratarse de dos derechos fundamentales, existe tensión a nivel constitucional, respecto al artículo 25 que señala la protección al trabajo y su artículo 82 el cual impone al Estado proteger el espacio público por tratarse de un derecho de carácter colectivo.

Para dicho diagnóstico se puede orientar que la tendencia para la solución y comprensión de problemas jurídicos relacionados con el tema Dilemas y reflexiones sobre el espacio público en relación con el ejercicio laboral informal, por lo que jurisprudencia constitucional también ha admitido que estos, son altamente vulnerables, de allí que para resolver la tensión con el espacio público, el estado está en la obligación de crear políticas de recuperación que se compadezcan con los vendedores informales, por tratarse de personas que están en condiciones económicas precarias y que al igual que todos necesitan de un sustento.

Por otra parte, la Jurisprudencia hace énfasis y sostuvo recientemente que la protección de los trabajadores informales no debe ser limitada únicamente a la reubicación de estos, sino que el Estado asuma esta carga y además de proteger, garantizar que estos no serán nuevamente desalojados y discriminados por autoridades del mismo, es por ello, que la corte advierte que se deben ofrecer programas que promuevan la vinculación laboral en condiciones dignas. Además, se han establecido unas reglas que van en dirección a la protección de los trabajadores informales, reglas que van encaminadas en el principio de confianza legítima, el cual solo cubre a algunos casos en particular.

Principio de confianza legítima en materia de espacio público

De acuerdo a la sentencia en mención, surge de igual manera el espacio público en relación con el trabajo informal, que indica que el Estado deberá velar por la integridad de este sin vulnerar los derechos fundamentales de las personas las cuales ampara este principio de buena fe. El principio de confianza legítima es utilizado en los procesos de restitución del espacio público que hace la administración. Si bien es cierto en los últimos años, se ha realizado este proceso a través de violencia, destrucción y caos social, es por ello que la corte busca a través de este principio preservar los derechos de los trabajadores informales cuando se presenten desalojos para la recuperación de espacios públicos con el

fin de buscar alternativas de reubicación y que estos puedan continuar ejerciendo su ocupación sin ser afectados.

Por lo tanto, cuando se presenten estos casos la jurisprudencia constitucional advierte que cuando la administración decida recuperar el espacio público en sectores de la ciudad, deberá ejercer su profesión adecuadamente, basada en el respeto, la solidaridad, la igualdad y en este caso en particular en el principio de confianza legítima, siguiendo el debido proceso y brindando un trato digno.

Cabe resaltar, que la corte constitucional encuentra pertinente aclarar la obligación de involucrar el principio de confianza legítima, en asuntos de naturaleza de recuperación del espacio público, no es más que la protección a través de programas de reubicación a trabajadores informales, que se han creado para que estos no se encuentren desamparados y que esta medida no equivale a indemnizaciones o reparaciones de interés particular.

El espacio público no es solo un escenario que se debe ver como una invasión y caos por parte de los trabajadores informales como modo de subsistencia, sino también como la posibilidad de que las personas muestren sus habilidades y por ello sus emprendimientos, enriqueciendo el entorno cultural. El Estado y en especial las entidades que la conforman deberán aplicar medidas correctivas donde no se impongan cargas desmedidas o desproporcionadas, por lo que este principio ampara a estos trabajadores informales, quienes no serán afectados con las medidas de multa, decomiso o destrucción del bien, por lo contrario, las autoridades competentes brindaran protección y programas empíricos que atiendan la situación.

Diagnostico Nacional y Local sobre el espacio publico

Con el decreto número 20121220001655 de 2012 expedido por la secretaria de gobierno y firmado por el alcalde Francisco Fuentes Meneses, (Alcaldía Municipal de Popayán, 2012), en que él se indican medidas de protección y conservación del espacio público en sus artículos 1 y 2, regla que ningún vendedor informal podrá ejercer actividad comercial, ocupando el espacio o zonas de uso común, siendo la Policía Nacional una de las autoridades que debe velar por el cumplimiento de este decreto que actualmente se encuentra en vigencia otorgado por el alcalde Municipal.

Esto, con el fin de recuperar el espacio público, mantener las vías y andenes libres de trabajadores informales, que impiden la libre locomoción de los ciudadanos que hacen uso de él, igualmente prohíbe las ventas ambulantes en vehículos automotores y/o elementos sobre ruedas que perturben al peatonal y el tránsito vehicular en la ciudad de Popayán y en especial en el centro histórico.

Desde otra perspectiva, el Gobierno Nacional, hizo su intervención a través del decreto 801 de 2022, el cual protege los derechos de los trabajadores informales y como política pública, ofrece alternativas de solución, como por ejemplo el acceso a la educación, base para obtener mayores habilidades, estatus social y en este caso en particular la posibilidad de ingresar a un empleo formal.

El objetivo de este decreto es apoyar y brindar protección a esta comunidad llamada informal, reducir esta problemática y que muchos de ellos se unan a este cambio por medio de esta herramienta que no solo tendrá beneficios para ellos, sino para todo su vínculo familiar. Otro punto a tratar en este decreto es la reubicación de estos y posteriormente dar origen a la creación de programas de financiación, con el fin de apoyar a los vendedores informales con sus emprendimientos y se puedan capacitar de acorde a su trabajo.

Es por ello, que el Gobierno advierte, que todas las regiones del país y en especial las alcaldías, deben implementar este Decreto y como política pública ordena que se realicen las estadísticas pertinentes del caso para contar con cifras exactas y poder que se haga realidad esta ayuda Nacional. De este modo, al tratarse de dos derechos valiosos para la constitución, entes administrativos y para la misma comunidad, es posible que no exista claridad jurisprudencial y doctrinal, es por ello que el Gobierno expone que antes de intervenciones no propias de sus derechos, se dialogue y se lleve el asunto de una manera pacífica, para que ni los trabajadores ni las personas que transitan se les vean vulnerados sus derechos.

Conclusiones

En el caso de la descripción del problema jurídico planteado al inicio del presente trabajo de investigación y una vez asumido el reto del análisis ¿cuál es el derecho de mayor protección en el caso de la tensión que se plantea entre el trabajo informal y el uso de espacios públicos en la ciudad de Popayán?, es posible advertir que respecto a dicho problema se puede indicar que no existe mayor

protección uno más que otro, ya que se tratan de derechos fundamentales e iguales ante la ley.

En relación con el precedente de la corte constitucional, la corte ha advertido que en materia del uso del espacio público respecto a la informalidad laboral ha manifestado que estos son de acceso y permanencia libre, no existen códigos de comportamiento o de vestuario, así las autoridades deben tener en cuenta la jurisprudencia y se proteja a quienes se han dedicado a las ventas informales, siempre y cuando no se utilicen para la venta ilegal o en su defecto se apropien de estos espacios para la renta a terceros.

En primer lugar, la informalidad nace de la necesidad de las personas como rebusque para enfrentar la precariedad en la que viven a diario, situación que se limita a un bajo salario, pocas oportunidades laborales por tener un nivel de educación inferior a lo requerido para un trabajo medianamente bueno y que como consecuencia están expuestos a todo tipo de maltrato, fisco y psicológico.

Y, en segundo aspecto, el derecho al espacio público deberá ser garantizado para todas aquellas personas que transitan por él y obtener grandes beneficios colectivos, como, por ejemplo, disminuir el tráfico en estas zonas, amenguar la contaminación visual y dar fin con las aglomeraciones que se prestan para delinquir. El hecho de que el espacio público sea ocupado por una pequeña cantidad de personas, da pie a que la desigualdad se muestre en su máxima expresión, dejando atrás al resto de las personas que habitan en la ciudad y que al igual necesitan disponer de estos espacios, generando molestias y controversias entre los informales, las personas del común y los que intervienen a solucionar dicha problemática.

Ahora bien, en el caso particular en la ciudad de Popayán existe un decreto o acto administrativo que si bien es cierto goza de tener principio de legalidad, decreto que se apoya en el artículo 82 de la Constitución Política que dispone lo siguiente “Es deber del estado velar por la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalecerá sobre el interés particular”.

Popayán por ser la ciudad blanca y colonial, cuanta con una arquitectura atractiva para quienes la visitan, por eso, el trabajo informal afecta la circulación vehicular como peatonal, de esta manera el decreto y las medidas de solución tiene como finalidad satisfacer las necesidades urbanas, protección de la naturaleza y la preservación del patrimonio histórico. Sin embargo, el estado también deberá brindar políticas de protección y reubicación, que para la corte estas medidas

deben ser conformes a la Constitución, haciendo énfasis en la Policía Nacional quienes no desempeñan su ejercicio de acorde a la jurisprudencia, de allí el alto grado de vulnerabilidad, impartiendo justicia que recaen sobre esta población llamada informalidad.

Por este análisis se considera que las entidades correspondientes e incluso en plan de gobierno deben implementarse nuevas alternativas de solución para combatir esta problemática en coherencia con lo establecido en la Constitución Política de Colombia y se dé cumplimiento eficaz a estas personas que son sujetas a derechos y obligaciones.

En definitiva y ya abordado los temas en tensión, el plan Nacional y las intervenciones jurisprudenciales, resaltan como los trabajadores al igual que uno formal, tienen los mismos derechos, y que por el simple hecho de ser humanos y estar en esta nación, los hace igual de importantes que los demás. Y es por eso, que se busca la armonización entre ambos derechos, que se disfrute el espacio público y por otra parte el derecho a un trabajo digno.

No obstante, lo anterior, si bien la respuesta al problema jurídico planteado no ha sido posible definirla de manera precisa, si es posible orientar como a partir del análisis de este trabajo se puede comprender mejor el contexto desde el cual el problema ha sido formulado. Con ello es posible advertir, que el derecho al trabajo y al espacio público gozan de igual protección, al tratarse de derechos fundamentales y humanos respaldados por la Constitución Política de Colombia.

Referencias citadas

- Corte Constitucional de Colombia. (2023). Sentencia T-090/23.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/T-090-23.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C-489/19
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-489-19.htm>
- Alcaldía Municipal de Popayán. (2012). Decreto número 20121220001655 expedido por la Secretaría de Gobierno. chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/<https://www.popayan.gov.co/NuestraAlcaldia/GacetaOficialPopayan/Gaceta%20Municipal%20%E2%80%93%20C2%BA%20bimestre%20de%202012.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (2022). Decreto 801 de 2022, por el cual se adiciona el Capítulo 6 al Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, y se adopta la Política Pública de los Vendedores Informales.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186927>

Contratación sindical de profesionales de la salud en Colombia

Diego Fernando Muñoz Concha¹
Ramsés López Santamaría²

Resumen

Esta investigación tiene como propósito, analizar las directrices doctrinarias y jurisprudenciales del contrato sindical de trabajadores de la salud que cumplen una función asistencial dentro de las empresas sociales del Estado. El profesional de la salud que ejecuta una actividad misional permanente a través de su trabajo asistencial, no puede ser tercerizado por estas entidades del Estado, puesto que este tipo de actividades, deben ser contratadas de forma directa, de lo contrario, se configuraría el principio de supremacía de la realidad sobre las formas. Así estas entidades públicas, deberían realizar sus contrataciones sin la intermediación del contrato sindical, estrategia que permitiría acabar con la evasión de los deberes patronales y subsanar la cuestión planteada en el presente estudio.

¹ Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

² Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomo.edu.co

Introducción

La propuesta investigativa que a continuación se plantea, tiene como finalidad postular la temática del contrato sindical en trabajadores de la salud que laboran en empresas sociales del Estado; su contextualización, permitirá la reflexión y el análisis de este tipo de tercerización laboral en Colombia. En el campo del derecho laboral, el ámbito del contrato sindical ha sido analizado por autores como Bernard Alberto Odero, los cuales han estudiado esta temática desde hace 10 años; estos, han suscitado obras que se enfocan en la libertad sindical y las relaciones laborales, temas fundamentales para promover la justicia social y el desarrollo humano. Desde el ámbito internacional el autor argentino Adrián Goldin, ha determinado una visión sobre los asuntos sindicales y las buenas prácticas de justicia social. De la misma forma en el contexto nacional, autores como María Rocío Bedoya, determinan la desventaja que este tipo de contratación tercerizada acarrea para los trabajadores del sector de la salud.

Declarado lo anterior y basado en los referentes desde la esfera doctrinal, se puede colegir que el cuestionamiento de la categoría planteada se encamina a resolver; el por qué, ¿se vulnera el derecho al trabajo a profesionales de la salud, vinculados por contratación sindical en empresas sociales del Estado, cuando su función asistencial es una actividad misional permanente?

Para el logro del propósito planteado por la presente investigación, se usará como método de investigación el análisis documental, a través del precedente constitucional; el cual, permitirá constatar que las actividades asistenciales de los trabajadores de la salud, son en sí, actividades misionales permanentes, que no pueden ser tercerizadas ante esta figura contractual *sui generis*. Finalmente, se espera que, a través del anterior método de investigación, se pueda constatar si el cuestionamiento estipulado guarda o no concordancia con el estudio que desde la presente propuesta se realizará.

Reflexión conceptual del contrato sindical en Colombia

Desde la arista doctrinal ha sido definido por autores como Ricardo Barona Betancourt, en su obra que lleva como título ‘El contrato sindical’; como un acuerdo que permite a las organizaciones sindicales claramente configuradas y solventes, obligarse para con uno o varios empleadores, la ejecución de obras y prestación de servicios a través de sus afiliados partícipes, permitiendo el dialogo

social y la libertad sindical. Así mismo, la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, lo ha definido en su sentencia de la sala laboral 4332 de 2021, magistrado ponente, Iván Mauricio Lenis:

“(…) como un contrato *sui géneris*, con rasgos civiles, que opera como una forma de trabajo organizado, cooperativo y autogestionado y que goza de plena validez y legitimidad dado que atiende fines constitucionalmente legítimos para defender los derechos de los trabajadores”.

En definición, el contrato sindical es una forma de organización del trabajo autodeterminada, que implica una colaboración entre un sindicato de trabajadores y un empleador, para que los miembros del sindicato realicen una actividad o una obra para el empleador, sin que se establezca una relación laboral directa entre ellos, descargando sobre estas agremiaciones todo objeto de operatividad administrativa y sancionatoria.

El trabajador de la salud como afiliado participe del contrato sindical

Los trabajadores sanitarios en Colombia han sorteado vicisitudes profundas, pues el desafío por mejorar sus condiciones laborales, las pugnas por los reconocimientos sindicales y el alcance de una retribución económica justa, hacen parte de un panorama que en la actualidad no se consolida plenamente. Factores como la sobrecarga laboral, el limitado aporte de recursos al sector y el detrimento en las formas contractuales, determinan situaciones que no permiten una evolución favorable para la gestión de un desarrollo laboral digno. La relación entre los trabajadores sanitarios, las instituciones del Estado y el contrato sindical en Colombia, ha sido objeto de debate y controversia, su trasegar se ha delimitado a través de una delgada línea. Por un lado, se estipula la referencia sobre el acogimiento que esta figura proporciona a la autonomía y al derecho fundamental a la asociación, como forma de proteger el trabajo digno y garantizar la representación sindical en sus posiciones laborales; de otra parte, denota la figura de un contrato casi leonino, que mediante la tercerización laboral permitida, confluye sobre la pérdida de garantías como la estabilidad laboral, la seguridad social y abona un panorama de desentendimiento de los responsabilidades patronales, tanto administrativas, como contractuales, lo que conlleva a condiciones de independencia que desestiman el verdadero aporte que este sector le infunde a la garantía de los derechos a la salud y la vida dentro del Estado Social de Derecho.

El contrato sindical se ha extendido de forma importante en el sector público de servicios de salud, donde el Estado, como empleador, es el principal responsable de la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores contratados bajo esta modalidad. Estos, no gozan plenamente de los designios emanados de una relación laboral directa, a pesar de prestar un servicio personal, recibir una contraprestación salarial y estar en una condición de evidente subordinación, presupuestos directos de una contratación laboral y la configuración fáctica de un contrato realidad. Es claro desde esta perspectiva, que la tercerización permitida desde el positivismo y la jurisprudencia, y su práctica a través de las empresas sociales, es una afrenta para las condiciones laborales de este conjunto, y un paso de involución para la garantía de los derechos laborales configurados sobre actividades misionales permanentes, que no deberían ser objeto de contratación sindical, pues estas cumplen los componentes descritos de una relación laboral plena, la cual debería garantizar los elementos necesarios para salvaguardar la protección de un derecho que además de estar en el articulado superior hace parte de los derechos humanos.

En resumen, la relación entre los trabajadores de la salud y el contrato sindical en Colombia es compleja y multifacética, mientras algunos buscan proteger sus derechos a través del sindicato, otros cuestionan su validez y efectividad en el contexto laboral del sector salud, debido a quienes promueven su práctica inusual superando la contención que la jurisprudencia le ha generado a este acto jurídico; pues la Sentencia C-385/00 emitida por la Corte Constitucional (2000), argumentó la importante conexidad entre los derechos de asociación y libertad sindical, para precisar que: “en el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado” dando una significancia, de auto conformación y auto regularización de acuerdo a los estatutos que configure cada agremiación, bajo el lindero que impone el artículo 39 superior, según el cual la estructura interna y su funcionamiento se someten al orden legal y a los principios democráticos.

La actividad asistencial de los trabajadores de la salud, configura una actividad misional permanente

La actividad galénica y en general las labores que configuran los profesionales y técnicos sanitarios en Colombia, están regidas por los principios de beneficencia,

no maleficencia y autonomía; estos, denotan el deber de ondear por la construcción de un bienestar y plena mejoría del estado de salud del paciente, estructurarse bajo una obligación ético-jurídica según la *lex artis*, la cual crea la diligencia suficiente para paliar el estado de enfermedad, todo bajo un precepto obligacional de medios como profesiones liberales y una responsabilidad sanitaria punible en diferentes ámbitos legales, así lo advierte la sentencia Ref.: 20001-3103-005-2005-00025-0, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (2013).

De lo anterior y denotando todo el límite de la responsabilidad médica, también es imprescindible, mencionar el aporte que, desde el conocimiento científico, brinda el personal sanitario, proporcionado objetivos de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, actividades que deben ser ejecutadas por profesionales debidamente acreditados y calificados. los cuales cumplirán con todos los requisitos éticos establecidos por ley 23 de 1981, cuya implicación es una relación contractual entre el paciente y profesional, la cual se basa en el respeto y el debido consentimiento, proporcionando la información necesaria acerca de riesgos, beneficios y opciones dentro de las posibilidades de tratamiento. Todo este engranaje de actividades y responsabilidades, es lo que permite a una institución prestadora de servicios de salud, poseer una operatividad dirigida a mejorar la calidad de la atención en salud brindada a sus usuarios, pues sin profesionales calificados, este objetivo sería insulso. De esta forma, es fundamental e inherente el aporte que el personal sanitario genera en las instituciones del Estado, siendo estas actividades de trasegar permanente, una situación que predispone al Estado a brindar condiciones laborales dignas, encaminadas al logro de los objetivos, que no solo se proyectan a la institución sobre la cual se producen, sino que se irradia a un proyecto general de la nación, que prepondera por el logro de un derecho fundamental a la salud salvaguardado desde la institucionalidad.

De otro lado, la actividad misional permanente dentro del ámbito jurisprudencial, se refiere a las tareas y responsabilidades esenciales y fundamentales que un empleado debe llevar a cabo como parte de su actividad principal para el logro de los objetivos de una institución, tal es el caso de la actividad asistencial anteriormente delimitadas, que los profesionales de la salud brindan a través de su operatividad y conocimiento académico, condiciones que velan por el cuidado y atención de los pacientes gracias a la *lex artis ad hoc*, forjando un criterio claro, que delimita los elementos necesarios contruidos desde la ciencia, la responsabilidad y marco ético-legal, argumentos suficientes para categorizar las actividades asistenciales de los profesionales sanitarios, como una actividad

misional permanente, con una clara concurrencia en los objetivos no solo de las instituciones a las que se está adjunto, sino también a los proyectos que el Estado configura.

Es así, como el personal sanitario que realiza estas actividades, deben gozar de una relación laboral directa, que proporcione una especial protección al trabajo digno e impida su deslaborización o subordinación mediante figuras jurídicas que encubran o simulen una verdadera relación de trabajo. pues a la vista jurisprudencial el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que han deliberado para fijar precedente sobre el tema, concluyen que el “denominador de igualdad”, es un referente importante para decidir si se está en presencia de una actividad de permanencia, puesto que si una labor externalizada es desarrollada en sus mismas características por empleados directamente vinculados con el ente público o privado, se determinaría como una actividad misional permanente, así lo deduce la sentencia C-614/09 emitida por la Corte Constitucional (2009), acudiendo así “(...) a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública”.

En conclusión, las tareas asistenciales del personal sanitario se pondrían resaltar en la orientación que la Corte Constitucional ha brindado sobre actividades misionales permanentes; a través de sus sentencias C-154/97 (1997) y la sentencia C-614/09 (2009), pues estas funciones esenciales, son inherentes y consustanciales al objeto social de las entidades de salud, que consiste en ofrecer servicios de prevención, promoción, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación a las personas que lo requieran. Esta actividad se mantiene en el tiempo, sin experimentar cambios o modificaciones, y están en conexidad directa con la misión de garantizar el derecho a la salud, situación que no tendría sentido sin la intervención trascendente a través del conocimiento y la práctica del estado del arte médico. De igual manera, el Decreto 583 (2016), realiza una definición sucinta, estipulando estas tareas como: “(...) aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa”.

Estado del arte desde las decisiones judiciales sobre el contrato sindical

Desde la arista jurisprudencial, el contrato sindical ha sido analizado por la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, SL 4332 de 2021 la cual corresponde a un precedente de naturaleza vertical en los términos de la sentencia

T-360 de 2014 de la Corte Constitucional. El contrato sindical se define según la Corte Suprema de Justicia, como un acto jurídico sui generis con rasgos civiles, solemne, de naturaleza colectiva laboral, principal y nominado en el código sustantivo del trabajo por los artículos 482 al 484 y el decreto 036 de 2016, los cuales lo determinan como un acuerdo de voluntades que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores entre uno o varios empleadores o sindicatos patronales. Estos contratos, deben ser ejecutados según la corporación, por asociaciones sindicales sostenibles financieramente, sometidas a reglamentos que propendan por la mayor protección de los afiliados partícipes a este. Así, la Corte ha determinado que si bien, las relaciones entre un el afiliado partícipe y la asociación sindical son “horizontales, solidarias e igualitarias”, esta armonía puede fracturarse, configurando una situación de desproporción en donde el trabajador puede solicitar la defensa sobre sus derechos fundamentales al debido proceso, a la salud y a la seguridad social.

Correspondiente a lo anterior, se puede advertir que la directriz emanada por la jurisprudencia, se dirige a establecer una connotación legal a este tipo de tercerización laboral, pero advierte bajo su designio, que acorde a los presupuestos configurados en él, este no puede ser utilizado como una forma de deslaborizar y subordinar a los trabajadores que desempeñan actividades misionales permanentes, dentro de las entidades de salud del Estado; pues ello, vulneraría sus derechos constitucionales y prestacionales, al descargar de todo deber patronal y administrativo a empleadores que acuerdan dicho contrato con los afiliados de un sindicato. Como consecuencia de lo anterior, se evidencia que la tercerización laboral en el sector salud no es una figura ilegal per se, pero debe cumplir con unos requisitos legales y constitucionales que aseguren el respeto por los derechos de los trabajadores que desempeñan labores permanentes, y que impidan la desnaturalización laboral y la subordinación.

Presupuestos permitidos por la jurisprudencia para la contratación tercerizada por parte de las entidades públicas.

Para determinar los elementos que la jurisprudencia ha delimitado sobre la contratación tercerizada por parte de entidades del Estado, es importante delimitar la nominación y el objetivo que según esta, ha generado sobre las empresas sociales del Estado. Según la Corte, las empresas sociales del Estado en Colombia son entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley 100 del 1993 y posicionadas en la rama ejecutiva por la ley 489 de 1998, las cuales tienen como objeto la prestación de servicios de salud como un servicio público a cargo del

Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. Estas entidades se rigen por los principios de eficiencia, calidad, solidaridad y participación ciudadana, y tienen como objetivo misional producir servicios de salud eficientes y efectivos, que cumplan con las normas de calidad establecidas, satisfacer los requerimientos del entorno y garantizar los mecanismos de participación de los usuarios. De lo anterior, se infiere que hacen parte de la estructura de la administración, que fueron establecidas por la ley para la prestación del servicio de salud como objetivo principal y que, en principio, su directriz está proyectada a la población más vulnerable.

De otra parte, la contratación sindical es una estrategia sui generis que busca el cuidado de los derechos a la asociación, al trabajo, al debido proceso y seguridad social, además de estrategias dinámicas de autodeterminación, solidaridad e igualdad entre los afiliados partícipes. Estas acciones determinan en teoría una ventaja al trabajo digno, pero se encuentran consolidado en una realidad enmarcada en situaciones de abuso, tercerización y la pobre participación que en realidad deberían poseer estas agremiaciones de trabajadores. pues como lo advierte la Corte Suprema de Justicia

“Los contratos sindicales no pueden convertirse en meros artilugios jurídicos, a partir de los cuales se da un verdadero proceso de suministro de personal para las actividades naturales, permanentes y misionales de la empresa, que convierte a las organizaciones sindicales en simples intermediarias y que des formaliza y precariza el empleo” (CSJ, Sala Laboral, 3086, 2021).

La jurisprudencia genera unos elementos para estipular las fronteras de esta figura, en un intento por retornarla al cause de la dignidad laboral; esta, argumenta que la contratación sindical no puede celebrarse sobre funciones permanentes, encaminadas a lograr su objetivo misional, ya que solo serán objeto de este vínculo, las tareas transitorias, cuyo impacto no representa importancia dentro de los objetivos planteados. Aunado en lo anterior, las actividades misionales permanentes que los profesionales sanitarios ejecutan, como ya se ha argumentado en el anterior capítulo bajo los precedentes de la jurisprudencia y la doctrina, no deben contratarse bajo esta figura, mucho menos, si el contratante es el Estado a través de sus empresas sociales, pues representa una contradicción al estado social de derecho, y a su principio rector, la dignidad humana. (CSJ, Sala Laboral, 4332, 2021).

De igual forma, los magistrados de la Corporación han dilucidado que además de la anterior postulación, hay otro elemento a tenerse en cuenta, este es la pertinencia de la contratación sindical cuando haya actividades que la planta de

personal no pueda suplir. Es claro que las empresas sociales del Estado poseen dentro de su planta, una cantidad muy baja de personal asistencial, entonces ven en esta estrategia contractual, la oportunidad perfecta para pactar las mismas actividades permanentes de su personal directo, a través de sindicatos, apartándose de toda responsabilidad patronal y administrativa, con mano de obra mucho más barata y generando en muchas ocasiones una subordinación solapada que sobrepasa la contención del principio de la realidad sobre las formas, cuando en su ejecución determina actividades por fuera de los horarios laborales, carga horaria mayor a la estipulada por la norma y labores que nada tienen que ver con actividad profesional contratada.

En resumen, la postura de la corporación ante este tópico, declara de forma precisa la configuración de presupuestos claros sobre los cuales se le permitiría a las entidades públicas, una contratación tercerizada sin vulnerar el derecho al trabajo y a la asociación. De lo anterior, se referencia que este tipo de contratación colectiva, puede llevarse a cabo, siempre y cuando, recaiga sobre actividades transitorias que no sean propias de la entidad y cuya operatividad, no pueda ser suplida por su personal de planta, siendo esto un referente claro de lo que configuraría una actividad misional permanente para la jurisprudencia y un argumento concreto acerca de lo abyecto que puede ser en la realidad el manejo contrario a la jurisprudencia, que sobre esta figura colectiva, realizan estas instituciones (CC, T-614/09, 2009).

Supremacía de la realidad sobre las formas en el contrato sindical

El principio de primacía de la realidad sobre las formas es uno de los principios rectores del derecho laboral, estipulado en el artículo 53 superior. Este implica, que en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha pactado en los documentos o contratos, debe darse prevalencia a lo que sucede en la realidad, para determinar la existencia o no de una relación laboral y, en consecuencia, brindar el amparo correspondiente a los trabajadores. Así esta herramienta constitucional, evita la trasgresión a los derechos laborales mediante figuras jurídicas que simulan una verdadera relación de trabajo, como en muchas ocasiones sucede con el contrato sindical. De acuerdo con la doctrina, este principio se aplica en gran medida en el contexto del sector salud, donde se ha evidenciado una tendencia a la tercerización laboral que afecta los derechos de los trabajadores que realizan actividades misionales permanentes, siendo un

mecanismo para garantizar el respeto por los derechos constitucionales que garanticen el derecho laboral en Colombia (CSJ, Sala Laboral, 3086, 2021).

Este principio no solo tiene relevancia en el ámbito interno, sino también en el contexto internacional, pues se relaciona directamente con el cumplimiento de los tratados y convenios que ha suscrito y reafirmado el Estado colombiano internacionalmente sobre derechos humanos. Estos instrumentos tienen una especial jerarquía en el orden interno, según lo dispone el artículo 93 de la Constitución Política, el cual configura el bloque de constitucionalidad, es decir, del conjunto de normas que tienen rango constitucional y que deben ser interpretadas de manera armónica con la Carta Magna. Así, este principio define que, el Estado colombiano debe respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales, y que debe ajustar su legislación y su práctica, a los estándares internacionales en la materia. De esta forma, se busca evitar que se desconozcan o vulneren los derechos humanos mediante formalismos jurídicos que contraríen la realidad fáctica de los trabajadores (Villasmil & Carballo, 2019).

En consonancia con lo descrito, los antecedentes judiciales expuestos en las sentencias 3086 y 4332 emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (2018, 2021), han establecido que el principio superior de primacía de la realidad sobre las formas, debe aplicarse para determinar si existe una verdadera relación laboral subordinada entre el beneficiario del servicio y los afiliados partícipes del sindicato. Así mismo, ha reconocido que el contrato sindical es ineficaz cuando se evidencia que el sindicato actúa como un intermediario o suministrador de personal, y que el beneficiario del servicio ejerce un poder de dirección, control y sanción sobre los afiliados. Por lo tanto, este debe respetar las garantías mínimas laborales de los afiliados y no puede ser empleado para evadir las obligaciones legales que las entidades estatales tendrían para con sus empleados posicionados en la planta de personal al ser claro que las ocupaciones del personal sanitario son inherentes a los objetivos institucionales de salud del Estado, configurando una actividad misional permanente.

Conclusión

De conformidad con lo establecido en el planteamiento del problema relacionado con la vulneración del derecho al trabajo a profesionales de la salud, vinculados por contratación sindical en empresas sociales del Estado; y una vez surtido el análisis jurisprudencial sobre este tópico, se confirma la tesis estipulada, teniendo en cuenta para ello el uso de sentencias y doctrina, soporte que nos permite dilucidar la cuestión propuesta de la siguiente manera.

La Corte Suprema de Justicia ha realizado un estudio preciso acerca de la cuestión planteada en el presente capítulo, consolidando la tesis propuesta al enumerar los presupuestos de lo que se define como una actividad misional permanente, la cual resalta la Corte, no debe ser objeto de tercerización laboral a través del contrato sindical. Es así como el profesional de la salud, asume como instrumento esencial en la operatividad de dichas entidades públicas, una actividad imprescindible y de vital importancia para el alcance de sus objetivos, que en esencia se confirma como una labor misional permanente, que aborda aristas desde la *lex artis ad hoc*, situaciones que no pueden ser objeto de una contratación indigna y tercerizada, que enmascare los deberes patronales vulnerando de forma desproporcionada el trabajo digno.

Sin bien, el contrato sindical busca fomentar la participación de los sindicatos en la administración de las empresas sociales del Estado, estimular el trabajo colectivo y crear empleo, también es objeto de críticas y cuestionamientos por parte de la doctrina, que ha indicado que este, puede afectar el núcleo esencial del derecho a la asociación sindical, al no establecer una relación laboral directa entre los trabajadores y el empleador, ni una representación sindical legítima y autónoma; pues es utilizado, como un mecanismo para deteriorar las condiciones laborales, eludir las obligaciones legales y sociales, y desalentar la negociación colectiva y la huelga. En este sentido, el contrato sindical vulnera el principio de libertad sindical, reconocido por la Constitución Política, los convenios con la Organización Mundial del Trabajo –OIT– y los tratados internacionales de derechos humanos, que busca proteger los intereses de los trabajadores, equilibrar el poder entre las partes y promover la justicia social. Ante esta realidad, se hace necesario revisar y reformar la regulación y la aplicación del contrato sindical en Colombia, con el fin de garantizar el respeto y la protección de los derechos laborales y sindicales de los trabajadores que se encuentran bajo esta modalidad. Para ello, se requiere fortalecer el papel de las autoridades laborales en la fiscalización y el control del mismo, máxime, cuando este se

ejecute desde la posición del Estado, todo con el fin de sancionar a los empleadores que lo utilicen de forma abusiva e indebida, pero también es imprescindible promover el diálogo social entre los actores que intervienen, todo en pro de la búsqueda de propuestas consensuadas que mejoren las condiciones laborales que subsuman las consecuencias de la tercerización laboral.

Es imprescindible, además, reconocer el crecimiento exponencial de la figura del contrato sindical desde 2010, pues en más de una década de su incidencia, se han suscrito más de diez mil contratos sindicales según el Ministerio del Trabajo (2019), siendo el sector público de la salud uno de los de mayor intervención. Dicho lo anterior, es contradictorio como el Estado social de derecho, se convierte en un “empleador” que trunca el derecho al trabajo digno y evade a través de esta tercerización permitida, los deberes patronales utilizando este acto jurídico sui generis, como mecanismo para consolidar mano de obra sobre tareas especializadas y de carácter permanente, que asumen afiliados partícipes de un contrato sindical, como medio para descargar sobre un tercero bajo la trasgresión del derecho a la asociación, toda la operación administrativa que sería deber directo de la entidad, desestimando en los trabajadores todo viso de una relación laboral estable, que suprime los derechos a un salario mínimo vital, vacaciones, cesantías, licencias de maternidad, recargos nocturnos, auxilio de transporte y la disposición en algunas ocasiones de los espacios de desconexión laboral dispuestos jurisprudencialmente como derecho al trabajador.

En consonancia con lo anterior, se puede declarar que, para el caso en concreto, la respuesta a esta investigación, se basa en los límites que la corporación le ha dado al contrato sindical, dictaminando bajo el precepto de permanencia, una característica esencial en la labor que los profesionales del sector sanitario asumen. Para proyectar dicha replica, fue necesario analizar desde el antecedente judicial, variables como las actividades misionales permanentes y las fronteras que la Corte ha estipulado en la ejecución de los contratos sindicales, lo que permitió llegar a la reflexión que nos atañe en este capítulo.

Referencias citadas

- Barona Betancourt, R. (2013). El contrato colectivo sindical. *Revista De Derecho*, 12(24), 11-21. Recuperado a partir de <http://www.revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/artic le/view/554>

- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-385/00. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C].
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-612/19. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C].
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T-360/14. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C].
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia T-154/97. Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C].
- Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala Laboral, agosto 18, 2021. M. P.: I, Gómez. 4332/21. (Colombia)
- Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala Laboral, junio 30, 2021. M. P.: J, Quiroz. 3086/21. (Colombia)
- Presidencia de la República. (2016). Decreto 583 /2016.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68914>
- Villasmil, H. & Carballo, C (2019). Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo. Departamento de Publicaciones, Universidad Libre.

Problemas medio ambientales y desarrollo sostenible en Colombia. Una controversia jurídica

*Filder Ferney Rodríguez Retavisca¹
Ramsés López Santamaría²*

Resumen

La problemática del desarrollo sostenible tiene como principal idea encontrar formas de promover el progreso económico, social, cultural y tecnológico sin agotar los recursos naturales, ni dañar el medio ambiente. Sin dejar de lado las afectaciones que hoy en día se tiene en los territorios. Este capítulo busca mostrar el equilibrio de las necesidades presentes con las de las generaciones futuras, asegurando la conservación de la biodiversidad, la calidad del aire y del agua, y la estabilidad climática. El desafío radica en adoptar prácticas responsables en sectores como la energía, la agricultura, la industria y el consumo, mediante la implementación de políticas, tecnologías y cambios culturales que minimicen la huella ecológica y fomenten la justicia Social, basados en la constitución política colombiana. El logro de un desarrollo sostenible implica la colaboración de todas las empresas en desarrollo, la innovación y la conciencia colectiva para asegurar un equilibrio duradero entre el progreso humano y la preservación del entorno.

¹ Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

² Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomadeuca.edu.co

Introducción

Es importante saber que el desarrollo sostenible es una forma de progreso que busca satisfacer las necesidades humanas sin comprometer los recursos naturales y medio ambiente. Se requiere de una gestión eficiente sobre el uso de los recursos renovables y no renovables, así como entender la problemática de contaminación que embarga. El desarrollo sostenible va de la mano con el Derecho Ambiental el cual se encarga de la relación existente entre las actividades humanas que afectan el medio ambiente y los recursos naturales y el derecho ambiental busca proteger el derecho de todas las personas a un medio ambiente sano. El derecho ambiental se basa en principios tales como el de la prevención, precaución, responsabilidad ambiental, participación. Algunas fuentes de esta problemática ambiental se encuentran en las constituciones nacionales, tratados internacionales leyes y reglamentos que también se ocupan de problemáticas como el cambio climático, biodiversidad, flora y fauna.

Así las cosas, se puede proponer que la problemática que se puede ver desde un ámbito mundial el cual genera una preocupación encaminada a resolver una de las preguntas que se debe resolver al respecto y es, ¿cómo se puede realizar desarrollo sostenible sin perjudicar al medio ambiente?

Conociendo la problemática de investigación objetivamente, es importante resaltar que se desarrollara dentro de un análisis desde la ponderación indicando a manera de reflexión las problemáticas que tenemos cuando se enfrenta el desarrollo sostenible con el medio ambiente. Finalmente se puede deducir que el derecho ambiental es una herramienta jurídica que puede orientar y regular el desarrollo sostenible, pero tiene que ir de la mano de la participación activa de todos los sectores sociales teniendo en cuenta que es un desafío global que exige una visión integral ética y solidaria de parte de todos.

Desarrollo sostenible y derecho ambiental: conceptos, principios y desafíos

El desarrollo sostenible es un concepto que se refiere a la capacidad de satisfacer las necesidades actuales y básicas de la humanidad esto implica un equilibrio entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección del medio ambiente. Los Objetivos del Desarrollo Sostenible son una serie de metas globales que las Naciones Unidas adoptaron en 2015 para lograr el desarrollo

sostenible para el año 2030. Entre ellos esta: “proteger la biodiversidad y los recursos naturales.” Tarea que no ha sido fácil y que debe ser repensada a raíz de las diferentes problemáticas socio ambientales que se vienen presentando y que continúan generando malestar entre las personas que piensan un medio ambiente sano y las que consideran que realizar el desarrollo sostenible se debe dar a toda costa sin pensar en las afectaciones que se produce.

Según la sentencia C-145/21, el tema del desarrollo sostenible y el derecho ambiental en Colombia se puede abordar desde diferentes perspectivas, tales como la autonomía de las Corporaciones Autónomas Regionales –CAR– para regular y proteger el medio ambiente en sus jurisdicciones, sin que se vulneren los principios de unidad nacional y coordinación administrativa. Sin dejar de lado que estas corporaciones creadas y vistas para un cuidado del medio ambiente sano y proteger la biodiversidad con la que cuenta el país, no se está desarrollando de la mejor manera, dada su falta de interés y cuidado, faltando al principal objetivo y por el cual se debe su creación. El reconocimiento del derecho al ambiente sano, como un derecho constitucional fundamental dicho en la sentencia T-536/92, que implica deberes para el Estado y la ciudadanía, así como la procedencia de la acción de tutela para su protección en casos concretos, junto con la incorporación del concepto de justicia ambiental como un criterio orientador de las políticas públicas ambientales, que implica la participación ciudadana, la equidad intergeneracional, la prevención del daño ambiental y la reparación integral de los ecosistemas afectados.

El ambiente sano desde la Constitución Política colombiana

El ambiente sano es un derecho fundamental que viene plasmado en la constitución política art 79, este derecho implica el goce de un entorno natural que garantice la vida, la salud y el bienestar de las personas que hoy habitan el planeta y la de los niños, quienes finalmente son los que van disfrutar de esta manera el trabajo que se realice hoy.

Así mismo implica el deber del Estado y la ciudadanía de proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, siempre buscando que vaya de la mano el hombre y la naturaleza, brindando satisfacción a sus integrantes y llevando a que el medio ambiente no se vea afectado por el desarrollo sostenible. Cabe resaltar que la constitución colombiana trae consigo una serie de mecanismos de protección como lo son el derecho de petición, acción de tutela, habeas corpus,

acción de grupo y acción popular. No solo para la integridad de derechos tan importantes como lo son la vida, la educación y la salud, además de ellos estos mecanismos pueden ser utilizados para el respeto y el cuidado del medio ambiente.

Cuando se está frente a una problemática ambiental se debe pensar en la protección del mismo y se debe acudir a la constitución política que respalda ese cuidado y la forma como se debe proteger ese derecho fundamental de tercera generación que si bien es cierto se encasilla de esta manera es tan importante como los derechos de primera generación. Finalmente se debe analizar en qué forma se está cuidando el medio ambiente desde una perspectiva de protección, se debe realizar un análisis de la problemática ambiental buscando saber si todos los seres humanos cuidan y respetan este derecho fundamental que tienen a un ambiente sano, por que pasar por encima de el para realizar desarrollo sostenible.

Análisis jurisprudencial del desarrollo sostenible sin afectación medio ambiental

La Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela interpuesta por un grupo de ciudadanos que indicaban la vulneración de su derecho al ambiente sano por parte de una empresa minera que realizaba actividades de explotación en el municipio de Marmato, Caldas, Colombia. La Corte concedió el amparo del derecho al ambiente sano y ordenó a la empresa minera suspender sus actividades hasta tanto obtuviera la licencia ambiental correspondiente y realizara una consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas. La Corte también ordenó al Ministerio del Medio Ambiente y a las autoridades ambientales competentes realizar un estudio técnico sobre el impacto ambiental y social de la actividad minera, teniendo en cuenta los principios de desarrollo sostenible, precaución, prevención y participación.

El medio ambiente es un tema de gran importancia en Colombia, y su protección ha sido objeto de numerosas discusiones y debates en los últimos años. Teniendo en cuenta esta problemática que se viene generando se mostrara un poco la jurisprudencia colombiana relacionada con el medio ambiente y de qué forma ha venido evolucionando a lo largo de los años. La Carta Magna Colombiana establece que todas las personas tienen derecho a un ambiente sano y así mismo que es deber del Estado, proteger la diversidad, integridad sin dejar de lado la flora y fauna colombiana componentes que enriquecen el medio ambiente. La

Corte Constitucional ha sido una de las instituciones que más importancia le ha dado a la protección del medio ambiente en Colombia y ha emitido numerosas sentencias que han establecido una postura importante en este ámbito.

Una de las sentencias de la Corte Constitucional relacionada con el medio ambiente es la Sentencia T-622 de 2016. En esta sentencia, la Corte estableció que el derecho a un ambiente sano es un derecho fundamental y así como el estado protege otros derechos fundamentales, este es de vital importancia. Además, la Corte señaló que el derecho al medio ambiente sano no solo se refiere a la protección del aire, el agua, el suelo, sino también a la vital importancia de proteger los ecosistemas junto con su Biodiversidad.

Adicionalmente, En esta sentencia, la Corte Constitucional estableció que las empresas del orden público y privado deben tener esa responsabilidad ambiental que debe ir de la mano con socializaciones a las comunidades sobre los impactos que se generen y que deben implementar todas las medidas posibles para prevenir daños ambientales. La Corte señaló que las empresas deben ser responsables por los daños ambientales que causen y deben reparar de forma inmediata los daños causados y las afectaciones realizadas al medio ambiente. Otra sentencia ubicada en pro de la protección del medio ambiente es la Sentencia T-361 de 2017. En esta sentencia, la Corte Constitucional ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, realizar medidas para la protección de los páramos de Colombia. La Corte indicó que los páramos son ecosistemas frágiles y únicos que el Estado deberá garantizar la protección de los mismos sin causar daño ni afectaciones que puedan llegar a destruirlos y que deben por el contrario buscar la manera de rodearlos y cuidarlos en razón de un ambiente sano. Cuando se habla del medio ambiente y Desarrollo sostenible se realiza un llamado mundial a la adopción de medidas para poner fin a la destrucción del medio ambiente, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de un ambiente sano.

En Colombia, se ha dedicado a tomar medidas significativas para lograr los objetivos propuestos por las naciones unidas como el agua limpia y saneamiento, energía asequible y no contaminante y acción por el clima entre otras. El país en la evolución que ha venido generando inculcando en la sociedad la conciencia que se debe tener para la protección del medio ambiente, ha liderado la implementación de agendas como la de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, las alianzas para la educación frente al cambio climático y la adopción de políticas mundiales como los desarrollados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).El Ministerio de Ambiente y

Desarrollo Sostenible, es el encargado de liderar la política ambiental y de desarrollo sostenible del país. El Ministerio a través del tiempo viene generando una lista de objetivos para lograr un futuro donde el país cuente con un desarrollo sostenible para todos los colombianos.

Estos objetivos incluyen el fin de la pobreza, hambre cero, salud y bienestar, educación de calidad, igualdad de género, agua limpia y saneamiento, energía asequible y no contaminante, trabajo decente y crecimiento económico y sobre todo el tema que es de vital importancia el cuidado del medio ambiente y la protección del mismo.

Es importante destacar que Colombia se ha comprometido en avanzar con el crecimiento y cumplimiento de los objetivos ambientales, climáticos y de sostenibilidad. Junto con el cuidado del medio ambiente y su protección, estos objetivos los viene desarrollando como socio del Banco Mundial generando estrategias de cambio para la igualdad y protección del este derecho fundamental desde hace mucho tiempo.

El país ha tomado varios pasos importantes para lograr estos objetivos. Por ejemplo, Colombia ha implementado políticas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y ha promovido la energía renovable, que si bien es cierto se debe contar con todo el apoyo por parte de grandes empresarios para poder culminar con estos objetivos, ha sido bastante difícil poder generar esa confianza entre Estado y empresarios para la articulación de este trabajo en conjunto.

Problemática socio ambiental en ciudades pequeñas de Colombia como en el caso de Popayán (Cauca)

Existen en Colombia ciudades pequeñas con un gran potencial para el desarrollo sostenible, pero también con una serie de problemáticas socio ambientales que requieren de una gestión integral y participativa. Estas ciudades a diferencia de las grandes metrópolis, cuenta con unas diversidades de materiales históricos y culturales, unas diversidades biológicas y paisajísticas, así mismo cuentan con ubicaciones estratégicas y poblaciones jóvenes y emprendedoras. Ahora bien, estas ciudades cuentan con bastantes zonas verdes, humedales, nacimientos de agua, que si bien es cierto son de importante protección, se desconocen las leyes

que buscan de alguna manera proteger estos ecosistemas y con esto proteger la flora y fauna con la que cuenta estas bellas ciudades.

Desarrollo sostenible y su reformulación al medio ambiente

La sentencia T-154/13 de la Corte Constitucional de Colombia reconoce el derecho a un medio ambiente sano como un derecho universal y un objetivo de principio y punto de partida de una política universal a través de la cual se busca lograr un desarrollo sostenible. Además, la Constitución de 1991 impuso al Estado colombiano la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar de un ambiente sano. La sentencia T-445/16 ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, conformar una mesa de trabajo y de implementación de políticas interinstitucionales para la construcción de una investigación científica y sociológica en la cual se identifiquen y precisen las conclusiones gubernamentales respecto a los impactos de las actividades mineras en los ecosistemas del territorio colombiano.

El desarrollo sostenible es una de las formas que busca garantizar el equilibrio entre el crecimiento económico, el cuidado y preservación del medio ambiente junto con el bienestar social. La forma del desarrollo sostenible se recoge en la teoría, que es posible mantener un crecimiento social y económico, pero sin afectar al medio ambiente. De acuerdo a esta teoría, los pilares básicos serían un desarrollo económico que sea acorde al desarrollo de las distintas sociedades, dejando así una enseñanza por el respeto, por sus formas de subsistencia y la preservación del medio ambiente.

Uno de los ejemplos más comunes sobre desarrollo sostenible que se encuentra en las reglas internas de cada organización ecologista, se valida el reciclaje, la clasificación y compostaje de residuos, el cambio hacia formas de producción energética más limpias. Como lo son las energías eólica y solar, el uso de cultivo más sostenibles y respetuosos, como la agricultura ecológica, igual que apoyan la idea del medio de transporte como las bicicletas y el fomento del uso de este tipo de medios de transporte e incluso el turismo sostenible o ecoturismo. De manera que se revise la reformulación al medio ambiente, se busca que el desarrollo sostenible sea compatible con la protección del medio ambiente. Para ello se promueve la utilización de tecnologías limpias y renovables, que si bien es cierto son necesarias, se debe realizar un estudio exhaustivo donde se puede

verificar que estas tecnologías no afecten el medio ambiente ni tampoco sus ecosistemas.

La reducción del consumo energético es una de las ideas que pueden generar grandes cambios para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, si se realiza una transformación de los combustibles por energía solar podríamos pensar en un cambio real frente a la manera de buscar realizar la disminución del impacto ambiental en general. La innovación del desarrollo sostenible que disminuyen el impacto ambiental recogiendo así una alternativa para salvaguardar el medio ambiente, es así como se inicia de la innovación desde la esencia más pura que basado en las nuevas tecnologías y basados en los nuevos conocimientos es de vital importancia para el desarrollo y crecimiento económico.

Cabe resaltar que diferentes Doctrinantes como Claud Fussler y Peter James, se basan en la idea de la eco-innovación y la definen como el proceso de desarrollo de productos y servicios que además de generar valor importante para las diferentes industrias y a su vez los consumidores también reducen de forma importante el impacto ambiental. La eco innovación es un concepto que se refiere al desarrollo de productos y procesos organizativos que contribuyen al desarrollo sostenible, aplicando conocimientos y estrategias comerciales y educativas para generar mejoras ecológicas sobre el medio ambiente directa e indirectamente. La eco innovación es una herramienta clave para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), ya que permite a las empresas reducir su impacto ambiental y mejorar su estado energético, al mismo tiempo que generan beneficios económicos que propenden el desarrollo desde una perspectiva sana hacia el futuro.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL– ha venido desarrollando un marco de análisis sobre la producción verde (ambiental) e innovación, propone indicadores para facilitar la generación de datos y la comparabilidad regional sin la afectación de diversos ecosistemas. En Colombia, la eco innovación es una herramienta clave para lograr el desarrollo sostenible. El Gobierno de Colombia ha identificado dentro de la agenda 2030 generar transformaciones y dar impulso político a través de esta forma de la eco innovación, a temas que permitan mejorar la calidad de vida de todos los colombianos.

Implementación de políticas para el desarrollo sostenible.

En Colombia se han implementado varias políticas para el desarrollo sostenible. Una de estas políticas incluye la creación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ahora bien, también encontramos la implementación de programas de conservación de la biodiversidad y la promoción de energías renovables.

Colombia ha firmado varios acuerdos internacionales relacionados con el medio ambiente y el desarrollo sostenible, como el Acuerdo de París sobre el cambio climático y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Apuntando aún más a garantizar un desarrollo sostenible en Colombia y en todo el mundo. Para implementar políticas para el desarrollo sostenible en Colombia, es importante tener en cuenta las propuestas dadas por la (ODS) establecidos por la ONU. Estas propuestas son una forma universal de realizar la adopción de medidas para poner fin a la eterna disputa que se tiene sobre el desarrollo sostenible y la protección que se debe realizar al planeta y medio ambiente garantizando así que toda la sociedad disfrute de un medio ambiente sano.

El Gobierno Colombiano ha identificado la Agenda 2030 como una oportunidad clave para generar transformaciones a energías limpias buscando así que las grandes industrias colombianas implementen en sus organizaciones y empresas políticas ambientales y de protección como por ejemplo dar impulso político a temas de interés a nivel internacional, que tiene que ver con el calentamiento global, nacional como la búsqueda de sostenibilidad y transformación de combustibles a energías que permitan mejorar la calidad de vida de todos los colombianos, especialmente de los más pobres y vulnerables, siendo además una herramienta para generar las condiciones habilitantes de una paz estable y duradera.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es la máxima autoridad de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables en Colombia. Tiene como fin definir las políticas y regulaciones a las que se adaptaran la recuperación, la conservación, la protección, el ordenamiento y el manejo, uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables y del ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible sin afectar el medio ambiente.

Conclusiones

El desarrollo sostenible sin afectar el medio ambiente es esencial para garantizar un futuro equitativo y saludable para las generaciones presentes y futuras. En primer lugar, es fundamental reconocer que el crecimiento económico y la prosperidad no deben lograrse a expensas de la degradación ambiental. La adopción de prácticas comerciales y políticas que minimicen el impacto ambiental, como la transición hacia fuentes de energía renovable, la gestión sostenible de los recursos naturales y la reducción de residuos, es crucial. Esto no solo protege los ecosistemas y la biodiversidad, sino que también contribuye a la resiliencia ante los desafíos del cambio climático. Además, el desarrollo sostenible debe ser inclusivo, garantizando que todas las comunidades tengan acceso a recursos y oportunidades equitativas. Esto implica abordar las desigualdades socioeconómicas y promover la justicia social. En última instancia, el desarrollo sostenible sin afectar el medio ambiente se trata de encontrar un equilibrio entre el progreso económico, la equidad social y la conservación del entorno natural.

Esto requiere una cooperación global y un compromiso tanto a nivel gubernamental como individual para adoptar un enfoque a largo plazo que promueva la armonía entre la humanidad y la naturaleza. El desarrollo sostenible se refiere a la capacidad de satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Es decir, se trata de un desarrollo que es sostenible en el tiempo y que no afecta negativamente al medio ambiente.

Para lograr un desarrollo sostenible sin afectar el medio ambiente, es necesario tomar en cuenta varios factores. En primer lugar, es importante promover el uso de energías renovables y reducir la dependencia de los combustibles fósiles. Esto puede lograrse mediante la implementación de políticas públicas que fomenten el uso de energías renovables y la inversión en tecnologías limpias. En segundo lugar, es importante promover la conservación de la biodiversidad y proteger los ecosistemas naturales. Esto puede lograrse mediante la implementación de políticas públicas que fomenten la conservación de los ecosistemas naturales y la protección de las especies en peligro de extinción.

En tercer lugar, es importante promover el uso eficiente de los recursos naturales y reducir el consumo excesivo. Esto puede lograrse mediante la implementación de políticas públicas que fomenten el uso eficiente de los recursos naturales y la

reducción del consumo excesivo. En cuarto lugar, es importante promover la educación ambiental y concientizar a la población sobre la importancia del desarrollo sostenible. Esto puede lograrse mediante la implementación de programas educativos que fomenten la educación ambiental y concienticen a la población sobre los problemas ambientales actuales y las soluciones posibles. Finalmente, Colombia ha tomado medidas importantes para implementar políticas para el desarrollo sostenible. La estrategia CONPES 3918 al igual que los diferentes programas que se han venido desarrollando alrededor de este, es un ejemplo clave que establece metas y estrategias para cumplir con los (ODS) en Colombia. Además, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es responsable de definir políticas y regulaciones que estén acorde al desarrollo sostenible en Colombia sin afectación al medio ambiente.

Referencias citadas

- Corte Constitucional de Colombia. (2016) Sentencia T-622 de 2016.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-760/07.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-760-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). Sentencia C-145/21.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-145-21.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-361 de 2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-361-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-154 de 2009.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-154-13.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T445 de 2016.
<https://www.minambiente.gov.co/asuntos-ambientales-sectorial-y-urbana/sentencia-t445-de-2016/>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia T-614 de 2019.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-614-19.htm>

Derechos y dilemas: reflexiones jurídicas sobre Colombia

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-536 de 1992.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-536-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia C-148 de 2022.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-148-22.htm>

Delimitación del principio de seguridad jurídica a las empresas en Colombia, con relación con el régimen sancionatorio del proceso tributario 2012-2022

*Isabel Ochoa Montero¹
Rodrigo Balacázar Grijalba²*

Resumen

La delimitación del principio de seguridad jurídica en relación con el régimen sancionatorio del proceso tributario en Colombia es un tema importante a tratar debido a la inestabilidad de la norma tributaria presente en el país, además de la falta de educación y cultura tributaria que existe, lo que ocasiona confusiones a la hora de reconocer el proceso de pago y recaudo de impuestos en el país; se termina afectando el principio de seguridad jurídica, perjudicando la comprensión de esta área del derecho. Establecido lo anterior, se hará un análisis documental, además de un análisis de disposiciones normativas, doctrinales y jurisprudenciales con el fin de dar una solución tentativa al tema, dando a entender que, de haber una estabilidad tributaria y una educación general de la misma, esta área del derecho sería más fácil de manejar en cuanto a la declaración y pago del impuesto para las PYMES.

¹ Estudiante de Décimo semestre del programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca

² Docente programa de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca.

Introducción

El presente capítulo de investigación tiene como fin mostrar cómo la inestabilidad de la norma tributaria ha afectado a las pequeñas y medianas empresas que conforman el Estado colombiano, dejando ver la problemática existente en un área desgastada del derecho. Es de saberse que Colombia maneja una estructura tributaria que varía continuamente por los aspectos políticos, económicos y sociales del país. Las constantes reformas tributarias buscan hacer que se mejore el déficit fiscal, pero por el contrario es evidente que el déficit continúa y la desmejora del sistema tributario es cada vez mayor, volviendo confusa la norma y el acceso a ella, afectando al principio de seguridad jurídica en cuanto al acceso jurídico.

Ahora bien, se puede hacer una contextualización sobre el sistema tributario de Colombia que asciende desde antes del siglo XIX, pero basta con decir que solo en el siglo XX se dieron 24 reformas tributarias y es de importancia anotar que lo que va desde el año 1990 a 2022, se han tenido 21 reformas tributarias y sigue habiendo cambios en lo que va del 2023, por lo que se siguen dando problemas con el orden del Estatuto Tributario colombiano.

En 1989 se da en Colombia la conformación del Estatuto Tributario con el Decreto 624, en el que recopilaron las disposiciones de legislación de los impuestos administrados por la DIAN antes DIN, esto durante el gobierno de Virgilio Barcos. A partir de la conformación del decreto, siguieron surgiendo múltiples leyes transformadoras del mismo, cada gobierno establecía sus propias reglas para el desarrollo económico. Durante el mandato de César Gaviria Trujillo momento en el que se da la Ley 174 de 1994. Donde una de las consideraciones más importantes fue otorgarle facultad al gobierno para que dicte normas con respecto a la retención en la fuente.

Con el gobierno de Ernesto Samper se obtuvo la ley 223 de 1995, en el que resalta el hecho de que las empresas unipersonales es como una sociedad limitada, además de que los consorcios pasaron a no contribuir con el impuesto de renta. Con el gobierno de Andrés Pastrana Arango, se eliminan los beneficios que se tenían en cuanto al impuesto de renta y las exenciones, además de que se da el origen del dos por mil. Y, terminando con los antecedentes propios de la materia tributaria, está el gobierno de Uribe, en el que se expiden dos leyes de gran importancia, la 788 de 2002 y la 863 de 2003, con las que se establecieron normas

tributarias, cambios en fiscales y aduaneros, además de los cambios en el control económico con el fin de sanear las finanzas públicas.

Como última reforma post- pandemia está la ley 2277 de 2023, la cual tiene como principal meta garantizar una igualdad y justicia social, aumentando la tributación a quienes tuvieran mayor capacidad de pago, para de esta forma fortalecer dar un ajuste fiscal que ayudara con los ingresos estatales; la ley 2277 de 2022 también se propuso a contrarrestar la evasión y la elusión de impuestos y para garantizar una mejora en la salud pública y el medio ambiente. Aún no es visible por completo los efectos que pueda generar esta norma, por lo que es importante mantenerse atento a lo que se genere con el cumplimiento de la misma.

Conceptos generales del derecho tributario en Colombia

El sistema tributario, puede definirse como una política soberana concerniente a la necesidad de cada Estado, que en la actualidad se ha enmarcado con la globalización y termina siendo de importancia para la financiación del capital, así como también es determinante para dar una descentralización política y las integraciones regionales (Guimarães, Torres, & Domingues, 2022)

Complementando lo anterior, al hablar de sistema tributario “se hace referencia a un conjunto de tributos, en especial de impuestos, coordinados y armonizados entre sí en función de objetivos fiscales o extra-fiscales determinados” (Benegas Lynch & Dania, 2002), es de saber que los sistemas tributarios buscan predominantemente conseguir ingresos con los cuales funcionarán el aparato público, esto cuidando la capacidad de los ingresos de las personas naturales, así como también de las empresas para el fortalecimiento de la economía. Por otra parte, es importante saber el concepto de carga tributaria, siendo este definido como aquella cantidad de recursos que le corresponde pagar a cada ciudadano en cuanto a impuestos tanto nacionales, departamentales y municipales, esto acorde a sus ingresos totales. La importancia de lo anterior incide en que la carga tributaria puede aludir al factor de evasión fiscal e inversiones. (Paredes Cruz & Pinda Guanolesma, 2018).

La carga tributaria recae sobre personas naturales y personas jurídicas, siempre estará la obligación de pagar impuestos, por ello es la importancia de tener en cuenta las normas que reglamentan el proceso tributario y así evitar sanciones,

puesto que cuando no se cumple con el deber de pago de impuestos se pasa al régimen sancionatorio, que es definido como las normas jurídicas cuyo fin es sancionar a los contribuyentes que incumplan con sus obligaciones formales y sustanciales (Poveda, 2022). Debe definirse de igual forma el concepto de impuesto “definimos los impuestos como aquellas exacciones unilaterales de carácter obligatorio, aceptadas por los representantes populares, que permiten desviar recursos productivos del uso privado al público, sin perturbar la estabilidad monetaria” (Navarrete, 1965)

Por otra parte, el principio de seguridad jurídica, que viene siendo afectado por la diversa norma tributaria, puede entenderse que se da con la “realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite” (Corte Constitucional, 2018)

Los problemas de ser empresario en Colombia

Para la conformación de empresas deben tenerse en cuenta seguir pasos claves para la consolidación; primero, se debe realizar la inscripción en los registros de impuestos, nacionales, distritales y municipales, luego de esto, la empresa debe registrarse ante una Administradora de Riesgos Profesionales, así como también el registro ante el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y las Cajas de Compensación. Por otro lado, se debe hacer la afiliación de los trabajadores ante las entidades al Sistema de Seguridad Social y por último se deben cumplir las normas de apertura y funcionamiento de establecimientos de comercio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las empresas tienen un medio de control bastante amplio al momento de su conformación, se puede empezar a resaltar los problemas que recaen sobre estas. Uno de los principales problemas para ser empresario en Colombia son las exigencias de las cargas tributarias, muchas veces se desestima la actividad económica por los riesgos en cuanto al pago de impuestos, además de la carencia de recursos, que, aunque hoy en día se tienen muchas formas de financiación, no son suficientes para iniciar desde cero, esto debido a la falta de acompañamiento y la falta de cultura empresarial.

Es importante tener en cuenta que la formación de una empresa implica obligatoriamente el pago de impuestos, esto sin importar el nivel de ventas que se tengan, imposibilitando aún más la formación de empresas. La INCAE desarrolló un estudio en el cual confirma los problemas y las debilidades que existen al momento de emprender en Colombia y, muchos de los emprendimientos se originan con la finalidad de solucionar las necesidades básicas, dejando de lado la convicción, lo que hace fracasar a una cantidad significativa de empresas.

Además, de la carente cultura empresarial, están las condiciones sociales en las cuales se encuentran los bajos ingresos de la población y la estructura social que impide la formación de empresas y, por otra parte, está la falta de capital social; el emprendedor no tiene muchas oportunidades de relacionarse con instituciones que les otorguen el acceso a recursos. Emprender es de gran importancia, es la fórmula magistral de generación de empleo, sin embargo, con las políticas gubernamentales y las leyes, existen múltiples trámites e impuestos que limitan el apoyo a la formación de empresas, la alta tributación sobre las utilidades ante los impuestos hace que Colombia sea un país complejo para la crear y mantener empresas nacionales.

Análisis documental de la evolución del régimen sancionatorio en el proceso tributario para las empresas 2012-2022

En Colombia cada gobierno adapta sus políticas económicas conforme a lo que necesita el país en su etapa electoral o también respecto a las inconformidades dejadas por el gobierno anterior, muchas veces las ideologías políticas y las percepciones de los gobernantes pueden contraponerse entre el cambio de sus periodos de gobernanza, haciendo que se formulen nuevas estrategias económicas que terminan por afectar los términos del régimen sancionatorio del proceso tributario. Es por todo lo anterior que, en el 2012, que se implementó un régimen sancionatorio con ley 1607 de 2012, se incluyó 10 capítulos y 198 artículos; el punto positivo de esta reforma era que suponía el favorecimiento de las compañías para aliviar la carga parafiscal de los trabajadores con la idea de estimular la contratación.

De los puntos más resaltantes a destacar en la ley 1607 de 2012 está el capítulo segundo en el cual se dan los cambios al impuesto de renta, en el cual las personas jurídicas nacionales pasaron de pagar un impuesto sobre la renta del 33% el 25%.

Por otro lado, en el capítulo séptimo incluyó el nuevo capítulo sobre la renta para la equidad -CREE, el cual se diferencia de la renta tradicional en algunas cosas como el destino de este impuesto, los descuentos que posee y los beneficios menores, además de su base gravable mayor. Luego, se obtuvo la ley 1819 de 2016, con la que se buscó reducir la dependencia económica al petróleo, por lo que se creó una reforma estructural para establecer una manera más competitiva a la hora de declarar impuestos para así poder evitar la evasión y elusión a través de un control efectivo y hacer que quien tuviera más pague más, volviéndolo un sistema más equitativo. Con esta nueva ley fue importante reconocer el fortalecimiento de la DIAN y el desarrollo de la penalización de la evasión de impuesto en IVA y en renta, pena que podía llegar a los 9 años de cárcel, así como también el control de las transacciones en efectivo para evitar evasiones.

El mayor logro para las empresas tanto pequeñas como medianas y grandes en este punto, fue el hecho de que el impuesto sobre la renta y complementarios de las nuevas sociedades, que iniciaran sus actividades en las Zonas Más Afectadas por Conflicto Armado –ZOMAC– se acomodaran beneficiosamente para que se diera un crecimiento empresarial. Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene la Ley 2010 de 2019, la cual también presentó ciertos beneficios para las personas jurídicas en cuanto al pago del impuesto de renta, Sin embargo, también fueron modificadas algunas normas para el control de evasión y abuso tributario, complejizando nuevamente el régimen sancionatorio y haciendo un cambio drástico en el movimiento del régimen sancionatorio.

Finalmente, está la ley 2277 de 2022, la cual se estableció inicialmente como un problema por la transición severa después de las consecuencias económicas dejadas por la pandemia de Covid-19 que inició en el 2020; es de saberse que el país se detuvo por un momento, por lo cual las empresas comenzaron a tener problemas en el orden y manejo de su información exógena, por tanto en el momento de realizar sus declaraciones claramente se presentaron errores y problemas por las consecuencias del encierro. El manejo de las sanciones cambió drásticamente con el nuevo pliego de la Ley 2277 de 2022, puesto que se dieron sanciones monetarias más severas y la DIAN tuvo múltiples errores de comunicación, ya que el orden institucional no tuvo en cuenta el contexto del país y de las empresas, por lo que se puede decir que con esta nueva ley además de violar el principio de seguridad jurídica, también viola el principio de neutralidad de los impuestos, puesto que los impuestos deben ser neutros y no deben desestimular una actividad.

Con el análisis textual hecho anteriormente sobre las leyes que han modificado el Estatuto Tributario, se puede notar cómo se amplía la complejidad del sistema sancionatorio tributario, por lo que no se tiene un orden estable para que las empresas puedan manejar de forma clara y sin problemas su proceso como contribuyentes, esto se da debido a que la modificación de la norma tributaria está a cargo de una gran cantidad de personas y entidades con criterios variables que muchas veces no van acorde con el bienestar empresarial del país.

Orden institucional para la protección del principio de seguridad jurídica en cuanto al proceso sancionatorio

El régimen sancionatorio en cuanto al proceso tributario termina por ser muy complejo, es importante tener en cuenta que Colombia posee un Estatuto Tributario conformado por el Decreto 624 de 1989 el cual contiene una cantidad de 933 artículos, de los cuales muchos terminan viéndose afectados con el posicionamiento de cada gobierno, los que acaban por generar reformas tributarias que terminan cambiando y probablemente distorsionando la noción de la norma en esta área. Es importante que esta área del derecho sea regulada por un ente independiente de los criterios propios gubernamentales, es de importancia que la institución encargada del sistema tributario se centre en mantener la economía a largo plazo y no solo en un periodo gubernamental. Ahora bien, el proceso tributario se maneja por dos vías, una gubernativa o actuación administrativa y otra judicial, por lo que es importante tener en cuenta la línea del tiempo del procedimiento tributario: Debe entenderse que los coactivos son sancionatorios y se debe resolver todo primero por la vía gubernativa o actuación administrativa, por lo que, para resolver esta primera parte, se tiene un antes, un durante y un después.

Antes

En primera medida, se tiene un antes, en el cual se emite un requerimiento ordinario que es un aviso de pago por no haber declarado, en este punto se tiene una obligación formal y una sustancial. Los requerimientos ordinarios se emiten cuando efectivamente hubo una inexactitud en el pago, además la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) emite un emplazamiento cuando no se declaró nunca, cuyo término es de 1 mes para responder o para cumplir, luego de ello, se debe obligatoriamente esperar el año de la respuesta de la DIAN, después

de dicha espera, se puede pasar al *per saltum*, que es la forma para saltar directamente a la vía judicial; Se puede dar un emplazamiento por no pago y luego un requerimiento por hacer mal la declaración, en este punto se da la liquidación especial de AFORO. La DIAN podrá dentro de los cinco años siguientes puede declarar la responsabilidad del contribuyente y dar el emplazamiento, acá también cabe el recurso de reconsideración.

Durante

El procedimiento tributario se rige por la Ley 1607 del 2012, ahora bien, durante el proceso gubernamental, se puede dar un requerimiento especial que viene siendo un acto de carácter preparatorio que implica que salga un acto administrativo debidamente fundamentado y motivado ¿por qué se da el acto? para que salga una sanción, debe saberse que la inexactitud: es la forma de establecer sanciones. La DIAN emite una liquidación, por lo que se da la discusión del impuesto buscando el recurso de reconsideración del acto administrativo. El requerimiento especial, al ser un acto preparatorio, se le propone al contribuyente que cambie la declaración. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) es una entidad sancionadora e identificadora, por lo cual ante esta se debe demostrar que la inconsistencia o inexactitud que la DIAN emitió, no es real, se tiene que desvirtuar por medio del recurso de reconsideración cuyo término es de un año, si no hay un error se debe pagar.

Teniendo lo anterior, se puede pasar a recapitular para tener mayor comprensión sobre este punto.

- 1) Primero se emite el requerimiento especial: el cual debe notificarse antes de la liquidación de revisión y dentro de los dos años siguientes del plazo para declarar que ya no son dos años o del término de firmeza de la declaración que son tres años.
- 2) Tiempo de respuesta al requerimiento: si no se presentó la declaración de renta hoy, la firmeza de esa declaración de renta será hasta el tres años después y si la DIAN emite un requerimiento, son solo tres meses los que tiene el contribuyente para contestar formulando por escrito las objeciones a las modificaciones impuestas por la DIAN, pueden ser seis meses por excepción.
- 3) Se tiene la liquidación oficial de la revisión: si no se objetó o se objetó mal el acto administrativo este acto será emitido, la DIAN liquida la declaración privada

basándose en los derechos, apenas se notifique esta liquidación no es necesario esperar el año para la respuesta de la entidad, sino 4 meses para saltarse la vía argumentativa y pasarse a la vía judicial, esto con el *per saltum* que es básicamente pasarse de la vía gubernativa a la judicial, a través de una demanda *per saltum*.

4) El recurso de reconsideración: es contra de la liquidación de la revisión dentro de los dos meses siguientes, en este recurso se expresa la inconformidad sobre lo realizado por la entidad de la DIAN.

Después

Habiendo agotado la vía gubernativa, la cual es absolutamente necesaria, ya se puede pasar a la vía judicial, demandando el acto administrativo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Todo acto administrativo definitivo es susceptible de control jurisdiccional, el juez debe revisar si dicho acto administrativo se profirió o no con el cumplimiento pleno de la ley, quien es afectado es el que debe demandar con la presentación argumentativa de hechos y derechos con los que se pueda declarar la nulidad el acto administrativo y de ser necesario, se le reestablezca el derecho.

Ahora bien, si el proceso gubernamental no resulta, hay que irse por la vía judicial en lo contencioso administrativo buscando la nulidad y restablecimiento del derecho y si nada funciona se va por lo internacional, comisión interamericana de DDHH para obligar al país a cambiar una ley.

Los errores comunes al momento de declarar impuestos

Las obligaciones universales de toda empresa es el pago de impuestos, es por ello que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), clasificó los tributos en un orden nacional que aplica para todas las personas, tanto naturales como jurídicas y un orden territorial que determinado por un carácter generado por cada departamento y municipio, acorde a la ley general.

Existen aspectos políticos, económicos y culturales que inciden en el incumplimiento en la declaración y pago de impuestos en el país, en primera

medida debe recalcar que con cada gobierno se formula nuevas políticas tributarias a la que los contribuyentes deben ajustarse, pero estas modificaciones pueden generar vacíos que pueden terminar por evasiones o incumplimientos por parte de los contribuyentes en cuanto al pago de sus obligaciones; las Pequeñas y Medianas Empresas –PYMES– también deben cumplir obligaciones tributarias como las contribuciones estatales y el pago de impuestos.

El crecimiento de una empresa mediana o pequeña puede verse afectado por no cumplir con las obligaciones tributarias, por lo que, cuando no se tienen en cuenta las fechas de declaración y pago de los impuestos o se evade la responsabilidad sobre los mismos, se generan problemas de carácter tributario que ponen en riesgo a la empresa por el enfrentamiento a las multas que se deberán asumir.

En el momento de asumir la responsabilidad de una empresa, se está obligado a prever las consecuencias tributarias que ello trae consigo, es así que se resaltan algunos errores al momento de declarar impuesto, iniciando por uno muy frecuente que es no declarar. La declaración de impuestos debe hacerse año tras año y muchas veces se ha evidenciado que no declaran impuestos porque simplemente creen que no cumplen con lo necesario para hacerlo, pero las PYMES también asumen estos impuestos y se enfrentan a una sanción de la DIAN de no hacerlo.

El segundo error más común que se comete es no presentar la declaración en el tiempo establecido, esto puede deberse a un tema cultural en el cual se carece de conciencia tributaria, además de que, cada año se establecen fechas distintas para poder realizar las declaraciones de impuestos, por lo que es importante mantenerse actualizado en cuanto a las fechas y normas bajo el cual debe presentarse dichas declaraciones de impuestos y evitar que se presente una sanción por extemporaneidad.

Continuando con la lista de errores frecuentes, hay uno importante para este texto a resaltar y es la confusión de las reglas al momento de declarar, esto es una consecuencia que trae consigo los cambios generados por las reformas tributarias constantes del país, en las cuales es imprescindible mantenerse informado y actualizado para que los cambios no tomen por sorpresa y se pueda evitar problemas.

Además, también debe tenerse en cuenta que no se deben omitir bienes en la declaración de renta, por lo que, en el cálculo de la declaración, debe incluirse el impuesto predial de todos los bienes inmuebles que posea, por lo que se

recomienda además rectificar la información que tiene la página web de la DIAN, puesto que, si se presenta un error, debe corregirse para evitar una sanción.

Por último, se puede resaltar un error frecuente que termina siendo la incorrecta forma de diligenciar el formulario para declarar impuestos; cuando se llena un formulario manualmente, puede haber errores al momento de transcribir los números en las casillas, es por eso que hoy por hoy se recomiendan las herramientas ofimáticas para manejar la información y evitar que haya errores que pasen por inexactitudes al momento de declarar.

Ahora bien, no está demás resumir las obligaciones que tienen las PYMES, empezando porque todas deben declarar renta para gravar las utilidades que se presentan año tras año. El pago del impuesto de renta se hace año vencido, es decir, el pago del año 2021 se realiza en el 2022, además, debe tenerse en cuenta que cada año se modifica la tarifa de este impuesto, así como también las fechas para la declaración del mismo. Por otro lado, se tiene el famoso IVA o Impuesto de Valor Agregado que es básicamente aumentarle un porcentaje determinado por la reforma tributaria vigente a los productos ofrecidos por la empresa; actualmente el porcentaje del IVA se encuentra en un 19%.

Las pymes deben realizar el pago de un impuesto llamado Gravamen a los Movimientos Financieros –GFM–, ya que se efectúa por las transacciones de recursos en cuanto a cuentas corrientes, y cuentas de e ahorros. Se tiene, además, la declaración por impuesto de Industria y Comercio, también conocido como ICA, el cual es un impuesto municipal que debe pagarse anualmente por los contribuyentes bien sea por el régimen común o el régimen simplificado; con esto se gravan actividades comerciales industriales y de servicios.

Conclusiones

Con el presente problema jurídico descrito al inicio de este texto de investigación, después de ser analizado, se puede decir que se confirma la tesis, toda vez que se realizó un análisis documental y doctrinal, con lo que fue posible decir que sí existe un problema en cuanto a la delimitación del principio de seguridad jurídica a pequeñas y medianas empresas en relación con el régimen sancionatorio del proceso tributario en Colombia, esto teniendo en cuenta los textos académicos, doctrinas y autores investigados para poder tener comprensión del problema

Es confirmada la tesis después de contemplar el análisis documental y doctrinal de las leyes que contemplan el Estatuto Tributario de Colombia, con ello, se puede deducir que para el caso presente se puede resolver el problema a través de la organización institucional de la DIAN y el mejoramiento del Estatuto Tributario, haciendo que esta se enfoque en mantener una legislación estable que no sea garante centralmente de los gobiernos sino más bien del bienestar económico y empresarial, protegiendo el principio de seguridad jurídica para las empresas.

Ahora bien, en cuanto a la manera en que el análisis propuesto indicando sobre la respuesta de la investigación, se puede orientar que este resultado fue posible gracias a la selección inicial de las sentencias que aportan en primera instancia desde la definición que el derecho en cuestión tiene para este trabajo.

Se hizo posible un análisis documental a profundidad que permitió reconocer las dificultades presentes a la hora de formar una empresa en Colombia, entendiendo de igual manera como muchas veces la falta de reconocer el sistema tributario conlleva a que muchas veces se desestime la actividad económica, puesto que es una gran responsabilidad el reconocimiento y pago de impuestos a tiempo, lo que termina afectando en gran medida el principio de seguridad jurídica por las múltiples sanciones que puede generar un error de tributación.

Referencias citadas

- Arango, J. M. C. (2023). Reforma a las normas de tributación internacional en la Ley 2277 de 2022. In J. M. C. Arango, R. I. Gómez, & O. L. González (Eds.), *Análisis crítico de la Reforma Tributaria. Ley 2277 de 2022* (1st ed., pp. 193–212). Universidad del Externado. <https://doi.org/10.2307/jj.4718106.13>
- Benegas Lynch, A., & Dania, R. (2002). *Sistemas Tributarios Un análisis en torno al caso argentino*. <https://riim.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Benegas-Lynch-Dania.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre del 2012). Ley 1607 de 2012, ‘Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones’. DO 48655. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=51040>

- Congreso de la República de Colombia. (27 diciembre del 2019). Ley 2010 de 2019, ‘Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario’
- Congreso de la República de Colombia. (30 de marzo de 1989). Ley del Estatuto Tributario. [Ley 624 de 1989]. DO: 38.756
- Corte Constitucional. (2018). *Sentencia SU072 del 2018*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm>
- Guimarães, A. S. (2022). Los sistemas tributarios en américa latina: una propuesta analítica desde la sociología fiscal. In E. Torres & J. M. Domingues (Eds.), *Nuevos actores y cambio social en América Latina* (pp. 351–374). CLACSO.
<https://doi.org/10.2307/j.ctv2v88cbs.17>
- Navarrete, I. d. (1965). La función de los impuestos en una economía planificada. *Investigación económica*: [25](98), 409–415
<https://www.jstor.org/stable/18d0671d-e2f6-3bc1-b8ef-ccd56a59333a?read-now=1&seq=1>
- Paredes Cruz, R. E., & Pinda Guanolema, B. (26 de Noviembre de 2018). *Análisis de la Política Tributaria en la Recaudación Fiscal: caso Ecuador*. Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Poveda, G. M. (2022). *Reducción de sanción tributaria de IVA extemporáneo por aplicación de los principios del régimen sancionatorio*.
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/43368/2022MartinezGiancarlo.pdf?sequence=5#:~:text=R%C3%A9gimen%20sancionatorio%3A%20Conjunto%20de%20normas,sus%20obligaciones%20formales%20y%20sustanciales>
- Presidencia de la República de Colombia. (1989). Decreto 624 de 1989 Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuesto Nacionales. DO 38756.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6533>

Exequátur en Colombia. Revisión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el principio *non bis in ídem*

José Sebastián López Dorado¹

Ramsés López Santamaría²

Resumen

El propósito del escrito investigativo es hacer una revisión del funcionamiento que tiene la figura del Exequátur dentro del ordenamiento interno, junto a la capacidad de la Corte Suprema de Justicia para realizar un doble juzgamiento, en donde podría estar incurriendo en la violación del principio Non Bis In Ídem. Entonces, dentro de este se ha planteado una pregunta problema así: ¿La facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia para poder aceptar o rechazar la solicitud del exequátur estaría vulnerando el principio Non bis in ídem? Cuestionamiento que se pretende resolver a lo largo de la investigación.

Para dar con una posible respuesta a esta incógnita se va a realizar un análisis a partir de la revisión de las sentencias que se han proferido sobre el tema en concreto, además, se hará una comparativa de los precedentes judiciales que se encuentren existentes tanto en lo interno, como en el extranjero.

¹ Estudiante del programa de derecho adscrito a la facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo de contacto: jose.lopez.d@uniautonomo.edu.co

² Abogado, Magister en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomo.edu.co

Introducción

Dentro de la presente investigación se va a encontrar que el propósito que tiene la misma es poder identificar qué tipos de antecedentes jurisprudenciales rodea el tema objeto del capítulo. El escenario donde se estará realizando la revisión será enfocado exclusivamente en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el exequátur en los últimos años y si se ha violado el principio de *non bis in idem*. Sin embargo, esto no quiere decir que no se excluyan sentencias de años anteriores, pues estas son las que han formado bases dentro del ordenamiento interno. Si bien es cierto, el escrito estará direccionado a revisar los pronunciamientos de una alta corte, esto no quiere decir que no exista más allá de estas providencias un pronunciamiento semejante que haga alusión o amplie en otro sentido el problema objeto de esta investigación, pues no solo los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son los únicos que han tratado el mencionado tema, sino que es un tema de interés amplio para diversos juristas.

Según lo anterior, se puede advertir que existen juristas nacionales como José Luis Marín Fuentes que indica al respecto lo siguiente frente al *exequátur*:

“Uno de los aspectos más importantes que encierra el derecho procesal internacional y en especial, la cooperación judicial es aquél que hace referencia al reconocimiento que un tribunal de un Estado determinado hace a una decisión de fondo tomada por una autoridad judicial, arbitral o administrativa de otro Estado con el fin de permitirle que su dictamen sea tenido en cuenta en el territorio donde el mismo ha de desplegar sus efectos. Los ordenamientos jurídicos fundamentados en la cooperación y solidaridad que debe existir entre éstos, han decidido renunciar a una parte de su soberanía y han desarrollado una clase de normas que pueden tener su razón de ser en el principio de la llamada Cortesía Internacional, donde se permite que una decisión tomada por una autoridad judicial o administrativa extranjera tenga eficacia en su territorio y en consecuencia se le reconozcan sus efectos” (Marín Fuentes, 2016) (Subrayado fuera de texto)

El jurista colombiano menciona que dicha acción tiene tal alcance, que puede limitar la soberanía nacional, mediante un tratado a nivel de bloque constitucional, siendo esta llamada como una “cortesía internacional”, ya que de esta depende el correcto desarrollo de las relaciones internacionales. Ahora, en ese sentido, ya que la alta Corte Nacional tiene la capacidad de intervenir y decidir sobre una sentencia o pronunciamiento judicial o administrativo tomada en el extranjero, bajo ese entendido se propone la pregunta de investigación ¿La

facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia para poder aceptar o rechazar la solicitud del exequátur estaría vulnerando el principio *Non bis in ídem*?

Así bien, identificado el problema jurídico raíz de la creación del presente capítulo, este tendrá en cuenta que el método idóneo para poder llevar a cabo este proceso investigativo es el Cualitativo. Dicho método tendrá el propósito de hacer una recopilación de las providencias de la Corte Suprema de Justicia, buscando escenarios donde se encuentre un doble juzgamiento de providencias extranjeras. Finalmente, con la revisión jurisprudencial, haciendo una recopilación de los datos más relevantes del caso concreto, junto con algunos doctrinantes nacionales y extranjeros, se buscarán posibles formas de solucionar el problema que se ha planteado en el escrito investigativo. Cabe resaltar, que la solución a la que se llegue no es o no será la única ruta posible que dé solución al cuestionamiento dicho.

El alcance que tiene el Exequátur frente a la soberanía judicial

En esta investigación se llevará a cabo un análisis conceptual de la figura del exequátur en el marco de la legislación colombiana, para ello se acudirá a la ley en la que se encuentre regulado dicho procedimiento y las *ratio decidendi* contenidas en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, con el ánimo de determinar si en la aplicación de la normativa esta corporación viola el principio fundamental del *Non Bis In Idem*. Para poder llegar a esa conclusión o respuesta referente al problema raíz del proyecto de investigación, es necesario realizar la tarea de revisar las providencias judiciales más destacadas o relevantes para la realización de esta investigación. Siendo así, para iniciar este primer capítulo, en Colombia dentro de su Constitución Política establece la estructura del Estado en su artículo 116, el Código General del Proceso –CGP– en sus artículos 605 y 606 los cuales regulan el procedimiento del *Exequátur*, entre otros, los cuales serán tratado más a fondo más adelante.

Sin embargo, para poder determinar el alcance que tiene esta figura dentro de la soberanía colombiana, es necesario entender que existen figuras denominadas dentro del derecho internacional como cortesías o cooperación internacionales o reciprocidad diplomática, de las cuales se desprenden unas garantías internacionales. Empero, para que se pueda llegar a tocar la soberanía de un país como Colombia, es necesario establecer un tratado internacional, como por ejemplo lo es el tratado de reciprocidad diplomática que existe entre Colombia y

España desde el 30 de mayo de 1.908. Ahora, el alcance de esta reciprocidad lleva consigo unas condiciones, las cuales se establecieron desde la fecha anteriormente mencionada, a través de la Ley 7ª del mismo año de la creación del tratado. Para aquella época se encontraba regulada por el actualmente derogado código de procedimiento civil, en sus artículos 694 y 695, ahora se encuentra regulado en la Ley 1564 de 2012 (CGP) como se mencionó con anterioridad, las cuales serán enunciadas más adelante.

Para dar cierre al capítulo primero del escrito, se debe entender que las sentencias son producto de la soberanía de un país en ejercicio de su función jurisdiccional, así, el *Exequátur* va de la mano de la soberanía, pues otorgarlo no es más que la validación de la función jurídica de un territorio extranjero, sin embargo, para que esta tenga efectos dentro del ordenamiento interno, antes debe concederse la demanda de *Exequátur*, pues la mera existencia de la providencia foránea no afecta en lo absoluto la soberanía Nacional, el conceder el *Exequátur* es lo que permite a la sentencia forastera poder trastocar la soberanía interna. En síntesis, el alcance que tiene esta reciprocidad diplomática sobre la soberanía Nacional nace a partir de la homologación de la sentencia o laudo arbitral, para que entren en vigor es necesario conceder la demanda, esto es lo que hace que surjan los efectos jurídicos dentro del sistema judicial interno, los efectos a los que se refiere son todos aquellos resultados naturales de una providencia.

La autonomía en la regulación de la toma de decisiones por parte de los magistrados

Siendo así, para poder adentrarse dentro de la autonomía que tienen los magistrados de la Corte Suprema de Justicia es más que necesario primero mencionar la normativa interna nacional, pues es en esta donde se encuentra enunciada la facultad que tienen los cuerpos colegiados para poder conocer de casos de colaboración internacional, o conocida en este escrito de investigación como *Exequátur*; como pilar fundamental del mencionado poder, y normativa interna cúspide, se procede a mencionar a la carta de cartas de Colombia, la Constitución Política de 1991, esta carta magna dentro de su articulado menciona por ejemplo, en su artículo 116:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia...” (Constitución, 1991) (subrayado y negrilla fuera de texto)

Menciona la capacidad de esta para administrar justicia, es decir, la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal en la jurisdicción ordinaria, le compete a esta la revisión, aclaración y juzgamiento en última instancia de controversias entre los ciudadanos, de tipo penal, civil y laboral. En pocas palabras, es esta quien tiene la última palabra de la toma de decisiones, entre ellas la decisión de aceptar o negar sentencias extranjeras.

Empero, a pesar de que ello puede sonar perfectamente adecuado, no se debe olvidar que la sala de casación civil, la cual es la encargada de llevar los procesos de *Exequátur* es la última instancia, es decir, no existe nada más arriba de ella que pueda someter a una revisión la decisión de los altos colegiados. Esto quiere decir que, si en el proceso de una demanda de exequátur se niegan las pretensiones, no existe recurso alguno que someta tal decisión a una revisión por su superior jerárquico. De lo anterior se colige que, si los procesos de demanda *exequátur* no fueran obligatoriamente sometidos a la revisión exclusiva de los magistrados, se tendría la posibilidad de poder someter, por ejemplo, a un juzgado civil municipal a realizar la labor de la sala de casación civil, sin embargo, existe algo positivo de ello, que la decisión del juzgado civil municipal o, de igual medida, un juzgado civil de circuito tienen superior jerárquico a quienes encomendar revisión de un fallo, otorgando así la posibilidad de acceder a recurso de reposición o de apelación de la decisión emitida por aquellos jueces.

Además de la Carta Magna de Colombia, evidentemente existen leyes que regulan el funcionamiento de tan mencionada acción, como lo es la Ley 1564 de 2012, la cual reza en sus artículos 605 y 606 lo siguiente:

“Art. 605. “Efectos de las sentencias extranjeras. Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia.

El exequátur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero se someterá a las normas que regulan la materia” (CGP, 2012)

Art. 606. “Para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.

2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.
3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada.
4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.
5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.
6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.
7. Que se cumpla el requisito del exequátur.” (CGP, 2012)

De los artículos anteriormente mencionados se puede apreciar que son estos los que rigen el procedimiento para llevar a cabo de manera correcta las demandas de *Exequátur*, no hay mucho que mencionar al respecto, sin embargo, es necesario e ilustrativo citar los requisitos que se tienen para acceder a este tipo de acceso a la justicia. Como adicional se trae un pronunciamiento del Ministerio de relaciones exteriores, concepto 7 de 2011A del cual se ha extraído un fragmento que contribuye en gran medida a lo investigado, el cual reza:

“El exequátur se identifica como una excepción a la facultad soberana de administrar justicia, en el sentido que, las decisiones de los jueces colombianos producirán efectos jurídicos dentro de su territorio, pero de manera excepcional se admite que las providencias o laudos arbitrales producidos en el exterior, tengan fuerza vinculante en territorio colombiano (...) el papel del juez nacional, a nombre del Estado Colombiano respecto de estos documentos emanados por autoridades jurisdiccionales extranjeras, está enmarcado hacia la ejecución de dichas providencias, esto, habiendo previamente realizado un control y seguimiento durante todo el proceso, (...) , esto, partiendo de la concepción de que la figura del exequátur debe ser utilizada con el fin de verificar la regularidad internacional de la sentencia o del laudo arbitral extranjero y no para calificar lo ya decidido por un juez competente del Estado donde se profirió la providencia” (Ministerio, 2011) (subrayado y negrilla fuera de texto)

De este concepto se puede apreciar con mayor claridad la función por parte de los funcionarios judiciales, se cierra la autonomía que se tiene por parte de los magistrados, es clara la gran limitante que se tiene, el marco del cual no deben salir a la hora de la ejecución de las providencias foráneas.

El principio de cosa juzgada

Para la Corte Constitucional en su sentencia C-100 de 2019, hace una definición de este principio, el cual es aplicable en cualquier ámbito jurídico, dicha definición reza:

“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.” (Corte Constitucional, sentencia C-100 de 2019) (Subrayado fuera de texto)

Ahora, sabiendo la definición de mencionado principio, es necesario también, dar orientaciones sobre los efectos jurídicos que tiene, tanto genérico como específico, como la parte positiva y negativa del mismo. En primer lugar, los efectos que este principio constitucional y/o legal tiene, ya que es un principio fundante del correcto funcionamiento del ordenamiento judicial, es decir, está por encima de la determinación judicial, lo cual significa que emana de la voluntad del Estado, entonces, siendo así, esta voluntad es inalterable, aquello que se encuentre ya juzgado es definitivo, prohíbe a los funcionarios judiciales o cualquiera de las partes del proceso volver a interponer un nuevo litigio que verse sobre lo mismo.

Seguido, adecuando el párrafo anterior al tema de investigación, resulta razonable pensar que una sentencia extranjera que ya pasó por todos los preceptos legales y lícitos, cumplen con lo necesario para hacer tránsito a cosa juzgada, sea cual sea la conclusión de la litis, entonces, se vuelve a concluir lo que se ha desarrollado durante lo que va del escrito, volver a juzgar algo, ya decidido no cumple con el principio de Cosa Juzgada, pues el rechazar un derecho ya adquirido, altera y vulnera el desenlace de un problema jurídico.

Siguiendo la misma dinámica y ya para cerrar este tramo del escrito investigativo, se va a entablar los efectos positivos y negativos del principio en cuestión, y para ello es necesario volver a citar a la Corte Constitucional,

“La cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, sentencia C-100 de 2019)

Empero, aquella función positiva que dota de seguridad toda relación jurídica, se termina volviendo incierta, pues la prohibición de fallar sobre lo resuelto, es meramente potestativo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a saber, que esto no es cien por ciento aplicado, porque de ser así no existiría tanta controversia en razón a que se vulnera el principio indispensable en el derecho del *non bis in idem* en las demandas de cooperación internacional *Exequátur*.

Aplicabilidad de la figura del exequátur, quiénes pueden aplicarlo y cómo debe aplicarse

El exequátur generalmente se aplica en casos civiles y comerciales, como por ejemplo sentencias de divorcio, acuerdos de custodia de menores, disputas contractuales, reclamaciones de deudas, entre otros. Sin embargo, la aplicabilidad y el procedimiento específico pueden variar dependiendo del país en el que se solicite el exequátur, ya que las leyes y regulaciones pueden diferir. En cuanto a quiénes pueden aplicar el exequátur, generalmente cualquier persona o entidad que busque el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera puede iniciar el proceso. Por lo general, se debe presentar una solicitud ante el tribunal competente del país, que en el caso colombiano es la Corte Suprema de Justicia, donde se busca el reconocimiento y proporcionar la documentación requerida, como la sentencia extranjera, una traducción certificada (cuando sea necesario), pruebas de notificación a las partes involucradas, entre otros documentos pertinentes.

El procedimiento para obtener el exequátur puede variar según la legislación nacional, pero por lo general implica una revisión por parte del tribunal nacional para determinar si se cumplen ciertos requisitos legales. Estos requisitos pueden incluir la competencia del tribunal extranjero, el respeto al debido proceso, la no violación del orden público del país requerido y la existencia de un tratado de reciprocidad entre los países involucrados, si es necesario. Es importante destacar que el exequátur no garantiza automáticamente el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera. El tribunal nacional puede negar la solicitud si considera que no se cumplen los requisitos legales o si existen fundamentos legítimos para rechazar la aplicación.

Consecuencias del rechazo de la solicitud del exequátur

Siendo una vez interpuesta la solicitud del Exequátur, solicitando la validación de una sentencia que ya fue debidamente ejecutoriada y ya se encuentra en firme, se esperaría que dentro del ordenamiento interno se haga una valoración de legalidad, que cumpla requisitos procedimentales, a lo cual, si se supone que paso por un juzgado, así sea de otro país, se sobreentiende que se han saneado cualquier tipo de vicios.

Ahora bien, la consecuencia del rechazo a la demanda de Exequátur es un impedimento al acceso a la justicia, puesto que, una vez superadas las barreras jurídicas de otro sistema judicial, y encontrarse nuevamente con una barrera en el ordenamiento colombiano, ¿Se podría considerar revictimizante? o ¿Se vulneraría el acceso a la justicia? Siendo así, para fines prácticos, es necesaria la validación de una sentencia para continuar con un proceso conjunto, sin embargo, el rechazo de esta estaría entorpeciendo una nueva relación jurídica o la extinción de una relación jurídica como por ejemplo lo sería un divorcio. Es importante entender que las demandas de *Exequátur* no se interponen por mera liberalidad de las personas, aquellas demandas interpuestas además de solicitar la validación de una sentencia tienen un interés más allá intrínseco, es decir, si lo que se busca es la validación de una sentencia de divorcio, el interés de fondo podría ser volver a iniciar un nuevo matrimonio, bajo el entendido que para poder establecer de nuevo un vínculo marital, es necesario extinguir el vínculo anterior.

Ya para dar término a este subcapítulo, en relación con la oportunidad de acceder a un derecho mayor es necesario recurrir a una cooperación internacional como el *Exequátur*, sin embargo, se corre con el riesgo de que se le niegue la demanda, y a causa de ello pierde un contrato, una nueva relación jurídica o cualquier oportunidad, la consecuencia es que la sentencia debidamente ejecutoria hace tránsito a cosa juzgada y por ende no se puede someter nuevamente a juicio la misma controversia.

Beneficios de una aplicación del tratado exequátur, no exclusiva en cabeza de los magistrados

Como parte final del escrito, se propone una teoría que podría cautivar, ser interesante y hasta podría ser considerada tanto benéfica como perjudicial para el derecho, no obstante, todo queda bajo la apreciación personal de cada uno de

los lectores, pues es en este punto donde se plantea una de las tantas teorías que pueden ser consideradas como solución al conflicto que se ha planteado durante todo el escrito. En este tramo del escrito solo se tratará de una mera especulación, un ideal donde las demandas de colaboración internacional para la homologación de sentencias y de laudos arbitrales no recaigan única y exclusivamente en cabeza de los magistrados, sino que, exista una balanza equitativa, donde las sentencias emitidas por jueces de cierto rango determinado sean revisadas por jueces extranjeros de interés y competencia similar. Cuando estas sentencias son revisadas por jueces equiparables dentro de su espectro jurisdiccional, permitiría un beneficio con una gran amplitud, habida cuenta que, conocerán del tema encargados de llevar procesos similares, no idénticos, porque se entiende que no existen dos procesos exactamente iguales, sino procesos que versen sobre una litis similar. Asimismo, si estos son revisados por jueces de la misma categoría, permite al interesado demandante interponer recurso si su demanda fue negada o parcialmente aceptada, así, de esta manera, se le otorga el beneficio de la doble instancia a todo aquel interesado en ello.

Y ya como un beneficio adicional, sería la celeridad de los procesos, pues es bien sabido que los procesos que son llevados por las altas cortes por lo general son tardíos, por el contrario, si se permite a los jueces de menor rango llevar a cabo el proceso de una demanda de *Exequatur*, este juez tendrá que ceñirse a los términos establecidos por la ley, como cualquier otro tipo de demanda, ceñida al código general del proceso.

Conclusiones

La hipótesis de la investigación ha sido objeto de análisis bajo el marco del uso de uno de los tantos métodos de investigación que existen, sin embargo, para el trabajo investigativo realizado, el método que ha sido seleccionado es el cualitativo, dicho análisis documental y jurisprudencial, ha sido posible aclararlo bajo el uso del marco del precedente de la Corte Suprema de Justicia, en las *ratio decidendi* y las *obiter dicta* que en las sentencias ha sido fuente de consideración para la alta Corte, además, de que se ha tenido en cuenta también varios juristas e intelectuales que se han dedicado a realizar escritos de investigación relacionados con el artículo planteado en esta ocasión. Ahora bien, respecto a la pregunta problema si ¿La facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia para poder aceptar o rechazar la solicitud del “Exequátur” estaría vulnerando el principio *Non bis in idem*? Pregunta que se ha tratado durante el desarrollo del

capítulo, se llega a la conclusión que, dentro de los atributos del poder judicial de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la sala de Casación Civil, se confirma la hipótesis planteada en la pregunta problema, pues los cuerpos colegiados al tener la capacidad de rechazar de plano providencias extranjeras ya ejecutoriadas se puede decir que no se limitan a realizar netamente revisiones formales.

Tener la capacidad de rechazar o aceptar sentencias extranjeras ya es una respuesta clara a la pregunta, otorgar o negar derechos ya establecidos en providencias resulta en un doble juzgamiento, el someter a una demanda adicional una demanda pasada para su validación es redundante, la extralimitación del poder de los Magistrados incurre en una violación de las garantías constitucionales e internacionales. Además, para poder llegar a dicha conclusión, es menester pensar que los magistrados deben hacer una revisión netamente procedimental, pues esa es su función principal, valorar que no hayan existido ningún tipo de vicio dentro del proceso que se realizó, que se encuentren saneadas todas las etapas del proceso, no más allá, sin embargo, se hace, se extralimitan en su función pública, además, que no se limitan a realizar una verdadera revisión que determine que dichas sentencias no vulneran los derechos amparados constitucionalmente.

Por lo tanto, se puede confirmar que la hipótesis es acertada, en cuanto a la capacidad de los magistrados de decidir sobre lo decidido, vulnerando así el principio fundamental del *non bis in idem*, pues existe un doble juzgamiento, sea cual sea el resultado, positivo o negativo, puesto que los magistrados, bajo la luz de la “Cosa Juzgada” (entiéndase esta como una adaptación del principio debatido) tienen prohibido tramitar y fallar sobre algo ya resuelto. Asimismo, dentro del proceso de investigación se encontró con una traba adicional a las garantías judiciales que cada ser humano tiene, la cual es la garantía de una segunda o doble instancia, pues que las demandas de cooperación internacional sean sometidas exclusivamente a los Magistrados de la Sala de Casación Civil en la Corte Suprema de Justicia impide que se cumplan estas garantías, pues no se puede hablar de una segunda instancia si la demanda se presenta directamente a una Alta Corte, ya que no hay nada por encima de ella.

Del mismo modo, se procede en esta sección a concluir que, por los resultados de lo investigado sobre el *Exequátur*, se propone como una de las posibles soluciones, entiéndase “posibles” como una de tantas soluciones que pueden haber sido planteadas, no solo durante el desarrollo de este escrito, sino también durante los tantos escritos más realizados por juristas o profesionales del derecho

en esta área. Siendo así, la solución que se plantea en esta ocasión para salvaguardar estos derechos fundamentales la relativa a realizar una reforma a la competencia que lleva procesos de *Exequátur* donde exista una equivalencia entre quien emite la sentencia en el extranjero y quien la revisa en el sistema judicial colombiano, de esta forma asegurar acceder a una segunda instancia en caso de desacuerdo en la decisión de homologación de la providencia.

Y para evitar un doble juzgamiento y vulneración del *non bis in idem* tener un organismo de control que se encargue de asegurar que los jueces no se salgan de los parámetros de revisión, que se cumplan con los requisitos de procedibilidad y que no se vulneren ni los derechos fundamentales de las personas que interponen demanda de *Exequátur*, ni los Derechos Fundamentales Nacionales amparados constitucionalmente.

Referencias citadas

- Marín Fuentes, José Luis. (2016). Exequátur versus orden público: una mirada desde la jurisprudencia colombiana.
http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2016/02/EXEQUATUR_ORDEN-PUBLICO.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). Sentencia C-100 del 2019
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-100-19.htm#:~:text=La%20cosa%20juzgada%20es%20una,de%20inmutables%20C%20vinculantes%20y%20definitivas>
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991 [Constitución].
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 del 2012 o Código General del proceso –CGP–
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr014.html#605
- Congreso de la República de Colombia. (2015). Ley 29 del 2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8564-consolidado.pdf>
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (2011). Concepto 7 de 2011

Derechos y dilemas: reflexiones jurídicas sobre Colombia

[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/concepto_minrelaciones_0000007_2011a.htm#:~:text=El%20exequ%C3%A1tur%20se%20identifica%20como,en%20el%20exterior\(1\)%2C](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/concepto_minrelaciones_0000007_2011a.htm#:~:text=El%20exequ%C3%A1tur%20se%20identifica%20como,en%20el%20exterior(1)%2C)

Análisis constitucional y jurídico: el libre desarrollo de la personalidad en instituciones educativas de orden religioso en Colombia

Julieth Alejandra Torres Zúñiga¹
Ramsés López Santamaría²

Resumen

Este estudio está dedicado al análisis del desarrollo de la personalidad en instituciones educativas de orientación religiosa, desde el punto de vista constitucional y legal. El propósito general de este estudio es analizar el alcance y las limitaciones el principio del libre desarrollo de la personalidad en las instituciones educativas de carácter religioso en Colombia desde una perspectiva constitucional y jurídica. Se plantean objetivos específicos para comprender el impacto en los derechos individuales y la relación entre las creencias religiosas y protecciones y garantías que deben recibir los niños en el entorno escolar

La pregunta clave es: ¿En qué medida las instituciones educativas religiosas en Colombia respetan el libre desarrollo de la personalidad, según la Constitución de 1991? Para abordar esto, se realizará una revisión exhaustiva de literatura

¹Estudiante de Pregrado Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca julieth.torres.z@uniautonomia.edu.co.

²Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co.

jurídica, con el objetivo de proporcionar comprensión integral de cómo se entrelazan estos elementos en el entorno educativo religioso colombiano.

Introducción

Como punto de partida, esta investigación traza aspectos importantes relacionados con la temática que busca examinar los límites y posibilidades del principio del libre desarrollo de la personalidad en el marco de las escuelas religiosas en Colombia, desde una perspectiva que considera aspectos constitucionales y legales a su vez permite reflexionar con respecto al contexto actual en el campo de la gestión educativa religiosa. El controversial tema, ha sido analizado en otras investigaciones, en repetidas ocasiones por la Corte Constitucional, mostrando que alrededor del año 1998 se iniciaron los derechos de los niños y adolescentes, sentando ejemplos en las decisiones judiciales y alterando la forma en que la población estudiantil percibe el asunto bajo investigación. Basándose en la premisa de la idea básica de que todos los seres humanos tienen un valor intrínseco, un principio que se encuentra en todas las constituciones modernas, según la sugerencia de Ontiveros Alonso (2006), aboga por la incorporación del concepto "libre desarrollo de la personalidad", como un bien jurídico protegido adicional.

Se sabe que, en Colombia, se reconoce como un "Estado Social de Derecho" según su Constitución de 1991, esto significa que el Estado tiene la responsabilidad fundamental de garantizar que se cumplan los derechos establecidos en la Constitución, sean respetados y efectivos para todos los ciudadanos y residentes en el país. Por ende, el concepto del "Libre Desarrollo de la Personalidad" es un principio esencial en la Constitución de Colombia de 1991, este principio asegura que todos los ciudadanos tengan la libertad de definir, expresar y vivir su identidad de acuerdo con sus propios valores, creencias y convicciones, abarcando aspectos como la religión, la orientación sexual y la identidad de género, entre otros.

Indudablemente, esta carta magna, se consagra los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad están protegidos en los artículos 15 y 16 de la Constitución. a pesar de que estos derechos pueden estar sujetos a ciertas restricciones en circunstancias específicas, es crucial subrayar que cualquier limitación impuesta debe tener una justificación sólida y no puede ser aplicada de manera arbitraria o absoluta.

Esto plantea interrogantes esenciales en el contexto de instituciones educativas de orden religioso en Colombia, donde se deben conciliar estos derechos fundamentales con las normativas religiosas, generando la necesidad de analizar cuidadosamente cómo se manejan estos equilibrios y se resuelven eventuales conflictos éticos y legales en este entorno.

En relación a lo anterior, este capítulo centra su investigación en indagar respecto: ¿En qué medida las instituciones educativas religiosas en Colombia respetan el libre desarrollo de la personalidad, según la Constitución de 1991?, centrándose en los estos derechos fundamentales en el ámbito educativo, se buscará dar respuesta al interrogante a través del rastreo bibliográfico y jurisprudencial.

No obstante, las instituciones de índole religioso, a menudo, basan su enseñanza y normativas en una cosmovisión religiosa particular, lo que plantea interrogantes acerca de cómo se garantiza el respeto y se busca permitir que los estudiantes ejerzan su libre desarrollo de la personalidad sin infringir las creencias religiosas y reglas internas de las instituciones

Finalmente, se pretende examinar las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia respecto a las cuestiones fundamentales relacionadas con los derechos de los estudiantes en el ámbito judicial, partiendo de una postura antagónica, jurisprudencial y doctrinal, en los temas que convergen la temática central del presente capítulo.

Libre desarrollo de la personalidad

El concepto de ‘libre desarrollo de la personalidad’ es fundamental en el ámbito jurídico y ético, aunque su definición precisa ha resultado desafiante debido a la amalgama de factores que confluyen en su comprensión, este derecho, que involucra tanto elementos jurídicos como extrajurídicos, abarca la facultad intrínseca de todo individuo para determinar y guiar su vida de acuerdo con sus propios valores, metas, inclinaciones y proyectos personales.

El libre desarrollo de la personalidad es una libertad fundamental que abarca todos los aspectos de la autonomía humana, extendiendo su protección a todas las libertades y derechos fundamentales, incluso aquellos que no se mencionan explícitamente en las constituciones, el caso ‘Elfes’ de 1957 en Alemania es un

ejemplo destacado que contribuyó significativamente a la definición y comprensión de este principio. En esta instancia, Marrades (2022), expone que este derecho constituye la base de la libertad general de acción, otorgando a los individuos la posibilidad de moldear su vida de acuerdo con sus propias aspiraciones y deseos. Sin embargo, la definición precisa de este derecho ha demostrado ser compleja dada su naturaleza multifacética, que incluye aspectos psicológicos, éticos y sociales, lo que exige una continua reflexión e interpretación para garantizar su aplicación efectiva en el marco jurídico.

Azurmendi (1998) subraya que la complejidad y amplitud del derecho al libre desarrollo de la personalidad le otorgan la categoría de un "macro-derecho", este se fundamenta en la protección de la persona, siendo esencial para el Estado y el Ordenamiento Jurídico. Conjuntamente, destaca que este derecho es tanto el fundamento como el objetivo final del derecho en sí, al estar intrínsecamente ligado al enfoque principal es la protección del individuo, este autor destaca que el libre desarrollo de la personalidad tiene como objetivo regular, salvaguardar y amparar todos los aspectos legales relacionados con la persona humana, este principio actúa como un factor unificador para todas las cuestiones fundamentales relacionadas con el ser humano.

El libre desarrollo de la personalidad, considerado como un "atributo jurídico general de ser persona humana", presenta características definitorias esenciales, la primera característica reside en su naturaleza fundamental para todo individuo. Además, una segunda característica fundamental de este derecho implica la necesidad de disfrutar plenamente el libre desarrollo de la personalidad, el cual es un componente integral de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales. En tercer lugar, el libre desarrollo de la personalidad enfatiza la dimensión individual y protege la singularidad y unicidad de cada individuo, abarcando tanto aspectos internos como externos que contribuyen a lo que hace a cada persona única y valiosa.

Por último, de acuerdo a la corte en Sentencia T-594/93 se subraya que este derecho reconoce la capacidad inherente de todo individuo para auto determinar su vida y vivir de acuerdo con sus ideales únicos, promoviendo la realización de sus metas personales, siempre en consonancia con implica que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad debe realizarse considerando el respeto a los derechos de los demás y al orden público.

No obstante, a través de la Sentencia SU-642/98, la jurisprudencia colombiana ha analizado exhaustivamente el derecho fundamental al libre desarrollo de la

personalidad; destaca la capacidad de las personas para tomar decisiones autónomas que moldearán sus vidas, siendo una libertad esencial que engloba todas las demás libertades, ya que es su fundamento último. Es, por ende, una cláusula general de libertad de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, el libre desarrollo de la personalidad implica que cada persona debe tener la capacidad de tomar decisiones y juicios personales que guíen su propio camino en la vida. Así, se destaca que la cuarta característica definitoria de este derecho radica en su protección de la autodeterminación personal, permitiendo el libre desarrollo de la personalidad implica que cada individuo pueda seguir su propio camino y proyecto de vida.

Ahora bien, al hablar del derecho al libre desarrollo de la personalidad, estamos tratando el valor más alto protegido por este derecho, que es la dignidad humana en su máxima expresión, siguiendo la definición clásica de Kant (2003), la dignidad es lo que confiere a algo la cualidad de ser un fin en sí mismo, teniendo un valor intrínseco y de inmenso significado. La dignidad humana es el principio fundamental que sustenta y respalda los derechos humanos básicos, es un valor universalmente aceptado para todos, sin importar diferencias, y establece que la humanidad tiene un valor intrínseco que la coloca por encima de objetos y animales. La dignidad humana es un consenso global sobre el valor más alto de la vida humana. es invaluable en sí misma y no necesita evaluación externa, siendo la dignidad un valor superior que la identifica como sujeto.

Con respecto a lo mencionado anteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 enfatiza que la dignidad humana es la base universalmente reconocida que resalta el valor supremo de la vida humana, este atributo coloca a cada individuo en una posición superior a objetos y animales, ya que no necesita ser evaluado desde una perspectiva externa, la persona humana es invaluable simplemente por existir, lo que convierte la dignidad en un valor superior que reconoce a cada persona como un sujeto en sí misma.

Ontiveros Alonso (2006) señala que, en la doctrina, existe un amplio y unánime acuerdo sobre la dignidad como el valor supremo inherente a la condición humana, este valor, en conjunto con el derecho a la vida es el cimiento fundamenta, que otorga una importancia primordial a la existencia humana desde la perspectiva legal. Estos valores supremos se reflejan en dos derechos fundamentales esenciales: el derecho a vivir y el derecho a tener una calidad de vida digna. En particular, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege el valor y la esencia de cada individuo, tanto a nivel individual como en su contexto social.

Ontiveros Alonso afirma además que el libre desarrollo de la personalidad se basa en la dignidad humana, que, junto con el derecho a la vida, es el valor más importante en un Estado Constitucional, este derecho se refleja en la libertad inherente que cada ser humano tiene para ser auténtico en su individualidad. En consecuencia, ni el Estado, ni sus instituciones, ni ninguna persona pueden intervenir en la esencia espiritual e individualidad de cada hombre y mujer (2006).

En consecuencia, se puede añadir una quinta característica definitoria de acuerdo a la ley Human y Fundamental del Libre Desarrollo de la Personalidad, que es la expresión legal del reconocimiento universal del valor supremo de la dignidad humana, acorde con este planteamiento, se puede observar diversa Jurisprudencia Constitucional comparada que reafirma esta afirmación.

Como ejemplo, según el Tribunal Constitucional Colombiano, la dignidad como un valor supremo influye en todos los derechos fundamentales reconocidos y se manifiesta de manera más destacada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, este principio tiene como objetivo promover el crecimiento y mejora personal de cada individuo, siempre garantizando su autonomía y su identidad, esto fue afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-239/1997. En una línea similar, el Tribunal Constitucional Español, en la Sentencia STC 53/1985, ha destacado que, junto con el valor de la vida humana, la Constitución reconoce la dignidad de la persona como un valor jurídico fundamental, esta dignidad está estrechamente relacionada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y otros derechos, como la libertad de pensamiento y creencias.

Ligada al libre desarrollo de la personalidad y a derechos como la libertad de ideas y creencias dada la complejidad y alcance del concepto del "libre desarrollo de la personalidad", junto con la diversidad de perspectivas y componentes involucrados en su definición, se puede afirmar que este derecho constituye un elemento fundamental en el ámbito de los derechos fundamentales. Abarca la capacidad intrínseca de cada individuo para determinar y guiar su vida de acuerdo con sus valores, aspiraciones y proyectos personales, constituyendo la esencia última de la autonomía humana.

Este derecho se erige como un baluarte que extiende la protección a todas las libertades y derechos fundamentales, incluso aquellos no explícitamente enunciados en las constituciones, este principio fundamental engloba los aspectos esenciales relacionados con la persona humana de manera unificada.

Asimismo, se establece que el "libre desarrollo de la personalidad" es un "macro-derecho", siendo esencial para el Estado y el Ordenamiento Jurídico al fundarse en la protección de la persona. Representa un valor supremo que atiende al interés supremo de la persona, regulando, tutelando y protegiendo diversas dimensiones jurídicas y aspectos que hacen a cada ser humano único e invaluable. En su faceta "individualista", protege y promueve el desarrollo particular de cada individuo, abarcando tanto aspectos internos como externos que contribuyen a su singularidad. Por tanto, este derecho materializa la reconocida e inestimable dignidad humana, estableciendo una clara relación entre ambos conceptos y consolidando así su importancia en la estructura legal y ética de una sociedad justa y equitativa.

Dilemas éticos y derechos estudiantiles

En el ámbito educativo y religioso, los dilemas éticos se manifiestan de manera notoria cuando los derechos individuales de los estudiantes se confrontan con las creencias y normativas religiosas que guían la institución y con el respeto o aceptación de las normas o reglas que dirige las instituciones educativas religiosas. De esta manera, estos dilemas pueden incluir la libertad de expresión de los estudiantes para cuestionar o debatir las enseñanzas religiosas, la necesidad de respetar se refiere a la variedad de preferencias sexuales y formas de identidad de género., así como la conciliación entre la autonomía de los estudiantes y las restricciones impuestas por la fe y la moral de la institución religiosa.

Este tema crea una tensión entre proteger los derechos individuales y respetar las creencias religiosas, planteando preguntas éticas sobre cómo equilibrar estos valores en la educación religiosa. Conjuntamente, expone Palomino (2017), los conflictos entre religión y libertad de expresión han impulsado un análisis profundo de la sociedad en disciplinas como Ciencia Política, Sociología, Teología, Periodismo y Derecho

Uno de los dilemas éticos más prominentes es la lucha entre se reconoce el derecho de los estudiantes a expresar sus opiniones y creencias religiosas personales, al mismo tiempo que se respeta la libertad de pensamiento y expresión de las instituciones religiosas. Por otra parte, las instituciones religiosas pueden ver esto como un desafío a su autoridad y a su misión religiosa, lo que plantea dilemas éticos sobre cómo fomentar la diversidad de pensamiento

sin infringir en las creencias centrales y es precisamente el dilema entre la comunidad educativa y los estudiantes. Acosta Muñoz (2018) sugiere la importancia de aplicar el pensamiento crítico al adoptar una creencia religiosa, ya que estas creencias pueden influir en el comportamiento de manera significativa, para lograr esto, es esencial tener en cuenta los principios esenciales del pensamiento crítico y la pedagogía crítica moderna.

Otro dilema se trata de equilibrar el respeto a la identidad y la independencia de los estudiantes en un entorno donde las normas religiosas pueden limitar la aceptación de la diversidad de género y orientación sexual, como el caso de estudiantes LGBTQ+. En relación a ello, resulta esencial considerar la relevante Sentencia T-349/16 de la Corte, esta sentencia articula de manera fundamental, esta decisión busca equilibrar la protección de los derechos individuales de los estudiantes con el respeto por las creencias religiosas en el entorno educativo, se enfatiza que los acuerdos de convivencia no deben imponer estándares estéticos restrictivos que limiten el ejercicio completo del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes.

Esto se subraya la relevancia de la diversidad y la igualdad de trato en el contexto del Estado Social de Derecho en Colombia, se destaca que la forma en que los estudiantes se presentan no debe prevalecer sobre sus derechos fundamentales, como su identidad de género, libertad y privacidad. Esta sentencia también marca un precedente significativo al instar a las instituciones educativas religiosas, se les insta a modificar sus códigos de conducta de acuerdo con las leyes y regulaciones superiores, eliminando restricciones y castigos relacionados con la apariencia física de los estudiantes.

De este modo, se promueve un ambiente educativo más inclusivo y respetuoso de la diversidad, sin comprometer las creencias religiosas centrales, en última instancia, la investigación sobre este tema, se debe tener en cuenta cómo lograr un equilibrio delicado entre los derechos individuales de los estudiantes y las creencias religiosas en el contexto educativo colombiano, siguiendo los principios constitucionales y las leyes establecidas en esta sentencia, el dilema ético se centra en encontrar la manera de respetar la identidad y la libertad de los estudiantes. Conjuntamente, se plantea el dilema ético de la imposición de normas religiosas en la vestimenta, conducta y prácticas de los estudiantes, esto puede generar tensiones cuando las normativas religiosas entran en conflicto con las preferencias personales de los estudiantes o sus derechos individuales, como la libertad de vestir y expresarse como deseen.

El argumento presentado por Eng Duarte (2001), subraya un importante desafío ético el reto en el ámbito de las instituciones educativas, especialmente las de naturaleza religiosa, radica en la búsqueda de un equilibrio apropiado entre dos valores esenciales: el respeto a la fe y las creencias de la institución religiosa, por un lado, y el respeto a la autonomía y la diversidad de los estudiantes, por otro. El respeto a la fe y las creencias de la institución religiosa es esencial, puesto que estas instituciones a menudo tienen una misión y valores religiosos que son parte integral de su identidad y propósito, sin embargo, este respeto no debe socavar la autonomía y la diversidad de los estudiantes, quienes tienen derecho a desarrollar sus propias identidades, creencias y valores,

Por lo tanto, el equilibrio ético de acuerdo con Andreopoulos (1997) radica en encontrar formas de honrar y respetar la fe de la institución religiosa sin imponer restricciones excesivas a la individualidad y la diversidad de los estudiantes, esto implica promover un ambiente inclusivo donde los estudiantes puedan explorar y expresar sus identidades y creencias, siempre que no se infrinja de manera significativa en los valores fundamentales de la institución religiosa. En conclusión, el desafío ético de encontrar un equilibrio entre el respeto a la fe institucional y la autonomía de los estudiantes es un proceso que demanda reflexión y diálogo constante, este equilibrio, fundamental en entornos educativos religiosos, debe ser abordado con sensibilidad hacia los derechos y valores de todas las partes involucradas.

La jurisprudencia en Colombia

El artículo 16 de la Constitución de Colombia de 1991 asegura que todas las personas tienen el derecho de ser auténticas, de vivir sus vidas de acuerdo a sus propios deseos, siempre y cuando esto no perjudique los derechos de otras personas. la Corte Constitucional de Colombia ha mantenido consistentemente que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental. En la sentencia T-097/94, destacó que la Constitución de 1991 elevó el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) a la categoría de un derecho fundamental, lo cual fue una innovación significativa.

La Constitución buscó resaltar la relevancia de la libertad en las elecciones de vida y creencias individuales, haciendo hincapié en el principio liberal de evitar la interferencia institucional en asuntos personales, siempre que no representen una amenaza para la convivencia y la organización social (Corte Constitucional

de Colombia, 1994, Sentencia T-097/94). Exponen Mancilla y Suárez (1999), que, en la actualidad, los derechos, libertades y deberes que los individuos tienen en relación con el Estado son una característica fundamental del constitucionalismo contemporáneo, esta dinámica se ha consolidado como resultado del crecimiento cultural y económico de la sociedad.

Estos derechos y libertades representan una parte esencial de la estructura democrática, donde los ciudadanos pueden ejercer sus prerrogativas y, al mismo tiempo, deben cumplir con ciertas responsabilidades cívicas en el marco de un Estado de Derecho, partiendo de la importancia del conocimiento de estos aspectos.

En este orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en la Constitución Política de Colombia, permite que cada individuo tenga la capacidad de determinar de manera autónoma su proyecto de vida, este derecho ha sido ampliamente analizado por la Corte Constitucional colombiana, que ha emitido numerosas decisiones jurisprudenciales con el propósito de definir su contenido, alcance, restricciones y los mecanismos de protección aplicables. La Corte Constitucional de Colombia, al respecto, ha admitido que: “El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-542/92).

En otras palabras, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho simple, sino un principio que influye en todos los demás derechos consagrados en la Constitución, fortaleciendo su contenido y significado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-542/92). Según la Sentencia T-222/92, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la libertad de acción en general, permitiendo a las personas tomar decisiones autónomas en diversos aspectos de sus vidas, este derecho abarca áreas sociales, políticas, económicas y emocionales, y el Estado debe crear condiciones que faciliten su ejercicio sin interferir en el desarrollo autónomo de cada individuo.

Según la Decisión T-532/92, el derecho al libre desarrollo de la personalidad establece una relación entre el individuo, la sociedad y el Estado, en la cual se deben establecer los límites de derechos, deberes y obligaciones, el núcleo central de este derecho protege la libertad de acción general, en consonancia con

el principio de dignidad humana, el alcance de este derecho se determina teniendo en cuenta la existencia o ausencia de derechos de terceros o disposiciones legales que puedan limitarlo de manera adecuada. En el tiempo de los 94, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que el artículo 16 de la Constitución colombiana establece la libertad en su forma más fundamental, ya que todas las demás formas de libertad finalmente convergen en este derecho. Sentencia C-221/94, este derecho se considera como la base esencial de la libertad individual, lo que significa que sirve como un principio general que abarca todas las demás libertades.

Esta idea ha sido reafirmada en sentencias posteriores, como la C-252/03 y la C-062/05, que mantienen la noción del derecho al libre desarrollo de la personalidad como una cláusula general que engloba la libertad en su conjunto. De acuerdo con la jurisprudencia colombiana, la Sentencia T-493/93 es esencial para comprender la noción de personalidad, en esta sentencia se describe el derecho en cuestión esta concepción ha sido respaldada en decisiones judiciales posteriores, como las sentencias C-252/03 y C-062/05, que continúan sosteniendo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es una cláusula general que abarca la libertad en su totalidad.

Este enfoque del desarrollo de la personalidad va más allá de la perspectiva estrictamente legal que la considera como una "aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones", como lo señalan Cabanellas (1982). Desde una perspectiva psicológica, la personalidad abarca rasgos o características relativamente permanentes que distinguen a las personas y les permiten actuar de manera consistente y predecible en diversas situaciones a lo largo del tiempo.

En este contexto, la individualidad se refiere a la singularidad de cada individuo, lo que lo diferencia de los demás, aunque cada persona es única en términos de sus características físicas y espirituales, también busca esta interacción con otros individuos y con la realidad que nos rodea se manifiesta en la personalidad y va más allá de las características individuales. Por lo tanto, se requiere que el Estado y la sociedad reconozcan esta individualidad, lo que implica un trato diferenciado en cada etapa de la vida, puesto que, las necesidades y metas individuales varían a lo largo del tiempo. En síntesis, el derecho al libre desarrollo de la personalidad sienta las bases para que cada persona pueda desarrollarse plenamente de acuerdo con su identidad y autonomía.

Por otro lado, la Sala Tercera de Revisión, en la sentencia T-789 de 2013, enfatizó que el término 'libre' al referirse al derecho al libre desarrollo de la

personalidad implica que no se pueden establecer modelos específicos de personalidad como los únicos aceptables o inaceptables, este derecho garantiza la libertad de cada individuo para definir su propia personalidad y estilo de vida. Se insiste en que este derecho refleja los intereses y convicciones individuales, y que las personas deben gozar de una libertad general para actuar de acuerdo con sus elecciones, igualmente, se reconoce que los estudiantes, incluso los más jóvenes, tienen un ámbito de autonomía personal protegido por la Constitución, y este desarrollo es gradual a medida que adquieren la capacidad de tomar decisiones sobre sus opciones de vida.

Conclusiones

En el ámbito educativo y religioso, los dilemas éticos se presentan de manera destacada cuando los derechos individuales de los estudiantes chocan con las creencias y normativas religiosas que rigen la institución, así como con el respeto o aceptación de las reglas institucionales de las escuelas religiosas. Uno de los dilemas éticos más notables implica un enfrentamiento entre la libertad de pensamiento y expresión de los estudiantes y las creencias religiosas arraigadas en las instituciones educativas. Por un lado, se respeta el derecho de los estudiantes a cuestionar y expresar sus opiniones, lo que podría conllevar a desafiar ciertos aspectos de la fe institucional.

Al mismo tiempo, se trata de respetar la individualidad y capacidad de decisión de los estudiantes dentro del entorno de las normas religiosas, esto puede generar tensiones cuando las normativas religiosas entran en conflicto con las preferencias personales de los estudiantes o sus derechos individuales, como la libertad de vestir y expresarse. En síntesis, implica equilibrar el respeto a las convicciones religiosas de las personas con las instituciones y la autonomía de los estudiantes es un desafío que requiere una reflexión continua y un diálogo constructivo, este equilibrio debe abordarse con sensibilidad hacia los derechos y valores de todas las partes involucradas, y se basa en la promoción de un ambiente inclusivo donde los estudiantes puedan explorar y expresar sus identidades y creencias sin infringir de manera significativa en los valores fundamentales de la institución religiosa.

La jurisprudencia en Colombia, fundamentada en el artículo 16 de la Constitución de 1991, reafirma de manera constante que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental de carácter multifacético, lo que

demuestra el firme compromiso del país con la dignidad humana y la libertad individual. Esto, a su vez, establece un sólido fundamento para la protección de otros derechos consagrados en la Constitución. En otras palabras, la doctrina legal, ha destacado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la norma final que abarca todas las demás formas de libertad individual. Es la piedra angular que cubre todas las áreas de la vida, desde lo social y político hasta lo económico y emocional. Conjuntamente, ha enfatizado que el Estado tiene la responsabilidad de establecer las condiciones necesarias para que este derecho se cumpla sin intervenir en el desarrollo autónomo de la persona.

La jurisprudencia de Colombia ha resaltado la relevancia de la palabra ‘libre’ al referirse al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto resalta que este derecho enfatiza la libertad individual y la autonomía de las personas en la toma de decisiones sobre sus vidas. Al mismo tiempo, se reconoce que incluso los estudiantes más jóvenes tienen un ámbito de autonomía personal protegido por la Constitución, y este desarrollo es gradual a medida que adquieren la capacidad de tomar decisiones sobre sus opciones de vida, en última instancia, la jurisprudencia resalta la importancia de equilibrar el respeto por la fe institucional y la autonomía de los estudiantes en el contexto educativo colombiano, promoviendo un ambiente inclusivo y respetuoso de la diversidad sin comprometer las creencias religiosas centrales.

Referencias bibliográficas

- Acosta Muñoz, M. (2018). El pensamiento crítico y las creencias religiosas. *Sophia*, colección de Filosofía de la Educación, 24(1), 209-237.
- Andreopoulos, G. J. (1997). *Human rights education for the twenty-first century*. University of Pennsylvania Press,
- Azurmendi Adarraga. (1998). El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información (2ª ed.). Universidad Iberoamericana, Fundación Manuel Buendía.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia. T-222/92.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-222-92.htm#:~:text=DERECHO%20AL%20LIBRE%20DESARROLLO%20DE%20LA%20PERSONALIDAD&text=En%20virtud%20de%20este%20derecho,para%20su%20realizaci%C3%B3n%20co>

mo%20persona.

- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia T-594/93.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-594-93.htm#:~:text=T%2D594%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20esencia%20del%20libre%20desarrollo,por%20parte%20de%20los%20dem%C3%A1s>.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-239/97,
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia SU-642/98.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU642-98.htm>,
- Eng Duarte, J. A. (2001). El papel del profesor como formador de personalidades. rpp, (2). Visualizado en:
<https://doi.org/10.21555/rpp.v0i2.1905>.
- Kant, I. (2003). Fundamentación de la metafísica de las costumbres (Ed. original publicada en [año de publicación original]). Editorial Encuentro.
- Marrades Puig, A. I. (2022). Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento. Universitat de València.
- Ontiveros Alonso, M. (2006). El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del Estado constitucional). Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 8(15). España.
- Palomino, R. (2017). Libertad religiosa y libertad de expresión. Ius Canonicum, 49(98), 509-548. Visualizado en:
<https://doi.org/10.15581/016.49.2683>,
- Tribunal Constitucional de España. (1985). STC 53/1985, 11 de abril de 1985.

Responsabilidad del Estado a causa del uso excesivo de la fuerza por parte de los miembros de la Policía Nacional

Ximena Alejandra Astaiza Jurado¹

Marylim Garzón Velasco²

William Eugene Ulrich Astaiza³

Resumen

La finalidad del presente artículo es investigar la responsabilidad administrativa del Estado de la falla del servicio, teniendo en cuenta el surgimiento que ha tenido y la forma en la que se ha involucrado dentro del ordenamiento jurídico para ser utilizado dentro de la gestión pública, como una herramienta que permita iniciar acciones litigiosas en contra del Estado Colombiano. La metodología de la investigación implementada fue a través del método cualitativo, investigando documentalmente, teniendo en cuenta la información significativa que aporte al enfoque que se pretende desarrollar en la presente investigación; seguidamente se abarca la aplicabilidad del daño antijurídico desde la Función Pública y el concepto en el que puede surgir este tipo de daño, finalmente dentro de la presente investigación se abarcará casos concretos en los que se ha determinado la responsabilidad administrativa del Estado encabeza del Ministerio de defensa concretamente Policía Nacional.

¹ Estudiante Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, ximena.astaiza.j@uniautonomia.edu.co

² Estudiante Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, marylim.garzon.v@uniautonomia.edu.co

³ Docente Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, William.ulrich.a@uniautonomia.edu.co

Abstract

The purpose of this article was to investigate the administrative liability of the State of the failure of service, taking into account the emergence that has had and the way in which it has been involved within the legal system to be used within the public management as a tool to initiate litigation actions against the Colombian State, the research methodology implemented was through the qualitative method, investigating documentarily, taking into account the significant information that contributes to the approach that is intended to develop in this research; Then the applicability of the antijuridical damage from the Public Function and the concept in which this type of damage may arise is covered, finally within this research will cover specific cases in which the administrative responsibility of the State has been determined, headed by the Ministry of Defense, specifically the National Police.

Determinar los elementos de la responsabilidad (daño antijurídico y la imputación y relación causalidad) administrativa del Estado

El Estado reconoce esta herramienta de tipo de responsabilidad administrativa, con la finalidad de cumplir con su función atribuida como el garante de los derechos fundamentales de las personas y ciudadanos, los cuales deben cumplir como Función Pública, razón por la cual surge la implementación de este artículo además de esto permite que el estado tenga la posibilidad de repetir directamente en contra de quien ha causado la afectación, sin embargo, la posibilidad de repetir es posterior a que se haya determinado la responsabilidad patrimonial Del Estado por los daños antijurídicos que cause a la víctima desde la constitución política de conformidad con el artículo 90 el cual menciona que el Estado será financieramente responsable de los daños que cause por actos u omisiones de las autoridades públicas. En caso de que el Estado deba realizar una compensación económica por cualquiera de estos daños, como resultado de la conducta voluntaria o gravemente ilícita de una de sus agencias; el Estado deberá repetir contra esa persona (Constitución Política, 1991).

Se debe tener en cuenta que el cumplimiento y cooperación de los tratados internacionales, La Constitución Política de 1991 ha establecido la responsabilidad patrimonial que recae en el estado, resaltando que puede ser por daños antijurídicos que se le puedan imputar, los cuales deben establecerse dentro de la acción u omisión, siendo el eje central para que se pueda configurar

la responsabilidad patrimonio del Estado, en los casos que debido a un hecho que puede ser por acción u omisión se ha presentado un resultado y que de este resultado se tiene la afectación del derecho de quien se denomina como víctima.

Para tener un poco más el contexto en el que se da el surgimiento de la responsabilidad administrativa, es necesario tener en cuenta el año 1969, fecha significativa dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a nivel mundial, en el que se hace referencia a la protección de los derechos humanos y se establece la responsabilidad que recae en cabeza del Estado, atribuyéndolo como el garante de las protecciones de los derechos fundamentales, es aquí donde se plasma de forma más concreta la consideración cuando ocurran violaciones de derechos o libertades que la convención proteja, acorde a lo enunciado en el artículo 63 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1969), al decidir que ha habido violación de los derechos o libertades protegidos por esta Convención, la Corte dictará una resolución asegurando que la persona lesionada goce de los derechos o libertades conculcados. También deberá prever, la compensación por las consecuencias de la medida o situación que constituya una violación de estos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte perjudicada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los que trata la convención Interamericana de Derechos Humanos, se hace referencia a la reparación que se le debe dar a la parte que ha sido afectada en su derecho fundamental, a quién se le ha limitado el goce de su derecho, siendo necesario que la indemnización surja como una consecuencia que recae en obligación de quien ha causado el daño, el cual repite en la responsabilidad patrimonial del estado por que algún funcionario, ente u órgano del estado en ejercicio de la función pública ha ocasionado un daño, que el origen del daño además de ser por alguien o alguna entidad en representación del estado ha sido causado por el riesgo que generó, la acción u omisión por parte de la entidad o autoridad, siendo atribuible la reparación del daño.

La protección de los derechos fundamentales ha sido reconocida a nivel mundial por la corte internacional de derechos humanos, regulando la obligatoriedad de la declaración de la responsabilidad patrimonial del estado por las vulneraciones o afectaciones que se presenten dentro de sus territorios, con relación a lo mencionado en el acápite anterior, por lo cual es necesario que se repare por la dignidad humana a la víctima y que esta sea responsabilidad del Estado por el actuar que haya sido por acción u omisión, al implementarse esto la Corte interamericana de Derechos Humanos en el artículo 15 lo reguló y cada país

acogiéndose en la cooperación de los tratados internacionales ha decidido implementarlo internamente, a través de la promulgación de leyes y decretos que se encuentran relacionados a esta protección de las víctimas y la reparación, estableciendo los procedimientos y mecanismos para acudir a la reparación patrimonial administrativa.

En Colombia existen casos en los que la imposición de responsabilidad objetiva ha sido reconocida por la ley y la jurisprudencia, tales como: i) casos derivados de accidentes industriales; ii) en temas de responsabilidad extracontractual del Estado, daños específicos, apropiación de bienes, daños causados por actos administrativos y decomiso por razones públicas; iii) responsabilidad por productos defectuosos; iv) daño al medio ambiente. (Guerra y Pabón, 2020).

La responsabilidad patrimonial del estado es considerada como un mecanismo que se puede acceder cuando se haya ocasionado una afectación derivada del poder público a una persona que se puede identificar como víctima haciéndolo acreedor de una reparación accediendo a una garantía de protección constitucional, razón por la cual la corte constitucional ha emitido el siguiente concepto frente al tema y frente a la obligación que tiene el estado de reparar a la víctima atribuyéndosele un daño causado por acción u omisión, se tiene el siguiente concepto que traza una trayectoria fundamental para la aplicabilidad de esta herramienta jurídica.

La responsabilidad fiscal del Estado se presenta entonces, como un mecanismo para proteger a los gobernados de una mayor actividad del poder público, potencialmente dañina, un resultado normal y perjudicial para la legalidad de la propia actividad pública, independiente de cualquier conducta delictiva o ilegal por parte del gobierno, requiriendo así mayores garantías jurídicas para la trayectoria patrimonial de los individuos. Por esta razón, el régimen constitucional vigente establece la obligación jurídica del Estado de reparar los daños causados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, implicando que, una vez causado el daño y atribuido al Estado, la transferencia de los derechos de propiedad del Estado a los bienes del perjudicado procede de la obligación de indemnizar. Asimismo, no basta con que el daño sea ilícito, también debe ser atribuido al Estado, es decir, debe existir un documento que permita atribuir el daño a un acto u omisión de una autoridad pública (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-333/96, 1996).

El daño se le es imputable al estado y la reparación del daño de la que es garante la víctima que ha sufrido la afectación, en concordancia de la constitución

política se ha establecido la herramienta de acceder a una reparación directa que trata el código de lo contencioso administrativo en su artículo 140 que resalta los términos y quienes están facultados para iniciar la acción de reparación directa, estableciendo lo siguiente:

Artículo 140. Reparación directa. El artículo 90 de la Constitución Política, el interesado puede reclamar directamente una indemnización por el daño ilícito causado por las acciones u omisiones de organismos estatales (Congreso de la República de Colombia, Ley 1437 de 2011).

Es decir que de acuerdo a lo anterior, el daño antijurídico ha existido y surgido desde un contexto de protección internacional que le es atribuible al estado de la obligación de reparar a quien haya sido víctima o quien haya sufrido una afectación por acción u omisión, y que como se ha mencionado anteriormente dentro de los elementos de la reparación patrimonial se encuentran el daño antijurídico, la imputación del daño y la relación de causalidad entre el daño y el resultado que consiste en el nexo causal que se ha sufrido por la afectación causada a la víctima, siendo imputable a quien tenía la posición de evitar o prevenir ese daño o en su defecto que por el actuar de acción u omisión no fue posible que se evitara el resultado que es un daño a una víctima, siendo posible que se le atribuya la responsabilidad administrativa del estado y que esta repare a la víctima, teniendo la posibilidad de repetir directamente contra quien causo el daño y afectación.

Daño Antijurídico

Para tener precisión con respecto al daño antijurídico es necesario tener en cuenta los conceptos e interpretaciones que jurídicamente se le hayan dado al tema, en este caso es importante resaltar el concepto que trae Medina Alcoz (2007) sobre el daño o lesión quien lo define como la pérdida o depreciación de los bienes que componen el patrimonio de una persona, utilizando la palabra propiedad en sentido amplio, incluyendo también los bienes muebles (incluidos los bienes intangibles y no comerciales) como activos monetarios o activos económicos, bienes.(incluyendo riqueza material humana y comercio interno.)

El concepto de daño o lesión se relaciona con los derechos fundamentales y las protecciones que tiene la persona a no ser vulnerados ni afectados sus derechos, en tener las mismas condiciones y oportunidades de forma equitativa sin que sean limitados, en relación con el caso, se afecta el patrimonio del afectado quien es víctima por el menoscabo de sus derechos, como puede ser la afectación derivada

de un daño o lesión que surge por la acción u omisión, relacionándose que le es atribuible al estado la obligación de reparar la limitación y el menoscabo que ha tenido una persona que del menoscabo se deriva una afectación a su patrimonio, a la capacidad de adquirir patrimonio, a una limitación física o psicológica que puede ser trasgredido el daño causado.

Se considera como eje fundamental la responsabilidad patrimonial extracontractual por parte del Estado que trata el artículo 90 de la constitución política de 1991, pues así lo resalta el referente Nader (2010), que manifiesta que la reparación del daño conlleva a la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado e incluye la indemnización por daños sufridos en el marco de las actividades del Estado, esto de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, indicando que es deber del Estado indemnizar a quien sufre un daño por causa de falta de obligación legal de incurrir.

Dentro del argumento legal dentro de estos procesos de reparación patrimonial extracontractual del estado es necesario que se tenga un resultado, que genere un hecho dañoso o afecte a una persona o grupo de personas directamente, que exista una relación entre el hecho y el resultado que como producto se tiene un resultado negativo, y es necesario como lo resalta el autor en la parte final que la víctima no tiene la obligación jurídica de soportar un daño o afectación a sus derechos, es decir que no se debe limitar el ejercicio y goce de derechos de la víctima, relacionándose en el hecho atribuible e imputable al Estado, que al encontrar estos elementos dentro de un proceso, es viable que se obtenga una reparación a la víctima, y que sea posible que el estado responda por la acción u omisión.

El Estado reaccionará, entre otros casos, cuando la causa del daño sea un acto, omisión, acto administrativo u ocupación temporal o permanente de un inmueble por obras públicas o cualquier otra causa. ¿Qué otra causa puede atribuirse a un particular? que actuó siguiendo instrucciones expresas de él Las entidades públicas deben hacer reclamaciones similares cuando hayan sido perjudicadas por la actuación de otro individuo o entidad pública (Ley 1437 de 2011).

Con respecto a la omisión que le es atribuible al estado es necesario que se tenga presente la necesidad que se tiene que el actuar positivo o negativo de acción u omisión que se debe central la reparación patrimonial debe producir como resultado un hecho dañoso, que afecte y vulnere un derecho, limitando el ejercicio del derecho que goce quien haya sido afectado, además para que sea atribuible la responsabilidad patrimonial del estado de cumplir con los elementos mencionados anteriormente y durante el desarrollo del presente capítulo, es

necesario que el actuar de acción u omisión lo cometa un funcionario en ejercicio y representación del estado, cumpliéndose en esta parte la condición de sujeto imputable por la falla en el servicio que se ha derivado de la acción u omisión.

Al tener el daño atribuible por una falla al estado que es omisiva o por acción, es necesario que la función pública se encargue de reparar al individuo afectado una vez reúna los elementos para poder atribuir el daño. Téngase en cuenta lo siguiente: el daño antijurídico se entiende, como aquellos casos en los que el Estado origina alguna lesión al individuo desde su función pública y que, por lo tanto, debe subsanar con el fin de responder por la estabilidad moral y patrimonial de la víctima, se trata de una herramienta jurídica dispuesta para que los ciudadanos no se sientan coartados en sus libertades y para que el Estado cumplan las funciones demarcadas en el proyecto sociopolítico pactado en la Constitución Política de 1991, de forma tal que se genere una actividad litigiosa respetuosa con los constituyentes primarios (Guarín, 2015).

Como bien se menciona, es atribuible al estado la responsabilidad administrativa si quien la comete es un individuo que está en ejercicio de la función pública, es decir que está actuando en representación del estado, siendo necesario que se cumpla con lo establecido para que sea procedente la atribución del daño.

Daño es todo ataque a los intereses legítimos de una persona, sean o no derechos económicos, individuales o colectivos, que se produzca como ataque definitivo a un derecho o como cambio pacífico de su titularidad y de su posibilidad de privación. acción judicial, puede ser indemnizado si se cumplen las demás condiciones de la responsabilidad civil: las disposiciones y fundamentos de la obligación de indemnizar (Henao, 2007.).

Lo mencionado anteriormente se fundamenta en la sentencia hito que a continuación se trae a colación, lo cual es fundamental para que se tenga en cuenta los elementos de la reparación patrimonial del estado pues es necesario que para que esta surja se debe dar con el cumplimiento de las siguientes conductas o elementos “(i) ocurra un daño antijurídico o lesión, (ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público y (ii) exista una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión del ente público” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-619/02, 2002), estos elementos, han sido fundamentales para la adecuación de la determinación de la responsabilidad patrimonial del estado, y son los que se deben argumentar dentro de estos tipos de procesos.

Finalmente, dentro del concepto del daño antijurídico es posible tener en cuenta lo que menciona el autor Zamora, con respecto al tema resaltando que el reconocimiento del daño antijurídico está implementado con la finalidad de cumplir con los principios constitucionales y los tratados internacionales en cuanto al reconocimiento de víctimas y reparación por daños que le puedan ser atribuidos al Estado.

Este concepto de daño, que subyace a la obligación del Estado de reparar, es plenamente compatible con los principios y valores del Estado social de derecho, porque tiene la responsabilidad de proteger los derechos y libertades de quienes se rigen contra los suyos (Zamora, 2021).

Zamora menciona una postura significativa de la parte subjetiva del reconocimiento del daño antijurídico, enfocándose en el deber ser y actuar del estado, atribuyéndosele las responsabilidades que le puedan recaer cuando este en condición de prevenir, actuar o salvaguardar un derecho, que se ve inmerso en la acción u omisión, que hacen parte de los elementos relevantes de la reparación extracontractual del estado.

Nexo Causal

Como se ha mencionado durante el desarrollo del concepto que se tiene para la reparación extracontractual del Estado, el cual en reiteradas oportunidades se ha establecido que se debe cumplir con ciertas figuras, de la cual el nexo causal es relevante y fundamental para que sea procedente la reparación a quien haya sido afectado en el goce de su derecho, es decir a quien se limitó un derecho y que en ocasión a esto ha sido afectado, el elemento fundamental es el nexo causal por qué se encuentra objetivamente relacionado, enlazado, conectado como regla general entre la conducta y el resultado de la conducta, es decir, que conecta la causa que origina el resultado afectando y lesionando un bien jurídico tutelado, que se produce un resultado negativo el cual puede ser resarcido y reparado obligatoriamente por quien haya cometido o haya presentado un actuar omisivo y que finalmente se obtuvo un resultado negativo.

El elemento básico de la responsabilidad civil está constituido por la relación, vínculo, o conexión de raíz y causa-efecto entre la conducta del sujeto y el daño al sujeto del paciente; la pretensión de que se trate cuando se sostenga que un sujeto provoca, incita, da lugar, promueve o causa daño; un efecto, una huella,

una consecuencia, un producto, un resultado o una fuente de la conducta de otro (Medina Alcoz, 2007).

Es necesario que exista la relación entre el hecho y el resultado, que en los casos que ocurra un resultado negativo la obligación del Estado es reparar el perjuicio que ha propiciado.

Gómez (2010) resalta los elementos característicos del título de imputación que ha establecido la jurisprudencia en relación a las falla del servicio, el daño sufrido por el interesado y la relación que debe surgir entre el daño y la falla, siendo parte fundamental el nexo causal que hace referencia a la relación que surge, en la que finalmente al tratarse de una falla que se ha tenido dentro del servicio el estado para garantizar su defensa debe demostrar la ausencia de la falla, probando el actuar con debida diligencia y cuidado que es el deber de actuar por parte del Estado, demostrando que el servicio ha sido prestado en estos dos ejes centrales de diligencia y cuidado, cuando no es posible demostrar que se ha obrado con estos dos elementos o ejes centrales, la imputación de la falla del servicio al estado es inminente, debido al actuar que caso contrario de diligencia y cuidado es la omisión o acción que se tiene por parte de la cual se ha obtenido ese resultado que ha generado un detrimento a un afectado.

Describir la Responsabilidad Administrativa del Estado desde la óptica de la falla en el servicio

El desarrollo del siguiente capítulo, hace referencia a la responsabilidad administrativa del Estado analizándola desde la óptica de la falla en el servicio uno de los tipos de responsabilidad que le es imputable al estado, la cual se deriva de la prestación de un servicio estatal que en los casos en los que dicho servicio estatal no se presenta en debida forma y que al contrario, la prestación del servicio indebida deriva un daño, se considera como una falla en el servicio y que el Estado se encuentra legitimado para ser llamado a responder por el daño que ha ocasionado la falla en el servicio, permitiendo que la falla en el servicio configure como el nexo causal entre el resultado y el hecho, el cual debió haber ocurrido en una forma u otra, sin embargo debió ser un servicio prestado de forma correcta, al no haberse cumplido con esto se origina la falla en el servicio como una responsabilidad del Estado.

El Estado dentro de la Constitución Política de 1991 ha establecido su deber con los nacionales colombianos, el cual tiene como deber asegurar, brindar garantías, promover la justicia, promover la igualdad y la equidad, promoviéndose como un estado organizado con autonomía y respeto por la dignidad humana, resaltando que prevalece el interés general ante el interés particular, teniendo en cuenta lo anterior mencionado dentro de la jerarquía constitucional, se establecen como parte de los principios que han originado la responsabilidad administrativa atribuible al estado, y dentro de esa responsabilidad administrativa se deriva el factor relevante que puede ser a causa de la falla en el servicio, siendo pertinente resaltar la responsabilidad que recae en cabeza del Estado y la obligación que tiene el estado de reparar, Atehortúa Valencia y Ocampo (2017), han definido la falla del servicio cómo lo siguiente:

El Estado es un sistema con un conjunto de entidades organizadas donde todos son el Estado y si uno de ellos falla todo el servicio del Estado falla, por tanto es responsable de su funcionamiento en el servicio, y si no cumple sus funciones, es responsable por el daño causado a raíz de la falla en el servicio, así pues, debe reparar directamente a todos sus administrados patrimonialmente por sus pérdidas económicas, las autoridades democráticas ejecutivas y legislativas tomaran cartas en el asunto para que lleguen a prestar un servicio con excelencia así como en otros países del mundo (2017, p. 5)

Es decir que el Estado colombiano debido a la organización que tiene de un poder descentralizado con autonomía se le es atribuible la falla en el servicio porque no se ha dado un funcionamiento completo de forma responsable y qué en virtud del defecto que se ha presentado que consiste en la falla en el servicio se puede presentar la responsabilidad en cabeza del Estado, este es un concepto del derecho que ha dado surgimiento dentro del contexto histórico y que se mantiene vigente el cual podría recaer como una obligación y responsabilidad al Estado.

El deber del funcionamiento de las entidades Estatales

El funcionamiento de los órganos y las entidades estatales tal y como se han organizado no puede presentar ningún tipo de fallas por la obligación que tiene el estado de brindar las garantías a los nacionales, en virtud de los principios y en congruencia con el derecho internacional y los derechos fundamentales, es decir que en los casos en los que se presenten este tipo de fallas en el servicio que sean contrarias y atenten con los derechos y principios constitucionales, surge inmediatamente la obligación del Estado atribuida a una responsabilidad,

Saavedra (2005, como se citó en Güecha, 2012), resalta la teoría clásica de la responsabilidad del Estado refiriéndose a la responsabilidad por la falla en el servicio, resaltando qué se tiene “como fundamento de la obligación de la administración de indemnizar los perjuicios causados, con ocasión de la actuación de las entidades públicas, en cuanto que en la misma se evidencia irregularidad, es decir, una persona jurídica estatal sujeta a error” (p. 97), es decir que todo tipo de irregularidad que se presente debido a la actuación por parte de una entidad pública debe ser reparada siendo esta una obligación por parte de la administración la cual es indemnizar los perjuicios que ha causado.

En los casos que se presenta el incorrecto funcionamiento de quienes ejercen Función Pública en representación del Estado, Surge una responsabilidad que se deriva por la falla, esta responsabilidad recae en el estado por la postura de garante que tiene dentro del ordenamiento jurídico, Güecha señala que la responsabilidad objetiva no es la principal causa de la afectación o limitación a un derecho, sino que en general es la falla la mayor tradición que lesiona el principio de legalidad y el buen servicio público, argumentando que son vulnerados dentro de la actuación de las entidades públicas; lo que significa, que el Estado se ha convertido en el principal transgresor del ordenamiento jurídico, ya que, en la falla del servicio, de una u otra manera, lo que existe es una violación de normas que protegen derechos de los particulares. (Güecha, 2012)

Las entidades públicas al ejercer Función Pública en representación del Estado, en cumplimiento con las garantías que anteriormente se menciona aún, establece una posición de garante que recae en el estado, la cual debe ser un funcionamiento correcto, sin fallas, sin afectaciones, sin limitaciones de los derechos de los ciudadanos, derivándose de esta manera la responsabilidad cuando no se cumpla con la garantía que debe brindar el estado.

Jurisprudencialmente se ha explicado e interpretado la responsabilidad que tiene el estado, frente a este concepto que se mantiene vigente, el consejero ponente Hernán Andrade Rincón señala que: la falla de servicio ya está en nuestro derecho y sigue siendo el título legal de atribución eminente que desencadena el deber de resarcir del Estado; En efecto, si al juez administrativo le corresponde controlar la acción administrativa del Estado y si el incumplimiento de la obligación tiene como contenido último el incumplimiento de la obligación bajo su responsabilidad, entonces seguramente esto es lo más lamentable. Este es el mecanismo adecuado, para establecer responsabilidad financiera de naturaleza extracontractual (Consejo de Estado, 2012).

Es decir que para la responsabilidad patrimonial del Estado atribuir el título de imputación de falla del servicio es considerado el mecanismo más idóneo siendo esta la interpretación del Consejo de Estado la cual ha sido a través del magistrado ponente.

Falla del servicio

Por regla general la falla del servicio se considera un título jurídico de imputación, siendo un concepto que se mantiene tal y como lo manifiesta el consejero ponente Andrade, la finalidad de determinar la falla del servicio está encaminada a que se determine como el título de imputación que derivado a esto es más que determinar la responsabilidad que tiene el estado de indemnizar a la víctima, dicha indemnización se busca por el concepto de una reparación por el menoscabo que se ha producido el deber objetivo que debía ser previsible y no se tuvo en cuenta, derivado de esto surge una falla del servicio por el deber de no haber actuado oportunamente y evitando que se causará la afectación y el menoscabo a un derecho de una víctima, siendo atribuible al estado este título de imputación.

Diferencia entre falla del servicio y falla presunta

Así como se tiene en cuenta la falla en el servicio como la imputación que atribuye una obligación de indemnizar por parte del Estado, se encuentra presente el régimen de la falla presunta, que a diferencia de la falla en el servicio, la falla presunta se comprueba la responsabilidad únicamente probando el hecho dañoso que ha sufrido la víctima, argumentan Aponte y Ardila (2015), que para dentro del régimen de la falla presunta es necesario que se demuestre el hecho dañoso que la víctima ha sufrido, nexo causal que corresponde a lo que se ha mencionado en el capítulo anterior, la relación entre el daño causado y el origen del daño.

Bajo el régimen de presunción de incumplimiento, el Estado no necesita sufrir fallas en el servicio para que su responsabilidad financiera se vea comprometida; basta que el demandante pruebe que se produjo el hecho dañoso y la relación de causalidad entre una parte y la otra, y aquí es donde hablamos de fuerza mayor o de la acción exclusiva de la víctima o del tercero, porque debe tener pruebas de origen externo.

Con respecto al régimen de la falla presunta, Aponte y Ardila han realizado una descripción de un concepto acertado con lo referente a este régimen, pues en lo referente a la falla presunta se encuentra inmersa la fuerza mayor o un hecho exclusivo de la víctima el cual es necesario que se pruebe el hecho dañoso y la relación del nexo causal teniendo en cuenta que la prueba es de un origen externo que le corresponde la carga probatoria al demandante.

Acceso a la justicia administrativa

Para acceder a la justicia administrativa cuando se presenten situaciones que generen reparación administrativa extracontractual del Estado, es necesario que se cumpla cuando sea el caso de los procesos conciliables según lo establece la Ley 2220 de 2022, cumpliendo con algunos asuntos que tienen requisito de procedibilidad como es la conciliación, posterior a esto se puede proceder con la presentación de la demanda de reparación extracontractual ya sea por falla en el servicio, o por falla presunta.

La necesidad que tiene el estado colombiano de acotar estos requisitos de procedibilidad para poder acceder a la reparación por un daño causado es bajo el siguiente concepto: La justicia administrativa es polémicamente necesaria, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha previsto una excepción a la aplicación del principio *iura novit curia* en los procedimientos de indemnización directa, permitiendo que el juez determine y prescriba el régimen aplicable a un caso particular en de conformidad con las hipótesis fácticas presentadas en la denuncia sin poder modificar los motivos expuestos (González *et al.*, 2022).

La justicia contenciosa administrativa y en general la justicia en Colombia para los procesos civiles o administrativos, es una justicia rogada, es decir que se tiene que iniciar directamente el proceso para que se les reconozcan los derechos que se le han afectado y limitado, sin embargo existe el principio de *iura novit curia* dentro de los procesos de reparación directa, es decir que los jueces pueden referirse con respecto a las normas y leyes que brindan garantías legales a las personas y que estas normas no hayan sido invocadas dentro de las partes procesales, siendo una facultad atribuida que no puede ser excedida por parte de los jueces de la República.

La seguridad ciudadana está a cargo del estado, son quienes tienen la responsabilidad de brindar las garantías constitucionales, mediante esta obligación es que dentro de la Constitución Política en el artículo 90 se le puede

atribuir la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que cauce a los ciudadanos que pueden ser por acción u omisión que desarrolle alguna autoridad pública, Atehortúa, Valencia y Ocampo (2017) señalan que la seguridad ciudadana es una garantía constitucional y obligatoria por parte del Estado, este concepto lo señalan bajo el argumento que los actos que generan limitación de los derechos del ciudadano que generan un daño y una afectación pudieron haber sido daños evitados, los cuales se pueden determinar desde la acción, o se pueden generar por la omisión, que traducidos en el derecho pudieron haber sido evitados los resultados negativos que limitan el goce de un derecho a un ciudadano, a través de la debida diligencia de cuidado, al deber objetivo de cuidado, evitándose de esta manera un daño patrimonial, moral que es irreparable, por lo tanto la única forma de reparar este daño es patrimonio realmente, acudiendo al uso de la justicia para que la reparación patrimonial por parte del Estado sea reconocida y que de esta manera sea resarcido el daño causado y al afectado se le haga acreedor de una respectiva indemnización.

Falla presunta

La responsabilidad administrativa del Estado dentro de la falla presunta surge en los casos en que la administración aprestada una actuación irregular, es decir que el servicio debido, normal y correcto que debió haber prestado la entidad estatal ha sido contraria está cayendo en una vulneración del buen servicio público. En los casos de los que se pretende demostrar la falla presunta la carga de la prueba se invierte y está a cargo De El demandante demostrar dónde se presume el actual y regular por parte del Estado, en qué situación actuó de forma indebida, cuál fue el funcionamiento anormal del servicio y que éste haya originado el resultado de un hecho dañoso, El Consejo de Estado ha interpretado la falla presunta de la siguiente manera:

La falla presunta por su parte, indica una actuación de la administración donde se presume la actuación irregular, es decir, se releva al particular de demostrar el funcionamiento anormal del servicio y en estas circunstancias, se considera que la entidad pública ha vulnerado principios de buen servicio público; siendo la actividad médica, la que constituye el campo de aplicación de dicha clase imputación. ((2009, como se citó en Güecha, 2012, p. 101)

El estado al ejercer su función, debe ser correcto, acordé las normas del derecho, de los principios constitucionales y los tratados internacionales, es decir que el actuar del Estado debe ser impecable, no debe afectar o limitar el ejercicio de los derechos de ningún ciudadano, es por esto que la responsabilidad recae en el

derecho público dentro de la teoría de la responsabilidad administrativa, siendo atribuible la responsabilidad a la entidad pública cuando de forma directa vulnera el principio del buen servicio público, reconocido como una regla general.

Riesgo excepcional

El riesgo excepcional surge a través de la responsabilidad objetiva que se le puede atribuir a al estado a través de actividades riesgosas que los agentes a cargo de la Administración del Estado realicen y que, derivado de esta actividad, se obtenga como resultado un daño antijurídico que recaiga en el ciudadano el cual no tiene la obligación de soportar este daño o afectación; el riesgo excepcional surge por una actividad que el Estado desarrolla a través de los agentes de la administración estatal, este actuar es lícito dentro de las formas de actuar la administración sin embargo al momento de desarrollar esa actividad se genera una extralimitación de funciones constituyéndose un daño antijurídico.

A continuación se hace referencia a la forma en la que va estructurándose dentro del ordenamiento jurídico la teoría del riesgo excepcional, la cual se origina a partir del año 1938 constituyéndose dentro de una teoría de responsabilidad derivada de una actividad peligrosa en lo referente al Código Civil, la cual se adecua en el artículo 2356 del Código Civil, en virtud de esta adecuación normativa legal sí empieza a estructurar fundamentándose para el derecho de responsabilidad administrativa estatal, siendo éste el origen de esta teoría que si implementa concurrentemente dentro de los procesos de responsabilidad administrativa.

Las autoras Araque y castillo (2013), hacen referencia cómo en la Constitución Política de 1886 se encontraba establecido el deber de las autoridades de proteger los derechos fundamentales de la población civil En Colombia, de lo cual también incluye la responsabilidad estatal bajo los regímenes de Falla presunta o falla probada estableciendo lo siguiente:

Se desarrolla la teoría para la responsabilidad de tipo Estatal, la cual entendía en su momento que los daños causados en el ejercicio de actividades peligrosas, se estudiaban bajo el régimen de falla probada y posteriormente por el de falla presunta, y se sustentó específicamente en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 que establecía el deber de las autoridades de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el

cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares. (Araque y Castillo, 2013).

La función del Estado siempre ha sido protectora y garante de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, de acuerdo a la capital anterior del concepto que se tenía dentro de la Constitución Política de 1886 y de las distintas interpretaciones que el Consejo de Estado ha emitido a través de los conceptos y sentencias referente a la responsabilidad estatal.

El Consejo de Estado ha emitido la interpretación jurisprudencial con respecto al régimen aplicado de la responsabilidad estatal por el riesgo excepcional, resaltando que este tipo de riesgo debe ser grave y que genere una afectación o limitación, además de esto se requiere una postura en la que la víctima no debe encontrarse en la obligación de soportar la lesión de su derecho y que este derecho se ha visto afectado originándose de una actividad peligrosa que ha sido ejercido en representación del Estado. El consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez de la sala de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado sección tercera, reitera que la imputación del riesgo excepcional se sigue manteniendo de acuerdo a lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, la cual es clara y concreta al referirse al bien jurídicamente tutelado, que debe recaer la limitación y afectación del hecho dañoso cumpliéndose con lo mencionado en el acápite anterior, qué es el deber de no encontrarse obligado a soportar el daño sufrido en virtud que el consejero ponente señala, que la transgresión del principio de igualdad de las cargas públicas, resalta:

El régimen de imputación del riesgo excepcional mantiene como asidero y fundamento el concepto de daño antijurídico (artículo 90 de la C.P.), en la medida en que éste comporta una lesión a un bien jurídicamente tutelado cuyo titular – quien ha sufrido las consecuencias de un riesgo anormal-, no se encuentra en la obligación de soportarlo, dado que ese detrimento se impone con transgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas. (Consejo de Estado, 2011) En lo referente al principio de igualdad, se encuentra consagrado no solo en la Constitución Política sino también dentro del debido procedimiento de la aplicabilidad de la justicia y la ley, haciendo referencia a que es un derecho de todos los seres humanos, que se encuentra vinculada la dignidad humana aplicada en cualquier área de la vida del ser humano, la cual puede ser civil, social, cultural o económicamente, relacionada con el preámbulo de la Constitución Política que todos somos iguales ante la ley, bajo estos dos preceptos se tiene en cuenta el principio de igualdad y el no deber de soportar un daño antijurídico que limite el goce de los derechos del ciudadano.

Continuando con el análisis de las interpretaciones que el Consejo de Estado a través de los consejeros ponentes ha realizado con respecto a la responsabilidad a la administración a título de riesgo excepcional, se ha establecido la interpretación en la que es procedente la imputación dentro de este título, señalando que dicha afectación debe ser dirigida en contra de los altos funcionarios para que de esta manera sea posible atribuir la responsabilidad a quien le corresponda de forma correcta, para que de esta manera cumpla con la responsabilidad administrativa, lo cual se relaciona con la reparación de la víctima, siendo de esta manera posible que se cumpla con una imputación a quién tenía el deber objetivo, teniendo el siguiente concepto emitido en el año 2017 por el Consejo de Estado:

Para que pueda imputarse responsabilidad a la administración a título de riesgo excepcional por los daños derivados de actos violentos de terceros, es necesario que el acto sea dirigido en contra de altos funcionarios, bienes o elementos representativos del Estado y que el fundamento de imputación, esto es, el riesgo creado por la administración a la población civil o a sus bienes sea cierto y lícito y de naturaleza excepcional, es decir, caracterizado por exceder las cargas públicas en relación con el provecho o utilidad para el Estado y la sociedad. (Consejo de Estado, 2017a)

Dentro de este concepto se reitera la responsabilidad de la administración a título de riesgo excepcional el cual debe ser un riesgo que ha sido creado por parte de la administración, es decir, el estado, el riesgo creado por el estado puede ser un actuar administrativo lícito pero que como resultado genera un daño que puedes ir a atribuible por una conducta dolosa o culposa, sin embargo, a través de esta conducta el daño debe ser reparado.

Analizar casos concretos de la Responsabilidad Administrativa de la Policía por falla en el servicio

En el desarrollo del presente capítulo, se pretende analizar casos concretos en los que se le ha atribuido la responsabilidad administrativa a la Policía Nacional por la falla en el servicio, siendo relevante que se desarrolle este análisis teniendo en cuenta el contenido de los capítulos 1 y 2 que están relacionados a determinar los elementos de la responsabilidad administrativa del Estado, los cuales están compuestos por el daño antijurídico, la imputación y la relación de causalidad,

Respecto al capítulo dos que se encarga de describir la responsabilidad administrativa desde la óptica de la falla en el servicio.

Es decir que en el desarrollo del presente capítulo, se pretende realizar el análisis de la forma en la que se da la aplicabilidad analizando 3 casos en concreto que se hayan presentado en los que el Consejo de Estado haya determinado la reparación directa a cargo de la policía por causa de Falla en el servicio, esto se da con la intención de poder identificar la parte aplicativa de la teoría dogmática que se ha mencionado, permitiendo que el lector pueda ampliar el conocimiento por medio de la información que se constata en la presente investigación. Conocer la forma práctica y aplicativa del derecho a través de las jurisprudencias y la emanación de concepto que emite el Consejo de Estado, es relevante y fundamental, porque esta manera también es posible reconocer cómo se da la aplicabilidad del derecho, señalando los factores relevantes para que la responsabilidad del Estado sea determinada y que de esta manera se acceda a la reparación integral que se deriva de un perjuicio que afecta los bienes jurídicamente amparados.

Término que se tiene para presentar demanda de reparación directa

El Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011), que es el encargado de regular dogmáticamente como se rige el Derecho Administrativo en Colombia, ha señalado los procedimientos y específicamente en el artículo 164 se establece la oportunidad para presentar la demanda, haciendo referencia a quién se considere víctima o afectado, que su derecho se le haya limitado por parte de una entidad estatal, tiene la facultad de acceder a la justicia cumpliendo con lo señalado en el artículo en mención, resaltando que la demanda puede ser presentada en cualquier momento, pero se puede resaltar como un requisito condicional porque concretamente cuando se hace referencia a la demanda de reparación directa, dicha ley señala lo siguiente:

Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (CPACA, Ley 1437 de 2011, art. 164 - numeral 2-literal i)

Es decir, para que sea posible acceder a la demanda de reparación directa se deben cumplir con unos requisitos dentro de los que se establece el término, el cual es un término de 2 años como menciona el artículo del acápite anterior, el término empieza a ser contado a partir del día siguiente de la ocurrencia de los hechos.

Deber de la función pública a cargo de la Policía Nacional

Con relación al deber de la Función Pública a cargo del Ministerio de Defensa, Policía Nacional, se ha presentado la interpretación conceptual y aplicativa a un caso concreto el cual la sala de lo Contencioso administrativa del Consejo de Estado, sección tercera por medio del consejero ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas, se ha manifestado haciendo referencia a la función que debe ejercer la fuerza pública, Policía Nacional y a las fuerzas militares. Como se ha mencionado en los anteriores capítulos la función de los servidores públicos que ejerzan Función Pública, como es el caso de la Policía Nacional deben tener un actuar protector, que brinden garantías incumplimiento de la protección de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, en relación a lo que se ha mencionado anteriormente es pertinente resaltar y traer a colación el concepto que en el año 2019 ha emitido el Consejo de Estado con respecto al tema que a continuación se va a citar.

Según el artículo segundo de la Constitución Política, las autoridades competentes de la República se establecen para proteger a todas las personas residentes en Colombia, su vida, honor, bienes, creencias, así como los demás derechos y libertades, velando por el respeto a las obligaciones sociales del Estado y de los individuos. En concreto, las fuerzas públicas -incluidos el Ejército y la Policía Nacional- tienen como objetivo principal, por un lado, la protección de la soberanía, la independencia, la integridad territorial nacional y el orden constitucional, y por el otro, mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicos, y garantizar que el pueblo colombiano conviva pacíficamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 y con sujeción a una regulación superior. (Consejo de Estado, 2019).

Son relevantes y fundamentales las manifestaciones e interpretaciones que realice el Consejo de Estado, en consideración que estos órganos del Estado son considerados como los jueces máximos encargados de la administración pública para dar solución a los conflictos que surgen entre las personas y las entidades estatales, además las interpretaciones emitidas por el Consejo de Estado forman

parte de un precedente judicial aplicado a cada caso concreto permitiendo tener mayor claridad de la funcionalidad y aplicación de la legislación colombiana; en el presente caso de análisis se está resaltando el deber y función de la Policía Nacional, el deber de actuar de la Función Pública, las cuales han sido creadas dentro del territorio colombiano para garantizar la defensa y mantener en protección los derechos fundamentales de la población, es decir que la Policía Nacional está para implementar orden y Seguridad.

De igual forma, la Policía Nacional en concordancia y cumplimiento con la Constitución Política, con los tratados internacionales y además de esto con las interpretaciones emitidas dentro de las sentencias, cumpliendo con la finalidad para la función que fueron creadas, han establecido la siguiente como misión: El fin primordial de la Policía Nacional es el mantenimiento de la convivencia como condición necesaria, para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz fundamentada en el código de ética policial. (Policía Nacional, *s.f.*)

En ese orden de ideas en las que se resalta el fin primordial de la policía nacional, se tiene en cuenta el deber de actuar y su función dentro de la población. Caso contrario cuando se actúa por acción u omisión incumpliendo el fin primordial por parte de la Policía Nacional, se le es atribuible la responsabilidad administrativa Del Estado, la cual deriva una reparación a la víctima, la cual puede ser como se ha mencionado en el capítulo anterior la reparación por la falla en el servicio, la cual se derivó por él incorrecto funcionamiento de la prestación del servicio de seguridad, es decir que se comete un acto contrario a brindar garantías y seguridad, que atenta contra la convivencia dentro de la población, alterándola y generando una afectación que se tiene reconocida como un daño que no está obligado a soportar el individuo.

Casos referentes del Consejo de Estado sobre la falla en el servicio

A continuación se va a analizar la sentencia del Consejo de Estado, de la sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, emitido por el consejero ponente Hernán Andrade Rincón, el número de Radicación: 760012331000200701298 01, en lo referente al caso son actores Wilman Silva Betancourt y otros, contra El Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los hechos que generaron la muerte del estudiante Johnny Silva Aranguren, que se llevaron a cabo dentro de las instalaciones de la Universidad Valle del Cauca de la ciudad de Cali el día 22 de septiembre de 2005. Con referente a los daños antijurídicos que se originaron

en el presente caso en los que se está solicitando una acción indemnizatoria de reparación directa por parte del Estado bajo los siguientes hechos:

Se encontraba haciendo parte de una protesta pacífica en contra del TLC, aproximadamente a las 18:00 h de la tarde ingresa el escuadrón antidisturbios del mando del coronel Mauricio González generando una situación de confrontación, los miembros del ESMAD, ingresan el día 22 de septiembre de 2005 a las instalaciones del campus universitario de la Universidad del Valle en medio de una manifestación estudiantil, dentro de la presentación de la demanda, los accionantes manifiestan que los miembros del ESMAD portaban armas de fuego, causándole la muerte de forma a Johnny Silva Aranguren, un trauma en el muslo derecho y cabeza con elemento contuso tarros de gas lacrimógeno, siendo este el diagnóstico que consta en el acta de la necropsia.

La sala de forma plena acredita los daños sufridos por los accionantes quienes son los familiares de la víctima Johnny Silva Aranguren, sin embargo, se realiza el análisis de la imputación para determinar si este daño y afectación puede ser atribuible a la administración pública con la finalidad de reparar los perjuicios causados, teniendo en cuenta que la parte actora configura la existencia de una grave falla de servicio, sin embargo dando aplicabilidad a la teoría desarrollada en el capítulo 1 y el capítulo dos, es necesario demostrar la existencia del nexo causal entre el hecho y el resultado para que sea reconocida la falla en el servicio. La sala administrativa dentro del análisis de los hechos jurídicamente relevantes que fueron probados le permitió determinar que la conducta de él ESMAD fue una conducta deliberada que causó la muerte al estudiante Silva Aranguren, haciendo un juicio de reproche de la función militar de la cual resalta como una grave vulneración a los derechos humanos dentro del Estado de excepción del Estado constitucional, democrático y de derecho.

En virtud del análisis realizado por la sala administrativa se da la aplicación del principio de reparación integral, con la finalidad de resarcir los daños que se efectuaron, dando el reconocimiento que surgió una falla del servicio producto del actuar que realizaron los miembros del ESMAD, estableciendo lo siguiente:

Razón por la cual, la Sala, en aplicación del principio de reparación integral, y en lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, decretará unas medidas de carácter pecuniario -indemnización- y no pecuniario, para resarcir o restablecer los bienes constitucionales afectados con ocasión de la falla del servicio que produjo el daño que originó la presente acción, teniendo en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia o, incluso, de la “no

reformatio in pejus”, ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum. (Consejo de Estado, 2017b)

Con respecto a la teoría aplicada, es preciso resaltar que la decisión tomada por la sala se da en base a los principios constitucionales que garantizan la protección de los derechos fundamentales de los civiles, que dentro del caso objeto de análisis se tiene en cuenta la obligación que tiene el estado de resarcir un daño que ha sido producto de su actuar el cual ha tenido una falla del servicio, dando aplicabilidad al principio de debido proceso, dijo al principio de congruencia y de reparación integral a los familiares de la víctima, declaran la responsa desactiva a la nación - ministerio de defensa - Policía Nacional, quiénes son responsables de pagar los perjuicios Morales, actuando en virtud de la no repetición, se debe implementar a los integrantes del escuadrón ESMAD una formación integral en garantía y protección de los derechos humanos.

Conclusiones

Con respecto a los elementos de la responsabilidad administrativa del Estado, se puede concluir que está protección y garantía por parte del Estado, responsabilizándose de las actuaciones que desarrollen quienes cumplen Función Pública, ha sido un derecho que surge en cooperación de la protección internacional de los derechos humanos, que constitucionalmente ha sido plasmado en el artículo 90 de la Constitución Política de 1961, esto es con la finalidad que a nivel mundial se cumpla con una protección de los derechos humanos la cual recae en cabeza del Estado cuándo exista una afectación, vulneración o limitación que no garantice el uso de un derecho.

La implementación de los derechos fundamentales se ha dado a través de la ratificación de los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, con la finalidad de cumplir con las regulaciones de obligatoriedad del Estado colombiano surge la figura reconocida como la responsabilidad patrimonial del Estado, establecido como un mecanismo para garantizar la protección a los terceros cuando a causa de una actividad ejercida por parte de quien ejerce Función Pública, yes te cause un daño a un tercero o un particular, el cual tenga una acción u omisión que genere como resultado una afectación que es reconocida como un daño se debe realizar la reparación directa.

La reparación directa surge porque se cumple con uno de los elementos de la responsabilidad administrativa del Estado el cual es el daño antijurídico, que se considera como una lesión o un menoscabo que tiene una persona en cuanto a sus derechos, el cual debe ser reparado por parte de la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico que sufra la persona el cual no tenía el deber jurídico de soportarlo, y que este daño ha sido producto u origen de una actuación que ha sido por parte de la comisión o la acción, generando un menoscabo en los derechos de las personas quienes hayan sido afectadas, razón por la cual surge esta figura dentro del derecho para que se tenga una reparación que es con relación a la dignidad humana y a la protección de los derechos fundamentales.

Nunca siendo posible que en el presente capítulo se realice desarrollo y claridad con respecto a la responsabilidad administrativa del Estado conocido más que todo como la responsabilidad extracontractual administrativa, resaltando los elementos que hacen parte de la responsabilidad los cuales son la existencia de un daño antijurídico, la imputación y la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se está imputando nunca que a raíz de ese se ha obtenido el resultado lesivo.

Referencias citadas

- Araque, S. J., & Castillo, M. T. (2013). *La aplicación de la responsabilidad por daño especial y riesgo excepcional en Colombia* [Trabajo de grado pregrado, Universidad Industrial de Santander].
<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2013/147181.pdf>
- Aponte, X., & Ardila, M. (2015). *Responsabilidad patrimonial del estado por falla en el servicio* [Trabajo de grado posgrado, Universidad la Gran Colombia]. Repositorio Institucional Universidad la Gran Colombia. <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/3610>
- Atehortúa, J. A., Valencia, J. A., & Ocampo, J. H. (2017). *Responsabilidad patrimonial del estado por fallas en el servicio de la seguridad ciudadana frente a la delincuencia organizada en Pereira* [Trabajo de grado posgrado, Universidad Libre Seccional Pereira]. Repositorio Institucional Unilibre.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/16806>

- Congreso de la República de Colombia. (2011, enero 18). Ley 1437 de 2011. *Por el cual se expide el Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*.
- Consejo de Estado (2011, enero 206). Radicación número, 76001-23-31-000-1994-02680-01(18940), Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera (Mauricio Fajardo Gómez, M. P.).
- Consejo de Estado. (2012, marzo 7). Sentencia n° 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042) de Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Tercera (Hernán Andrade Rincón, M P.).
- Consejo de Estado. (2017a, junio 20). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860), sala de lo contencioso administrativo, sección tercera (Ramiro Pazos Guerrero, M. P.)
- Consejo de Estado. (2017b, junio 12). Radicación: 760012331000200701298 01, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera (Hernán Andrade Rincón, C. P.).
- Consejo de Estado (2019, mayo 31). Fallo 01245 de 2019 Consejo de Estado. sala de lo contencioso administrativo, sección tercera (Jaime Enrique Rodríguez Navas, C. P.)
- Constitución Política de Colombia. (1991). [Constitución Política]. https://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia. (1996, agosto 1). Sentencia C-333/96. (Alejandro Martínez Caballero M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-333-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, agosto 8). Sentencia C-619/02. Expediente d. 3873 (Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-619-02.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1969). *Convención americana sobre derecho humanos – pacto de san José*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- González, I. A., Castro, F. D. J., & Vaca, P. M. (2022). Responsabilidad extracontractual del estado por deficiente prestación del servicio público de salud en ecuador. *Revista Asociación Latinoamericana de Ciencias Neutrosóficas*, 19, 01-12.

- <https://fs.unm.edu/NCML2/index.php/112/article/view/176>
- Guarín, C. (2015). *El sistema de defensa judicial del estado colombiano y su incidencia en la creciente litigiosidad* [Trabajo de grado posgrado, Universidad Militar Nueva Granada]. RI UMNG. <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/6233>
- Güecha Medina, C. N. (2012). La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado. *Prolegómenos*, 15(29), 95–109. <https://doi.org/10.18359/prole.2371>
- Guerra, D. L., & Pabón, L. D. (2020). Estado del arte de la responsabilidad extracontractual del estado y sus elementos en Colombia. *Revista espacios*, 41(8), 29-42. <https://revistaespacios.com/a20v41n08/20410829.html>
- Henao, J. C. (2007). *El daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.
- Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de la oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Nader, R. F. (2010). Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia. *Advocatus*, (15). <https://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/144>
- Policía Nacional, (s.f.). *Misión, visión, mega, valores, principios y funciones*. <https://www.policia.gov.co/mision-vision-mega-principios-valores-funciones>
- Zamora, A. (2021). *Reparación integral de víctimas de artefactos explosivos (map- muse) a partir del control de convencionalidad desarrollado por la sección tercera del consejo de estado entre los años 2011 y 2021* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio Institucional Biblioteca Digital Externadista. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/f24f53e7-3bc3-47d7-b013-40bb225b8c2f>

Falsas ciencias y su regulación en Colombia

*Nicolas Aguilar Perez*¹
*Swamy Valentina Castro Jimenez*²
*Ramsés López Santamaría*³

Resumen

Haciendo parte de los derechos humanos, el derecho a la vida, es fundamental, como lo dice la constitución del 91 y debe ser protegido en todos los aspectos. En el presente escrito pretende reflejar un problema que afecta a la salud pública y por consiguiente el derecho a la vida.

El peligro que puede representar la ausencia del conocimiento y la aplicación de leyes que regulen el uso de falsas ciencias que afecten la salud pública.

Se propone en este capítulo implementar estrategias y proyectos que ayuden a determinar las regulaciones y prohibiciones claras para la pseudociencia como el uso de medios de comunicación comunitarios que ayuden a combatir la desinformación; la cual es una fuente que se encarga de difundir esta clase de

¹ Estudiante del programa de derecho adscrito a la facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo de contacto: nicolas.aguilar.p@uniautonomia.edu.co

² Estudiante del programa de derecho adscrito a la facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo de contacto: swamy.castro.j@uniautonomia.edu.co

³ Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co.

supuestos "métodos científicos", adicional a esto, es importante poder crear medios comunitarios que ayuden a difundir información sobre el peligro que representan estas falsas prácticas.

Introducción

El ejercicio de identificación de aspectos relacionados con la temática que tiene como propósito plantear el alcance sobre la ausencia de leyes que regulen el uso de pseudociencias que afectan la salud pública advierte la necesidad de implementación de reflexiones y análisis que en este caso pueden servir para abordarla en el contexto escogido ya que existen personas que se les vulnera el derecho a la salud a falta de estos conocimientos.

El mencionado tema, ha sido abordado por autores de gran importancia pero que en el campo del derecho tienen muy poca conexidad, ya que es un tema que se ha desarrollado en la última década, pero las reflexiones sobre el alcance que la temática propuesta tiene relación con la población o el sujeto escogido de estudio son de máxima importancia para todos.

Según la anterior, se puede advertir que en el caso internacional existen autores como Michael Shermer que indican al respecto un análisis de sus credos y métodos, que desmonta pieza a pieza, aplicando nada más que el pensamiento científico.

Ahora bien, entendido el contexto desde el cual la doctrina advierte cuál es el propósito de la temática planteada en Colombia, la presente investigación se orienta a resolver el problema que tiene como fin descubrir la importancia que tiene este tema el cual es desconocido actualmente en el siglo XXI, teniendo en cuenta que, por ser este desconocido por la sociedad, no se sabe cómo actuar realmente frente a un caso de esta magnitud.

Entendido el problema de investigación, el mismo será abordado, resuelto, desarrollado desde una perspectiva de la reflexión usando para ello el método que sería interesante aplicarlo para la investigación y es el cuantitativo, apoyado por el análisis documental, ambos serán muy útiles a la hora de argumentar y recopilar información.

El análisis cuantitativo y el análisis documental tienen relación con la propuesta mencionada ya que el cuantitativo se enfoca en la Recolección de datos, que

implica elaborar un plan detallado de procedimientos que nos conduzcan a reunir datos con un propósito específico; y el análisis documental como su nombre lo indica es enfocarse en todo lo que tiene que ver con la búsqueda de este como, por ejemplo, artículos, libros, conferencias, simposios, sitios web, empresas, asociaciones industriales y de diversos servicios (por ejemplo, directorios de empresas que se dedican a cuestiones de recursos humanos, mercadotecnia y publicidad, opinión pública, etc.)

Las falsas medicinas y cómo afecta su aplicación sin regulaciones efectivas en la sociedad

Existen diferentes métodos y medicinas que prometen curas para diferentes tipos de enfermedades o lesiones, se difunden efectivas sin estar científicamente comprobadas, muchas de estas medicinas se venden en masa y en Colombia no existe la rigurosidad pertinente para determinar si es correcto que todos estos medicamentos estén en el mercado.

Ahora, ¿cómo afecta esto a la sociedad?, las enfermedades y lesiones que limitan a las personas son muy comunes, lo que los lleva a tomar decisiones infundadas que podrían poner en peligro su vida con el afán de mejorar su salud. El tomar una decisión define muchos aspectos de la vida y el hecho la desinformación es el primer paso a una decisión infundada. Entonces, al tomar una decisión son necesarios ciertos criterios, como la información, la razón y la experiencia, estos aspectos son los que influyen en la toma de decisiones, en caso de faltar todos estos aspectos, Significa que la probabilidad de falsedad sea muy alta, la ignorancia en estos caso podría ser fatal, las decisiones respecto a la salud no pueden ser tomadas desde la incertidumbre, así que la pseudociencia es falsedad y la correcta toma de decisiones es importante para evitar caer en ella.

Ahora bien, hoy en día existen tratamientos para las diversas enfermedades que existen en la actualidad esto implica que la industria de los medicamentos tenga varias opciones para “ofrecer tratamientos” pero siendo esto así, por qué dar medicamentos que no estén registrados en el INVIMA y jugar con la salud de las personas no siendo suficiente poniendo en riesgo su vida.

Claramente al no tener información suficiente para tomar una decisión se vulnera el derecho a la dignidad humana, ya que, la capacidad de autodeterminación de las personas se ve afectada en el entendido de que no se tiene conocimiento

certero sobre la idoneidad de los medicamentos que se están adquiriendo, para así determinar si es conveniente. Esto indica que no se es consciente de las consecuencias de las decisiones tomadas sin la información, privando a las personas del libre albedrío, los tres criterios mencionados anteriormente son esenciales para el entorno social, es lo que se necesita para que las personas se desenvuelvan correctamente con otras, tanto en el campo de la salud, como en muchos otros aspectos sociales que involucran el comercio, administración, relaciones íntimas, etc.

La falta de rigor en la generación del conocimiento científico, que permite que la pseudociencia se perpetúe y se confunda con la ciencia, puede atribuirse a varios factores, uno de ellos es la presencia de incentivos que pueden pervertir la investigación científica, donde se priorizan los objetivos intermedios sin considerar la calidad de los resultados. (Lifshitz, 2017). Esto puede llevar a la generación de estudios pseudocientíficos que carecen de rigurosidad metodológica y evidencia científica sólida. (Lifshitz, 2017) Además, la falta de capacidad de discernimiento por parte de los lectores también contribuye a la perpetuación de la pseudociencia. Muchas personas no tienen los atributos cognitivos y metodológicos necesarios para distinguir entre la ciencia y la pseudociencia, lo que permite que las afirmaciones pseudocientíficas sean tomadas como verdaderas. (Lifshitz, 2017)

Asimismo, existen casos en los que investigadores reconocidos basan su prestigio en simulaciones y no en investigaciones científicas rigurosas. Esto puede permitir que la pseudociencia se infiltre en el ámbito científico y se confunda con la verdadera ciencia. En resumen, la falta de rigor en la generación del conocimiento científico puede permitir que la pseudociencia se perpetúe y se confunda con la ciencia debido a los incentivos distorsionados, la falta de discernimiento de los lectores y la presencia de investigadores que no cumplen con los estándares de calidad científica (Lifshitz, 2017).

El impacto de las falsas ciencias en la sociedad, particularmente en el campo de la medicina

Las pseudociencias representan un problema social, ya que son creencias y prácticas no científicas que reclaman un estatus científico y que a menudo resultan perjudiciales. En el área de la salud, por ejemplo, existen manifestaciones “curanderos” que van desde la sanación del cáncer hasta dietas

o terapias milagrosas, sin contar con ningún respaldo científico que las valide. Esto ha llevado a un aumento en el número de personas que recurren a estas pseudociencias para abordar problemas de su vida cotidiana.

Teniendo en cuenta de que tenemos varias alternativas de ‘curación’ en caso de alguna enfermedad, claramente como personas autónomas son claras las decisiones, entonces es aquí la importancia del ¿por qué las personas teniendo autoridad sobre sus decisiones prefieren acudir a atenciones prioritarias? Bueno, aquí la salud y la atención juegan un rol muy importante pues las personas acuden a atenciones ‘preferenciales’ por urgencia y más si se habla de enfermedades graves que necesiten de una atención casi que inmediata en donde está en juego la vida del paciente y demás, entonces es ahí donde se toma conciencia de que la atención en la ciudad no es la mejor y de que también que la atención prioritaria brinda servicios de calidad y son más eficientes que una EPS pasan las horas o hasta incluso días sin obtener razón de lo que sucede o sin ningún tipo de atención, entonces es aquí una clara respuesta del daño que le causan a las personas pues no se imaginan a veces la gravedad y realmente la necesidad con la que las personas acuden a estos servicios.

Ahora bien en el tema de horarios es inevitable que en cualquier momento puede pasar cualquier tipo de situación que pone en riesgo nuestra vida o no yéndonos tan lejos las enfermedades llegan por si solas en cualquier momento, teniendo en cuenta esto las atenciones prioritarias suelen estar veinticuatro horas los siete días de la semana lo que hace más accesible en los momentos de necesidad, mientras que las EPS suelen mantener horarios más limitados y controlados; entonces, es aquí donde sigue prevaleciendo las atenciones prioritarias y más si han tenido alguna inconformidad o malas experiencias previas en su EPS.

Para acceder a ciertos servicios médicos a través de una EPS, a veces es necesario pasar por procesos de autorización y trámites que pueden demorar, lo que lleva a personas a optar por atenciones prioritarias para una atención inmediata, pero bueno aquí se habla de las personas que se pueden dar el “lujo” pero que sucede con las personas que no tienen esta facilidad pero que sin embargo también son seres humanos, con enfermedades que se pueden manejar como otras que son mortales, la disparidad en el acceso a la atención médica es una cuestión compleja y controvertida que involucra factores económicos, sociales y éticos entonces es aquí donde se da una desigualdad en el acceso a la salud, siempre y cuando este tema siempre sea debatido hasta obtener un resultado que valga la pena, pues este es un derecho que tenemos por el hecho de ser seres humanos y la igualdad al acceso a la salud es un principio muy importante y que las personas

que no tienen esta facilidad deben tener esta misma oportunidad de recibir atención médica de calidad al igual que aquellas con mayores ingresos.

Otro tema importante es lo que conocemos como las experiencias personales, entonces estas experiencias pueden influir desde cómo las personas perciben la atención de la calidad médica algunas personas pueden tener experiencias positivas con sus atenciones en sus EPS y esto es lo que les brinda la confianza de continuar con estos servicios, y en caso de las que no han tenido experiencias positivas se vuelve un tema más complejo de desconfianza un ejemplo sería “una persona acude a una consulta médica con síntomas alarmantes y preocupantes como dolor al pecho y falta de aliento en la cita de su EPS el médico no le presta la suficiente atención y tampoco hace preguntas para poder comprender un poco mejor la situación, a pesar de sus síntomas de dolor al pecho no procede a enviar exámenes cardíacos o algo al respecto, tampoco le brinda la confianza al paciente de lo que procede ni le explica su diagnóstico y esto genera confusión y ansiedad en el paciente” este es un claro ejemplo en donde vemos la deficiencia que brinda este médico debido a la falta de escuchar a sus pacientes, comunicación y empatía por parte del profesional de la salud y es aquí donde vemos la mala calidad de atención medica puede tener consecuencias en el paciente como, desconfianza, ansiedad y angustia y es aquí donde se resalta la gran importancia de una atención médica que sea cuidadosa y centrada en el paciente, para poderlos hacer sentir seguros del servicio que le están brindando, la comunicación médico paciente es un papel fundamental que puede influir en las experiencias personales de cada paciente una buena comunicación, en la que los médicos escuchan a sus pacientes y responden a sus preguntas generan puntos positivos en las experiencias de los pacientes.

La necesidad de una mayor divulgación científica

Se debe destacar la importancia de una mayor divulgación científica como una forma de contrarrestar el impacto de la pseudociencia en la sociedad. Los autores Jesús A. Valero-Matas y Carlos Andrés Muñoz Sandoval, mencionan que los medios de comunicación desempeñan un papel crucial en la divulgación científica, pero también se señala que a menudo los medios pueden contribuir a la proliferación de las pseudociencias a través de la difusión de información no respaldada científicamente. Por lo tanto, se enfatiza la necesidad de una divulgación científica rigurosa y precisa para educar a la sociedad sobre los fundamentos y los métodos de la ciencia, y así fomentar un pensamiento crítico

y una toma de decisiones informadas. Las pseudociencias han logrado impresionar a la gente a lo largo de la historia a pesar de que sus remedios eran ineficaces debido a varios factores. Un factor es el uso de anécdotas, que pueden crear la ilusión de éxito a través del efecto placebo o la tendencia natural de ciertas enfermedades a resolverse por sí solas (Lifshitz, 2017).

Además, las pseudociencias a menudo se promocionan como "naturales" y "no tóxicas", lo que puede atraer a personas que buscan tratamientos alternativos o complementarios. Las pseudociencias pueden beneficiarse de estrategias publicitarias o de marketing que destaquen ciertos indicadores de credibilidad, incluso si no resisten un análisis científico riguroso. (Lifshitz, 2017)

Estos factores contribuyen a la continua popularidad y creencia en las pseudociencias, a pesar de su falta de validez científica. La publicidad y el marketing que destacan indicadores de credibilidad, aunque no sean respaldados por un análisis científico riguroso, pueden tener un impacto negativo en la salud pública. Esto se debe a que estas estrategias pueden promover y difundir pseudociencias y remedios ineficaces, lo que lleva a que las personas confíen en tratamientos que no han sido respaldados por evidencia científica sólida. (Lifshitz, 2017)

Esto puede tener consecuencias graves, ya que las personas pueden optar por tratamientos pseudocientíficos en lugar de buscar atención médica adecuada y basada en evidencia. Esto puede retrasar el diagnóstico y tratamiento adecuado de enfermedades, lo que puede empeorar la condición de los pacientes y poner en riesgo su salud. Además, la promoción de pseudociencias puede generar falsas expectativas y esperanzas en las personas, lo que puede llevar a la pérdida de tiempo, dinero y recursos en tratamientos ineficaces. Esto puede afectar negativamente la salud económica y emocional de las personas, así como la confianza en la medicina y la ciencia en general. (Lifshitz, 2017)

En resumen, la publicidad y el marketing que destacan indicadores de credibilidad sin respaldo científico riguroso pueden contribuir a la difusión de pseudociencias y remedios ineficaces, lo que tiene un impacto negativo en la salud pública al promover tratamientos no respaldados por evidencia científica y desviar a las personas de la atención médica adecuada.

Las celebridades han desempeñado un papel decisivo en la promoción de dudosas curas milagrosas

Desesperados por ganar fama y dinero, algunas celebridades están dispuestas a promocionar todo tipo de productos, incluso si ponen en peligro la salud de las personas. Un ejemplo a la actriz Suzanne Somers. Ella jugó un papel importante en la promoción de una forma de terapia hormonal profundamente problemática. Después de recuperarse del cáncer de mama, Somers se sometió a un régimen de hormonas "bioidénticas" y suplementos dietéticos. Lo que ella no sabía era que estas hormonas supuestamente naturales eran en realidad hormonas convencionales diseñadas en una fábrica alemana (Do you Believe in Magic, 2013).

Somers pronto comenzó a promover el mismo régimen entre otras mujeres menopáusicas, afirmando haber descubierto el elixir de la juventud (mientras tanto, se inyectaba Botox en la cara con regularidad). Las inyecciones de hormonas que ella recomendaba tenían todos los efectos secundarios comunes de las terapias de reemplazo hormonal: enfermedades cardíacas, coágulos sanguíneos y cáncer. .

De manera similar, la modelo Playboy Jenny McCarthy promovió un polémico tratamiento para el autismo. Cuando a su hijo le diagnosticaron autismo, McCarthy buscó desesperadamente atención alternativa. Así fue como conoció a Jerry Kartzinel, un médico de Defeat Autism Now, un controvertido programa del Instituto de Investigación del Autismo, culpó a las vacunas de causar autismo.

“¿McCarthy se alineó con DAN! y se unió a la cruzada del grupo. Es debido a sus campañas que muchos padres desconfiaron de la vacunación. Como resultado, hoy en día menos personas están adecuadamente inmunizadas. Sólo en los últimos años, los estadounidenses han sido testigos de un aumento de muertes entre recién nacidos por enfermedades como la tos ferina. (Do you Believe in Magic, 2013)”

“Por supuesto, muchos todavía admiran a las celebridades y tienden a confiar en sus testimonios, pero cuidado: ¡una estrella en el Paseo de la Fama no te convierte en un experto en salud! (Do you Believe in Magic, 2013)”

La creciente difusión de la pseudociencia, especialmente cuando es promovida por científicos respetados

La propagación de ideas pseudocientíficas que se presentan como si fueran científicas, pero que a menudo carecen de una base sólida en la evidencia científica y pueden incluir especulaciones metafísicas. Este problema se agrava porque, en muchos casos, estas ideas se presentan en obras divulgativas accesibles al público en general. Esta pseudociencia puede ser perjudicial porque crea confusión en el público y puede afectar la salud mental de las personas. La falta de claridad en la distinción entre la ciencia genuina y la pseudociencia puede llevar a la ansiedad y el estrés, ya que el público se enfrenta a la difícil tarea de discernir qué afirmaciones son respaldadas por evidencia científica sólida y cuáles no. Cuando una persona reconocida en el ámbito médico y científico, promociona falsas ciencias, las personas confían totalmente en su criterio, así que esta desinformación causaría un gran problema de salud pública. Lo más notorio que podría suceder si un miembro reconocido de la comunidad científica difunde pseudociencia es lo siguiente

Pérdida de confianza en la comunidad científica: La promoción de pseudociencia por parte de un científico respetado puede erosionar la confianza del público en la comunidad científica en su conjunto. Los científicos a menudo se consideran autoridades en sus campos, por lo que cuando uno de ellos respalda ideas pseudocientíficas, puede llevar a que el público cuestione la integridad y credibilidad de la ciencia en general.

Confusión pública: La promoción de pseudociencia por científicos reconocidos puede generar confusión en el público. Las personas pueden tener dificultades para distinguir entre afirmaciones científicamente respaldadas y afirmaciones infundadas. Esto puede llevar a la toma de decisiones erróneas en áreas como la salud, la seguridad y el medio ambiente.

Desinformación: La difusión de pseudociencia por científicos respetados contribuye a la desinformación. Esto puede ser especialmente problemático en temas críticos, como la salud, donde las decisiones basadas en pseudociencia pueden tener consecuencias negativas para la salud de las personas.

Deterioro de la reputación del científico: La promoción de pseudociencia puede dañar la reputación del científico en cuestión. Aunque puede tener seguidores

entre aquellos que comparten sus creencias pseudocientíficas, es probable que pierda el respeto y el reconocimiento de sus colegas en la comunidad científica.

Dificultades para el avance de la ciencia: Cuando los científicos promueven ideas pseudocientíficas, puede dificultar el avance de la ciencia real. Puede llevar a que se destinen recursos y atención a investigaciones que carecen de fundamento, en lugar de centrarse en investigaciones legítimas y basadas en evidencia.

El detrimento patrimonial de las personas que acuden a las falsas ciencias mediante engaños

Existe cierta estima por los medicamentos naturistas, clínicas que tratan a sus pacientes con este tipo de métodos, puede que algunos sean efectivos, porque muchas personas deciden acudir a estas clínicas antes que, a los servicios de salud de las EPS. Ahora, ¿qué problema representa esto?, sabiendo que existe cierta cultura alrededor del uso de estos métodos, algunas personas lo ven como una oportunidad de negocio en potencia, sin importarles la responsabilidad que esto conlleva, al proveer medicamentos que no han sido aprobados por la ciencia.

Esto conlleva a un detrimento patrimonial porque la promesa de una cura o mejoría siempre es tentadora, así que las personas llegan a pagar cualquier precio con tal de mejorar su calidad de vida, por volver a sentirse “normales” o por volver a hacer cosas que ahora sus condiciones no lo permiten, como volver a caminar, bailar, cantar, conducir, practicar cualquier tipo de deporte, todo eso es frustrante, y el negocio de estas personas es el sufrimiento, así que cobrarán cantidades considerables que las personas pagaran sin dudar, y a cambio no recibir resultados, solo promesas sin fundamentos reales.

Análisis Jurisprudencial, específicamente en el campo de los medicamentos no aprobados por el INVIMA o tratamientos de medicina alternativa que no incluye el POS y lo que esto implica para la salud pública

En cuanto al desarrollo jurisprudencial referente al derecho a la salud y la vida en condiciones dignas de las personas se han identificado diversas sentencias que

nos hablan sobre la vulneración de estos derechos cuando no se suministran medicamentos que no han sido aprobados por el INVIMA o no están en el plan del POS, entre esa jurisprudencia quiero destacar la T-105 de Marzo 25 de 2015 proferida por la corte constitucional sala quinta de revisión, la cual nos plantea precisamente este problema jurídico. (Corte Constitucional de Colombia, 2015, Sentencia T-105/15)

En este caso, la sentencia advierte que, si existe una vulneración al derecho a la salud y la vida digna, ya que, al no suministrar los medicamentos recomendados por el médico tratante, argumentando que no están aprobados por el Invima ni incluidos en el pos, cuando la única forma de controvertir a un médico es por medio de argumentos científicos y clínicos que desvirtúen su valoración, en consecuencia, se vulneran los derechos por omisión, por el hecho de que se advierte una posibilidad presumiblemente efectiva.

Es cierto que puede que existan múltiples medicamentos que no están aprobados por el INVIMA que son efectivos, pero no todos lo son, así que entramos en una paradoja, donde al no ser suministrados afectamos sus derechos fundamentales, pero también existe la posibilidad de que al suministrarlos se cause un daño a las personas, entonces también se afectarían sus derechos.

Tratamientos de medicina alternativa, ¿se vulneran los derechos al no suministrar este tipo de tratamientos?

Se vulneran los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la salud y la seguridad social de una persona cuando la EPS niega el suministro de un tratamiento de medicina alternativa formulado por el médico tratante por estar excluido del POS, y se explica que aunque para el caso de los tratamientos de medicina alternativa, estos única y exclusivamente pueden ser considerados dentro del POS una vez aprobada y evaluada su eficacia, si la infraestructura paulatina que se consolide permite ampliar la actividad de las EPS a servicios de este tipo (Corte Constitucional de Colombia, 2010,T-654/10).

En este orden de ideas, el comité técnico científico solamente puede negar la autorización de un servicio No-POS, cuando se sustenta en una opinión médica sólida que fundamente la posición contraria a la del médico tratante. Al no ser de esta forma, prevalecerá el criterio de este, quien es profesional en la materia y

tiene contacto directo y cercano con la realidad clínica del paciente. (Corte Constitucional de Colombia, 2010, T-654/10).

Conexidad de mayor importancia entre la sentencia T-654 de 2010 y T-105 de 2015

En ambas sentencias se habla de la importancia que tienen las pruebas científicas y clínicas para la aprobación de los medicamentos y tratamientos médicos alternativos, se advierte que será la única forma de controvertir la orden del médico tratante, esto, para poder asegurar su efectividad y que al suministrarle estos tratamientos al paciente su vida no corre peligro.

En la sentencia T-1 de enero 15 de 2018 la corte reitera que cuando la entidad accionada omite la obligación de comprobar los siguientes requisitos: (i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico. (ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal. (iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan. (iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo, vulnera el derecho a la salud. (Corte Constitucional de Colombia, 2018, T-1, 2018)

En ese orden de ideas, se plantea el procedimiento correcto en estos casos, pero ¿qué pasa cuando el médico tratante no es de una EPS y sus órdenes se basan en medicina alternativa no comprobada?; los derechos fundamentales están claramente vulnerados, no se tiene la rigurosidad de verificación necesaria para comprobar la efectividad de la medicina alternativa.

El daño y la responsabilidad de las instituciones o entidades prestadoras de servicios de salud

Claro que la sociedad actual depende totalmente del servicio de salud que se pueda prestar en cada país, son los encargados de salvaguardar la vida y extenderla lo máximo posible, ofrecen posibilidades de supervivencia que en el pasado no existían, y eso ha imbuido de responsabilidades. Esta carga de

responsabilidad los obliga a tener ciertos conceptos éticos y morales, ya que de ellos depende la vida de muchas personas. Ahora bien, esto implica que, por la incorrecta prestación de un servicio de salud, se pueda dar un daño, el cual genera perjuicios que deben ser reparados. La divulgación y uso de falsas ciencias que prometen curas que no han sido probadas científicamente en pro del ánimo de lucro es una falta grave a la profesionalidad y a la responsabilidad que se les ha atribuido como profesionales de la salud, por ello, insisto en que es un campo que le hace falta regulación.

Régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad en el caso en cuestión

Es importante definir bajo qué régimen de responsabilidad se va a regular esta situación, ¿es correcto afirmar que será bajo el régimen subjetivo u objetivo?, En materia de las falsas ciencias en el servicio de salud, a quien se le debe atribuir la responsabilidad, es a quien presta el servicio, ya sean entidades públicas o privadas.

Cuando hablamos del régimen subjetivo de responsabilidad, se entiende como el deber de reparar el perjuicio producto de la culpa. Es decir, quien actúa negligentemente o sin pericia, esto de acuerdo al artículo 2341 del código civil. De primeras, parece ser el tipo de responsabilidad que buscamos, pero los casos no son de una única clase, debemos preguntarnos más haya, a partir de conceptos, ¿que una persona le cause un daño a otra a sabiendas de sus actos es un acto negligente?, la definición de negligencia según la rae sería la siguiente: “Descuido, falta de cuidado”, así que esto aplicaría, por ejemplo, en el caso de que una persona se dedique a tratar enfermedades haciendo uso de métodos de los cuales desconoce sus riesgos, lo cual sería una gran evidencia de falta de responsabilidad con los pacientes y una vulneración clara al derecho a la información veraz.

EL régimen objetivo, en cambio es aquel escenario de responsabilidad en el cual, el victimario genera un perjuicio producto de una actividad riesgosa o peligrosa y el código civil plantea lo siguiente en su artículo 2356: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, ambas definiciones son correctas para abarcar la generalidad del problema, las falsas ciencias aplicadas en seres humanos son una actividad riesgosa o peligrosa, y si además, al ser consciente de ello, su aplicación no cesa, también es un acto malicioso

La responsabilidad general de todas las entidades que prestan un servicio de salud

Esta responsabilidad es algo fundamental que sustenta y que mantiene en pie las relaciones entre las entidades de salud médico-paciente es importante mirar esta parte del compromiso que tienen las entidades hacia la comunidad.

Es muy importante el hecho de proporcionar una atención médica de calidad segura y accesible a los pacientes, esto implica brindar un buen cuidado médico y oportuno de acuerdo a las necesidades de cada uno es importante recalcar esto por qué cómo se ha mencionado anteriormente no todos tienen las mismas calidades de vida para unos es un poco más complicado el hecho de tener una vida digna, ahora bien las personas que adquieren los servicios de salud siempre son personas que confían en el trabajo de los médicos profesionales y para ello se tiene que brindar lo mismo una seguridad en donde se garantice todas las medidas necesarias para prevenir algún tipo de error como “infecciones” o algo que ponga en duda la seguridad médico-paciente y de los servicios que se brindan. También a Ética y la confidencialidad son dos aspectos importantes fundamentales pero no hablaremos de ética a nivel general, aquí hablaremos de una ética más profunda en temas de salud, conocida como la ética médica, los médicos y demás funcionarios de la salud tienen sus Principios y normas Morales que guían el comportamiento Y las decisiones que estos funcionarios puedan tomar, Lo que implica que a la hora de dar un veredicto con un paciente tienen que mirar la mejor opción y que prevalezca el beneficio hacia el paciente.

Al abordar la pseudociencia en el contexto de la ética en la atención médica, se enfatiza la importancia de proporcionar tratamientos basados en evidencia y de proteger a los pacientes de prácticas que carecen de fundamentos científicos sólidos. Esto es esencial para garantizar la integridad de la atención médica y la confianza de los pacientes en el sistema de salud. Teniendo en cuenta lo anterior, también un papel muy importante lo juega el hecho de no hacerle daño al paciente Y de poder brindarle siempre lo mejor, evitar cualquier tipo de acción que pueda poner en riesgo la vida del paciente incluyendo la psicología con la que pueden hacer creer a sus pacientes de que están bien cuando en realidad no lo están.

Entonces esto es claramente un acto inapropiado y muy poco ético de parte de los personales de salud aparte muy deshonestos, ¿pero se han puesto a mirar el daño que pueden causarles a las personas con este simple hecho? De ocultarles información personal, Esta conducta viola principios éticos fundamentales de la

profesión médica, como la veracidad y la beneficencia. Los médicos tienen el deber ético de actuar en beneficio de sus pacientes y de proporcionar información precisa.

En pocas palabras, el comportamiento de los médicos que manipulan la psicología de los pacientes con el fin de hacer que se sientan mejor cuando en realidad no lo están es inaceptable y va en contra de los principios éticos de la atención médica. Los pacientes deben ser tratados con respeto, honestidad y con el objetivo de mejorar su salud de manera efectiva y ética. Si un paciente tiene preocupaciones sobre la conducta de su médico, es importante buscar una segunda opinión médica o hablar con un supervisor o un órgano regulador apropiado. Algo importante para todos los seres humanos y como responsabilidad de las entidades, vendría siendo que Todas las personas tengan la capacidad de obtener el servicio a la salud sin ningún obstáculo, garantizar la accesibilidad en la atención médica es esencial para promover la equidad y la justicia en el sistema de salud. Las entidades de salud y los gobiernos deben trabajar juntos para eliminar los obstáculos que dificultan el acceso a la atención médica y asegurarse de que todos tengan la oportunidad de recibir el cuidado que necesitan.

¿Se debe declarar la responsabilidad del estado a título de falla en el servicio por el uso de falsas ciencias qué puedan causar secuelas, lesiones o incluso la muerte a las personas?

Es esencial el hecho de que exista un responsable ante las fallas del servicio y más si se está usando las falsas ciencias y que pueden afectar o incluso matar al paciente Y que exista la garantía de qué le brinden al paciente cualquier tipo de recompensa o garantía que se presente frente a situaciones negativas que se puedan presentar, entonces siendo este un tema tan delicado de tratar, ya que son varios casos positivos y negativos.

En general, se espera que el Estado proporcione servicios y regulaciones adecuadas para proteger la salud y seguridad de sus ciudadanos. Si el Estado promueve o permite la difusión de información falsa que resulta en daño a las personas, podría dar lugar a demandas por "falla en el servicio" en algunas jurisdicciones.

Un ejemplo claro de un caso positivo Un tribunal podría determinar que el Estado es responsable si promueve tratamientos médicos basados en pseudociencias que resultan en daños a los pacientes, y se demuestra que no se realizaron controles adecuados para evitarlo y en caso positivo La responsabilidad del Estado podría ser más difícil de establecer si se argumenta que la información falsa fue difundida por terceros y no por el Estado directamente. La falta de regulaciones claras en ciertas áreas puede hacer que sea complicado establecer que hubo una "falla en el servicio" específica por parte del Estado.

Derechos y deberes de los consumidores

El sistema legal colombiano Contó en su momento con el Decreto Ley 3466 de 1982, norma que, para la época, regulaba de forma general la mayoría de los aspectos relevantes de una relación de consumo, entre ellos, la información, idoneidad, calidad, garantías, marcas, leyendas, propagandas, fijación pública de precios de bienes y servicios, y la responsabilidad de los expendedores y proveedores (Superintendencia de industria y comercio, 2017).

Derecho a recibir productos de calidad

El artículo 3º numeral 1.1 de la Ley 1480 de 2011, define este derecho como la prerrogativa que tiene todo consumidor y usuario a recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado. Comoquiera que este derecho está ampliamente ligado con las garantías, y en ella se ven implícitos conceptos tales como la idoneidad, seguridad y el adecuado aprovisionamiento, se hace necesario remitirnos a tales, para definir este derecho. (Superintendencia de industria y comercio, 2017).

Pues bien, al verificar la definición de calidad contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, se tiene por tal, como la “Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor”, definición muy similar a la que fue acogida en su momento por el literal f) del artículo 1 del Decreto Ley 3466 de 1982, que contemplaba la calidad como:

“El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos

que ese nivel de contaminación puede producir”. (Superintendencia de industria y comercio, 2017)

Actualmente, el numeral 1° del artículo 5° del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) define la calidad como la “Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”.

Vista esa definición, pueden deducirse dos componentes que integran la calidad, de un lado, el cumplimiento de las características inherentes al producto o servicio y, de otro, la información que se suministre sobre el producto. (Superintendencia de industria y comercio, 2017).

Conclusión

En el caso de la descripción del problema jurídico planteado al inicio del presente trabajo de investigación y una vez asumido el reto del análisis doctrinal y jurisprudencial, es posible advertir que, se confirma la tesis sobre la existencia de un problema de salud pública respecto a la falsedad en medicamentos y tratamientos médicos, teniendo en cuanto para ello el uso de las sentencias, autores, doctrina, referencias y análisis, sobre las cuales se soporta la propuesta de comprensión del mencionado problema.

En ese orden de ideas, la tesis debe ser entendida de la siguiente manera: Si existe un problema de salud pública en cuanto a la falsedad de tratamientos y medicamentos, lo cual claramente vulnera nuestros derechos a la vida, a la salud, la dignidad humana y la seguridad social, las ordenes medicas sin fundamento no pueden seguir operando sin regulación rigurosa alguna, ya sea que haya sido ordenada por un médico titulado o no, los seres humanos se equivocan, un título no puede darte la razón absoluta, cuando se trata de la vida de las personas, la verificación es primordial.

Con esto se puede advertir que para el caso particular es posible sostener como respuesta al problema el uso de medios comunitarios de información que ayuden a dar a conocer cuáles son estas falsas ciencias, que la aprobación de medicamentos y tratamientos médicos sea más rigurosa, no solo para las EPS, sino también para todos los que presten un servicio de salud, incluidas las farmacias, leyes que determinen la mejor manera de regular y vigilar estas entidades, además de sancionar a quienes comercian con productos que pueden

ser perjudiciales para la salud pública, y aunque no sean dañinos, la venta de productos que no se verifica su eficacia, también deben sancionarse porque es lucrarse a costa de las personas enfermas o lesionadas permanentemente.

Por último, el análisis documental ha sido de vital importancia, al esclarecer el problema las soluciones pueden ser evidentes, el análisis jurisprudencial dio cuenta de la falta de rigurosidad en cuanto a la aprobación de los tratamientos y medicamentos, puede que el aplicarlo sea una tarea difícil de primeras, ahora en plena era de la comunicación, si se usa correctamente, el cómo advertir a las personas sobre las falsas ciencias no será tarea imposible, ya que existen diversas plataformas de comunicación.

Referencias citadas

- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-154/10.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-154-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-105/15.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-105-15.htm>
- Lifshitz, A. (2017). La pseudociencia y los falsos investigadores. *Medicina interna de México*, 33(4), 439-441. Recuperado en 01 de diciembre de 2023, de
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-48662017000400439&lng=es&tlng=es
- Shermer, M. (2008). Por qué la gente cree cosas raras: pseudociencia, superstición y otras confusiones de nuestro tiempo. Alba.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). Protección al consumidor en Colombia.
[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Pu a_julio27_201](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Pu_a_julio27_201)
- Valero-Matas, J. A., & Muñoz Sandoval, C. A. (2017). Las pseudociencias como problema social en la era tecnocientífica. Un recorrido por la ciencia y sus enemigos dentro y fuera. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, (75), 8-34.

Desafíos de la inclusión social en Colombia: explorando el racismo y la discriminación desde una perspectiva socio-jurídica

Solangi Reyes Sevillano¹
Angela Yaleth Murillo Ibarguen²
Ramsés López Santamaría³

Resumen

Lo que se busca al abordar el tema del racismo, es comprender desde una perspectiva socio-jurídica, cómo la baja implementación de las leyes y las estructuras sociales pueden perpetuar la discriminación racial, esta perspectiva permite un enfoque integral que combina la legislación con esfuerzos para cambiar las actitudes, la educación y las políticas públicas. Se espera hacer un aporte positivo para la comunidad Negra, Afrocolombiana, Raizal y Palenquera, respecto de las leyes que en la actualidad están para salvaguardar sus derechos.

¹ Estudiante del programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. solangi.reyes.s@uniautonomia.edu.co

² Estudiante del programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. angela.murillo.i@uniautonomia.edu.co

³ Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co.

En Colombia, el racismo, es un fenómeno que continúa vigente, la violencia, exclusión social y la vulneración de derechos debido al color de piel es algo que los afrocolombianos siguen viviendo en la cotidianidad, generando un impacto social y psicológico negativo en la sociedad y efectos destructivos para quienes lo enfrentan. La erradicación del racismo es un objetivo que requiere el compromiso de la sociedad en su conjunto.

Introducción

El propósito de esta investigación radica en la necesidad de estudiar y analizar aspectos relacionados con la aplicación de la norma en casos de racismo en Colombia, como un problema social y estructural, que producen resultados adversos o dificultades a una población en específico en razón de su color de piel, origen, cultura, vestimenta etc.

El racismo, ha sido abordado por autores de gran importancia en el campo del derecho y partiendo del estudio de la norma como Francisco Panqueaba Cifuentes y Leidy Angélica Aguilera Martínez en el artículo “paradojas del multiculturalismo racista en Colombia” se especifica que el racismo se presenta en todo tipo de espacios, según el desarrollo de investigaciones en los últimos ocho años.

Ahora bien, entendido el contexto desde el cual los estudiosos de la norma dan a conocer que el racismo en Colombia es una problemática que no es prioritaria, pero existe, razón por la cual se pretende resolver el problema que tiene como fin, tener una comprensión profunda sobre la aplicación de la norma en casos de racismo y encontrar soluciones frente a los diferentes desafíos que presentan o que existen.

La investigación se realizará mediante el enfoque mixto ya que se busca conocer conforme a la pregunta planteada, ¿Cuáles son los factores que contribuyen a la baja efectividad de la norma en los casos de discriminación racial hacia la comunidad afrocolombiana en los años que van desde 2015 hasta 2022 y que desafíos enfrenta esta población en su lucha contra el racismo en todas sus formas? Para lo que se debe recopilar jurisprudencias de casos donde se evidencie que hubo racismo o estudio documental con respecto al tema. Además, realizar encuesta a población afro que haya vivido el racismo en diferentes

escenarios y evidenciar el uso de las leyes que hay para salvaguardar sus derechos.

Nociones sobre racismo

Desde una perspectiva general y sencilla la Real Academia Española, define el racismo como: “Creencia que sostiene la superioridad de un grupo étnico sobre los demás, lo que conduce a la discriminación o persecución social”. (Real Academia Española, 2022).

La discriminación racial, causa del racismo es definida en La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Raciales, en su artículo 1 como:

“Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, color, descendencia u origen étnico o nacional, que tenga el propósito o efecto de invalidar o perjudicar el reconocimiento, goce o ejercicio, en situaciones iguales, de los derechos humanos y libertades fundamentales en el campo político, económico, social, cultural o cualquier otra área”.

La concepción de racismo no es universal, en materia doctrinal se reconoce que esta es una forma de discriminación y exclusión social, que claramente va en contra de la dignidad humana y la igualdad, principios consagrados en nuestra Constitución Política de 1991. La doctrina colombiana frente al racismo ha dejado claro los efectos negativos de esta y la urgencia por promover la igualdad racial en pro de construir una mejor sociedad.

Albert Memmi (1972) Define el racismo como un fenómeno psicosocial e institucional que surge del temor a la diferencia y se manifiesta a través de la construcción de estereotipos y actitudes discriminatorias. El jurista Colombiano Rodrigo Uprimny (2016), aborda el Racismo desde el enfoque jurídico y sociológico, donde destaca la importancia de hacerle frente a la desigualdad racial y de promover la inclusión social.

Así mismo, la jurisprudencia ha dicho sobre el concepto y alcance del racismo, a través de la corte constitucional en Sentencia T-572-2017:

“(…) el racismo no es una tendencia natural de los grupos humanos o de las personas. Ha dicho el profesor Van Dijk que es “(…) un invento social para

detentar poder y para mantener una situación de privilegio sobre otros cuyo origen, apariencia o cultura son distintos con lo cual, queda evidenciada la posibilidad de transformación que desde la sociedad puede lograrse respecto de tal construcción. El derecho es un factor que puede contribuir a ese cambio” (Corte Constitucional de Colombia, 2017, Sentencia T-572/17).

Adicionalmente, en esta misma sentencia T-572-2017 dice la corte:

“El concepto de racismo excede la estrecha concepción de las ideologías que creen en una supremacía racial. Igualmente va más allá de la ejecución de actos discriminatorios como la agresión contra determinados colectivos que no hacen parte del grupo que se valora así mismo como dominante. El racismo también comprende las opiniones, actitudes e ideologías cotidianas, mundanas y negativas y, los actos aparentemente sutiles y otras condiciones discriminatorias contra las minorías” Corte Constitucional de Colombia, 2017, Sentencia T-572/17).

Este fenómeno de la discriminación racial, que este dado por concepciones ideológicas comunes dentro de una cultura con tendencias y pensamientos de superioridad, lamentablemente fomenta que de manera individual se creen estereotipos, prejuicios, desigualdad estructural, falta de reconocimiento, participación y violencia racial, dentro de la comunidad.

Perspectivas socio-jurídicas del racismo

Desde una perspectiva socio-jurídica, el racismo es un fenómeno social complicado, que evidencia la correlación entre la norma y las estructuras sociales arraigadas en nuestro país a lo largo de la historia. La norma colombiana promulga la igualdad y la no discriminación, no solo en la constitución política, esto se respalda en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Pero eso se queda en papeles, pues en la realidad lo que sucede es muy distinto y los avances respecto a políticas de racismo e inclusión no se reflejan como debería. Se debe hacer un análisis profundo acerca de la historia del racismo para entender las huellas tan marcadas que ha dejado y además evaluar las políticas actuales, diferentes prácticas que perpetúan el racismo y, por consiguiente; estereotipos y prejuicios hacia las comunidades afros.

Los problemas entorno al racismo son muchos, pero dentro de estos hay unos que son claves, los cuales han sido identificados en diversos estudios sobre el racismo y discriminación racial, como los que, debido a su impacto, directamente perpetúan el racismo. La doctrina y la jurisprudencia son reiterativas al respecto.

Abordar específicamente estos problemas, identificados por muchos juristas y autores como principales, es importante para entender en qué consiste y como se lleva a cabo dentro de la sociedad este fenómeno, que desde luego no es nuevo, sin embargo, a través de la historia y de acuerdo a la época ha ido evolucionando y expresándose mediante diferentes formas y prácticas distintas, pero dolorosas también para quienes tienen que enfrentarlo. La diferencia de esta época a las anteriores es que se cuenta con muchas más herramientas para combatirlo, solo es cuestión de que la sociedad haga uso de estas, lo primero es conocer y hacer uso de las normas y políticas gubernamentales que el Estado colombiano ha creado para reconocer y proteger los derechos fundamentales de la población afrocolombiana y lo segundo es despertar conciencia y fomentar el respeto por las diferencias.

Por mencionar algunos autores tenemos a Mónica Moreno Figueroa: Es autora de "Racism, Ethnicity and the Media in Africa: Mediating Conflict in the Twenty-First Century" y ha investigado sobre la representación de la comunidad afrodescendiente en los medios de comunicación, así como los estereotipos y prejuicios asociados. Nancy Priscila Díaz Méndez: Autora de "Afrodescendientes en los medios de comunicación: representaciones y estereotipos", ha investigado sobre cómo los medios de comunicación perpetúan estereotipos y prejuicios raciales hacia la comunidad afrocolombiana. Por otro lado, tenemos a María Teresa Gómez: Ha escrito sobre la violencia racial y la discriminación en Colombia en su libro "Violencia racial en Colombia: ensayos sobre discriminación y racismo". Analiza la discriminación y la violencia estructural que afectan a la comunidad afrocolombiana. Juan Camilo Cárdenas: En su libro "Racismo, violencia e inseguridad en Colombia", aborda la violencia racial y la discriminación que enfrenta la comunidad afrocolombiana, así como la falta de participación y representación en la sociedad. Partiendo de diferentes estudios doctrinales tanto nacional como internacional y jurisprudencia en casos de racismo en Colombia, se ha logrado identificar, una serie de problemas como los principales que enfrenta la población afro, en su lucha contra el racismo, los cuales son:

Desigualdad estructural

Esta desigualdad es el resultado de una serie de factores históricos, sociales y económicos que han llevado a la marginación y discriminación sistemática de esta comunidad. Colombia tiene una historia de esclavitud que ha dejado una herencia de discriminación racial arraigada, aunque la esclavitud fue abolida en

el siglo XIX, sus efectos perduran en las dinámicas raciales actuales, dice González: “Desde un principio, el proyecto de construcción de nación en Colombia estuvo influenciado por pensamientos racistas, lo que resultó en un enfoque sesgado y excluyente” (2011). Este artículo deja en evidencia, por un lado, la cruda marginalidad a la que se ha visto enfrentada la población afro, pero también destaca su capacidad de resistir y de hacer un esfuerzo a lo largo del tiempo, para replantear el proyecto nacional racista.

De acuerdo con datos reportados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE–, en el año 2019, reiterados en informe por la Comisión de la Verdad en Colombia en 2020, los afrocolombianos, enfrentan mayores niveles de pobreza, acceso limitado a servicios básicos, oportunidades educativas y laborales desiguales. Las escuelas en las áreas afrocolombianas carecen de recursos adecuados, lo que limita las oportunidades educativas de los estudiantes. Además, los estereotipos raciales y la discriminación en el aula pueden afectar el rendimiento académico, frente a este tipo de discriminación, esta se siente más marcada cuando los jóvenes afrocolombianos tienen que migrar de sus territorios por la falta de instituciones de educación superior de calidad, para poder estudiar en universidades donde el número de estudiantes afrocolombianos por aula de clase no pasa de tres, regularmente. En un estudio realizado con estudiantes afrocolombianos en universidades en Bogotá, se identificó que en una misma situación o acto de racismo se pueden dar diferentes tipos de discriminación, y de forma sutil, Óscar A Quintero Ramírez (2014).

El primero tiene que ver con el aislamiento-grupismo el cual ha sido relatado por los estudiantes entrevistados como uno de los más experimentados en la universidad. Como su nombre lo indica, este consiste en que los estudiantes se ven aislados constantemente, muy pocas personas les hablan e incluso les niegan ayudas básicas de una supuesta solidaridad estudiantil.

La discriminación en el lugar de trabajo y la falta de acceso a empleos de calidad contribuyen a la disparidad en los ingresos y la estabilidad económica. El desplazamiento forzado y la violencia asociada a conflictos armados. Esto ha llevado a la pérdida de tierras y recursos, lo que agrava la desigualdad estructural.

Violencia racial

Entre las tantas formas de manifestación del racismo sin duda esta es de las más delicadas e impactante, incluyendo desplazamiento forzado asesinato y amenazas. No se desconoce el hecho de que este tipo de acontecimientos no

solamente lo sufre la población afrocolombiana, pero si es una realidad que está población está más propensa a sufrir este tipo de violencia, debido a su ubicación geográfica dentro del país. Y es que esta ha sido la excusa del Estado colombiano, a lo largo de la historia para justificar que los índices de violencia, desplazamiento forzado, asesinatos y amenazas sean más altos en los territorios que habita la población afrocolombiana, pero haciendo una reflexión al respecto ¿A lo largo de la historia, ha tenido la población afrocolombiana la facultad y la libertad para elegir qué territorios habitar? Claramente si apenas en la Constitución del 1991 se le vienen a reconocer los derechos de las comunidades negras como colectivo, es irónico pensar que antes de este tiempo los afrocolombianos estaban en las condiciones para elegir libremente qué lugar habitar, cuando ni siquiera eran tenidos en cuenta como parte de la población, la corte constitucional en Sentencia T-276/2022:

Luego de la independencia, y a lo largo de buena parte de la vida Republicana, el Estado colombiano omitió en sus registros a la población negra, en aras de homogenizar el supuesto ideal del “hombre nacional.” Situación que solo comenzó a remediarse -aunque con serias dificultades- en el Censo de 1993, el primero efectuado en vigencia de la nueva Constitución Política.

¿Entonces quién es realmente responsable de que la población afrocolombiana está ubicada en territorios con índices de violencia más alto? Es una pregunta como muchas difícil de responder.

Por otro lado, esta violencia racial no solamente se da en los territorios habitados por esta comunidad, también se da cuando los afrocolombianos deciden migrar a otros territorios, en otros contextos fuera del conflicto armado también, los afrocolombianos lastimosamente tienen que vivir violencia a manos de quienes creen que un color de piel los hace superior o inferior, en diciembre de 2022 mediante pronunciamiento oficial del Ministerio de Educación se conoció de hechos que acaecieron denuncia, como es el caso de Kerlin Murillo Mena , una docente de Inglés, afrocolombiana, quien buscando una mejor calidad de vida y escapando de la violencia en su departamento el Chocó, logra conseguir un puesto como profesora de bachillerato, en una Institución Educativa llamada “El Rosario”, en el corrimiento de Morocote, ubicado en el municipio de Paya-Boyacá. Lugar al que se trasladó junto a sus dos hijos de 9 y 5 años respectivamente, ella jamás se imaginó el infierno que iba a vivir solo por su color de piel, y que por poco le cuesta la vida a sus hijos, pues con lo que se encontró al llegar a este lugar fue con rechazo, hacia ella y sus hijos, acoso, a tal punto que estas conductas terminaron en agresión física hacia ambos menores y

abuso sexual hacia uno de ellos, por parte de estudiantes de este colegio, donde manifiesta Kerlin, que tanto directivos como profesores tenían conocimiento de los actos de intolerancia que se estaban presentando hacia los menores, pero que estos hicieron caso omiso, y que desde el inicio el rechazo y la discriminación fueron contundentes, pues no querían que una negra fuera la profesora de inglés.

Escuchar cómo cuenta los acontecimientos, es sumamente doloroso, además de ver el estado en el que quedaron sus hijos después de esta brutal agresión. No debería ser posible que en estos tiempos este tipo de casos aún se presenten, pero es la cruda realidad. De este caso la parte más indignante o lo que genera impotencia es en primer lugar la poca compasión que para la gente racista generan los niños afrocolombianos y por otro lado como la justicia es negligente y poco contundente, solo se le dio atención al caso 8 meses después de sucedido, las denuncias realizadas inicialmente fueron ignoradas y solo fue hasta que un medio de comunicación conocido expuso el caso que se iniciaron investigaciones, pero hasta la fecha no se sabe en qué quedaron.

Estereotipos y prejuicios

Persisten estereotipos y prejuicios arraigados en la sociedad colombiana. Esto contribuye a la discriminación en diversos ámbitos de la vida cotidiana. Los estereotipos negativos también afectan la autoestima y la identidad de las personas pertenecientes a grupos raciales minoritarios. Estos estereotipos y prejuicios son los que aún en la actualidad generan que se piense que lo negro sea lo malo, lo barato o insignificante, son estos los que generan por ejemplo la arbitrariedad de la ley, según denuncia como le pasó a Carlos Angulo, quien en un vídeo grabado por un ciudadano cualquiera se registra el momento en el que es detenido de manera injustificada y con términos peyorativos para ser requisado por policías que ignoraron a otras personas en sus mismas condiciones pero no eran negras, ante la arbitrariedad Carlos explota y parte de su discurso crudo pero realista refleja la impotencia y e indignación por tener que cargar con el peso de su color de piel y tener que soportar ultrajes por los prejuicios de la sociedad, y de la ley, al final de cuentas el Estado es solo un reflejo y representación de la sociedad que tenemos. Algunas de las palabras de la indignante protesta de Carlos fueron:

"Para el patrón es sospechoso que llegue tarde, pero para ustedes es sospechoso que vaya rápido" Son las 8 de la mañana y es normal que lleve prisa. Pero mi prisa sí es sospechosa, mientras la de ustedes no lo es porque ustedes son

ciudadanos... Los ciudadanos blancos y negros somos iguales ante la ley. Esa (la policía) es la representación de la ley. ¿A ver, y quién más está detenido?”.

Casos como éste se presentan a diario, pero es de poco interés para los que administran la justicia. Tabares Ochoa (2018) realizando Análisis de un discurso antirracista, espontáneo y callejero.

Falta de reconocimiento y participación

Las demandas de reconocimiento y participación política de las comunidades afrocolombianas no siempre son atendidas adecuadamente. A pesar de los avances en la legislación y los mecanismos de participación, persisten barreras que dificultan su inclusión plena y efectiva en los procesos de toma de decisiones. La legislación, ahí en letras, en los códigos y la constitución es hermosa, seríamos un país potencia si aplicara, aunque 50% de los mandatos que están en esos textos. La realidad es otra, es cruda y dolorosa, para unos grupos más que otros.

Diagnóstico jurisprudencial sobre el tratamiento de la discriminación racial

En Colombia el tratamiento de la discriminación racial parte de lo consolidado en la actual Constitución Política de 1991, la cual reconoce la pluriétnia y demanda la no discriminación en razón de ello, en la Ley 1482 del 2011 se penalizan los actos de discriminación racial de las víctimas que principalmente son las comunidades negras, sin embargo no acuden a esta ley, sino que usan en su mayoría el mecanismo de acción de tutela para la protección de sus derechos, con la ley 70 de 1993 se reconoce a las comunidades negras como grupo étnico, establece para las mismas igualdad de oportunidades y su desarrollo integral, la ley 1154 de 2012 por la cual se crea el observatorio contra la discriminación racial, modificado por la resolución 949 de 2017. Lo anterior pone de presente bases y evidencia un amplio soporte para trabajar y contrarrestar el racismo en Colombia.

Ahora bien, en el desarrollo jurisprudencial que se ha dado a los casos de discriminación racial se puede evidenciar que, en primera medida, las personas que han sido sujetos de discriminación racial, ante el hecho demuestran

inconformidad; lo cual en algunos casos se traduce en un intento de cambio y fomento de igualdad frente a personas racistas.

Como segunda medida, los pocos casos que se conocen según jurisprudencia, hechos del diario vivir y la encuesta realizada, denota que quejarse por haber sido discriminado(a), acudir ante superiores y hablar sobre los hechos racistas acaecidos, conlleva a una incredulidad y más racismo por parte de terceros. Sin embargo, como tercera medida, se manifiesta que a quienes han decidido acudir a las instancias judiciales en su mayoría de casos resultan favorables y se les reconoce el derecho violentado o vulnerado, por parte de Corte constitucional. No obstante, es necesario hacer mención que, la jurisprudencia en torno al tema de discriminación racial es poca.

Mediante acciones de tutelas como la T-572 de septiembre 13 de 2017, T-691 de agosto 28 de 2012, se evidencio que ante los hechos de estas demandas, se dieron los tres componentes antes mencionados, lo cual refleja el racismo en diferentes escenarios, el intento de contrarrestar el racismo de manera individualizada frente a los racistas resulta inútil, por tanto, es necesario acudir a instancias judiciales y que la protección a los derechos violentados o vulnerados ante la Corte Constitucional, no es garantía suficiente para que la comunidad afrocolombiana acuda a ella, poniendo de presente los muchos casos de racismos que se dan.

La corte constitucional en sentencia 576 de 2014 reconoce la falla estructural de las entidades gubernamentales respecto de la falta de conocimiento sobre la población afrocolombiana, del mismo modo, en la Sentencia T-126 de 2018, el legislador encuentra propicio que para tener acierto a las fallas respecto del conocimiento sobre la población afrocolombiana, es necesario, cuando una persona que es sujeto de discriminación racial y acuda a instancias judiciales, el juez desde un principio sea congruente al construir la verdad judicial y utilice lenguaje adecuado, en aras de no discriminación frente a los hechos denunciados.

Desafíos en la aplicación de las normas

El racismo en el contexto colombiano se da a pesar de contar con una legislación sólida y antes mencionada, respecto de las políticas contra el racismo, cabe resaltar que los desafíos que se presentan son significativos. Esto en la medida que hay factores que impiden una aplicación efectiva de la norma, lo cual

tenemos por ejemplo la falta de denuncia por parte de las víctimas, evidentemente la consecuencia de esa falta de denuncia es la impunidad para victimarios, además de la innegable discriminación que está institucionalizada en el ordenamiento jurídico.

Para entender específicamente cada uno de los desafíos que enfrenta esta comunidad, es necesario responder a preguntas que se realizaron mediante encuesta de profundidad, vía virtual a 67 personas de diferentes partes y regiones de Colombia negras y pertenecientes a la comunidad afro.

¿Sabe el significado del racismo?, de los 67 encuestados el 98,5% lo cual equivale a 66 personas de esta comunidad entiende y conoce el significado del racismo, por el contrario, el 1,5%, que equivale a 1 persona de esta comunidad, desconoce el significado del racismo, sus formas, connotaciones y demás.

¿Cree que en Colombia existe el racismo?, de los 67 encuestados el 98,5% de esta comunidad que equivale a 66 personas, cree que en Colombia existe el racismo. Sin embargo, un 1,5 que equivale a 1 persona de esta comunidad, no cree que en Colombia exista el racismo.

- ¿Ha experimentado alguna forma de discriminación racial?, de la población encuestada, se evidencio que el 83,6% equivalente a 56 personas han experimentado discriminación racial en alguna de sus formas, el 14,9% de la población encuestada que son 10 personas, no han experimentado el racismo en Colombia y el 3% que equivale a 2 personas, aseguraron nunca haber experimentado el racismo en alguna de sus formas.

A la anterior pregunta se les solicito señalar el número de veces que han experimentado discriminación racial, lo cual se estipulo: entre 1 y 3 veces, entre 3 y 5 veces y entre 5 y más veces, de la población encuestada un 44,8% equivalente a 26 personas indicaron que habían experimentado discriminación racial entre 1 y 3 veces, el 27,6% de esta población que son 16 personas manifestaron que, habían experimentado discriminación racial entre 3 y 5 veces, así mismo, el 26, 6% de los encuestados que son 16 personas revelaron que han experimentado discriminación racial más de 5 veces.

- ¿Qué formas de racismo que ha experimentado?, de lo cual se evidencio que el 22,4% de la población encuestada que equivale a 15 personas que han experimentado racismo Institucional, el 28,4% que son 19 de las personas encuestadas, ha experimentado el racismo estructural, el 55,2.% de esta

población encuestada que equivale a 37 personas, ha experimentado racismo interpersonal, el 38,8% que equivale a 26 personas de esta comunidad encuestada, ha experimentado racismo simbólico, el 34,3% de los encuestados que son 23 personas ha experimentado racismo interiorizado, el 41,8% lo cual son 28 personas ha experimentado racismo cultural, y finalmente el 47,8% que son 32 personas de las encuestadas ha experimentado el colorismo.

- ¿Ha sufrido de violencia física o verbal como consecuencia de racismo? y se les pidió describir la situación, se reveló que de la población encuestada negra- afrocolombiana de diferentes partes de Colombia, el 65,7% de esta población no ha sufrido de violencia física o verbal como consecuencia de racismo y el 34,3% de los encuestados han sufrido de violencia física o verbal como consecuencia de racismo.

De las 67 personas pertenecientes a la comunidad negra- afrocolombiana encuestados, 26 personas de esta población respondió a esta pregunta abierta, describiendo la situación de la siguiente manera.

Caso 1 “Al llegar a una clínica en repetidas veces al área de urgencias la recepcionista se disgustó por ser reiterada la "visita" y mencionó "otra vez ella, esa negra si jode".

Caso 2 “En el lugar donde vivía antes, el dueño de la casa me afirmó después de que él hijo me arrendó la habitación que si hubiera sabido que yo era la arrendante no me hubiera permitido vivir ahí, porque era negra. Dijo: "aquí a personas negras no se les arrienda". A parte de eso, empezó a ponerme problemas porque mi novio iba a dormir conmigo y como la casa es vigilada totalmente con cámaras una vez que mi novio se iba el señor subió a decirme cosas y la verdad me sentía acosada. Tomé la decisión y me cambié de casa”.

Caso 3 “Una vez se había presentado un panorama donde había un grupo de habitantes de Pasto y en ese entonces íbamos pasando varios de aquí de Tumaco, cuándo escuchamos esos negros huelen hediondo”

Caso 4 “Hace unos años atrás, una señora oriunda de Popayán, que vivió por algún tiempo en España, se refería a mí como esa negra, la negra esa, y decía que no se sentaría en la misma mesa que yo a comer, cuando me miraba hacia malas caras. También en otro espacio una persona que me arrendaban habitación, cuando una a recibir el dinero del arriendo, preguntaba por mí de esta manera, la

negra está aquí, l esa negra me dejo la plata con alguien aqui. Y de esta manera puedo expresar muchas experiencias más”.

Caso 5 “En experiencia como docente en Medellín y en Bucaramanga, cada que algún estudiante y/o padre de familia tenía algún disgusto por causa de mi profesión, primero disociadas y luego me lo expresaron directamente. Se pusieron las denuncias y hasta ahí llegaron, a nada”.

Caso 6 “Hace algunos años, cuando trabaje como Auxiliar de Enfermería tuve un paciente menor de edad, el cual atendía en su casa, el niño y su familia se consideraban de "raza blanca" y más que todo la madre de este niño era super despectiva y ofensiva a la hora de hablar y expresaba abiertamente que no le gustaba que su familia y el niño tuviera contacto con personas de mi color negra”.

Caso 7 “Negro hp”.

Caso 8 “Haciendo una animación para la caja de compensación Comfandi, (fiesta empresarial) debía leer la publicidad de los patrocinadores que eran más o menos 5 hojas de escritos; la gente ya estaba cansada de tanto diálogo y uno de los asistentes gritó de manera aireada cuando la todo estaba en silencio al frente tres mil personas: "bajen a ese hijo de puta negro de ahí””.

- Seguidamente se les pregunto ¿Ha presenciado actos de racismo hacia otra persona afrocolombiana?, de la anterior se les solicito describir la situación, de lo cual se evidencio que el 56,7% que son 38 de las personas encuestadas, pertenecientes a esta comunidad, no ha presenciado actos de racismo hacia otra persona afrocolombiana, pero que el 43,3% que equivale a 29 personas de las encuestadas, ha presenciado actos de racismo hacia otra persona afrocolombiana.

29 de personas de esta población, respondió a esta pregunta abierta, describiendo la situación de la siguiente manera.

Caso 1 “Por ser negro los policías lo retuvieron para hacerle requisa de todo y aun viendo q no tenía nada no querían soltarlo, mientras unos blanquitos pasaban como si nada”.

Caso 2 “En las ciudad de Bogotá en una entidad, el funcionario por ser jefe y de color distinto a la persona agredida verbalmente, le manifestó que debía hacer esa labor “particular, cuando a los demás del grupo también podría darle dicha instrucción”.

Caso 3. Tenía un compañero al que siempre imitaban de manera muy humillante, aunque él también se reía de eso, yo podía ver el transformando de lo que eso significaba”.

Caso 4. “En la ciudad de Bogotá, es el pan de cada día, por lo mismo, hay gente que no tolera a la gente afro y se lo hacen saber, otros estallan cuando los "afro" de alguna manera los perjudican o les quitan la tranquilidad. Si hasta en los mismo estadios se presencia esto con los jugadores de fútbol”.

Caso 5. “Negro hp, sucio, malparido”.

Caso 6. “Cuanto golpearon y culparon a una persona por ser negra, cuando el que lo había hecho era un blanco, y la respuesta de la policía fue que había reaccionado así, por que ellos que iban a imaginar que un blanco hiciera eso, ya que esos eran actos de personas negras. Cabe recalcar que los agentes de policías eran blancos y esto sucedió en Cali, valle del cauca”.

Caso 7. “Si han hecho caricaturas de personas afro con similitudes a las de un simio”.

Caso 8. “Por ser negro la saco de la tienda”.

Caso 9. “En un salón de belleza que no la atendieron por su tiempo de cabello afro”.

Caso 10. El digan negro de manera despectiva, o en su defecto cuando camina en grupo de jóvenes negros y la gente se cambie de acera, solo por asumir que dichos jóvenes los robaran y muchas más”.

- ¿Ha acudido a alguna instancia para denunciar el racismo y/o discriminación racial?, de acuerdo a la población encuestada el 7,6% que equivale a 5 personas, si acudieron a instancias para denunciar el hecho de racismo y/o discriminación, el 65,2% que equivale a 43 personas de esta población, no acudió a instancias para denunciar el hecho de racismo y/o discriminación, el 22,7% lo cual fueron 15 personas de esta población, vio innecesario acudir a instancias para denunciar el hecho de racismo y/o discriminación y el 4,5% que son 3 personas, vio innecesario el hecho de acudir a alguna instancia.

- De acuerdo con la anterior respuesta, se preguntó y enfocada a ese 7,6% de esta población que acudió alguna si, ¿Se le brindo ayuda?, de lo cual se obtuvo como resultado que el 97% de estos encuestados, no se le brindo ayuda, sin embargo, al 3% de los encuestados si les brindo ayuda.

- Del mismo modo, se le pregunto a esta comunidad así: ¿Tuvo acompañamiento, por parte de esta entidad? Para lo cual se obtuvo como resultado que el 94% de los encuestados no tuvo acompañamiento, por parte de entidades y el 6% de esta comunidad tuvo acompañamiento por parte de entidades.

¿Conoce las normas y políticas gubernamentales que están destinadas a proteger a la población afrocolombiana en nuestro país?, se evidencio que el 58,2% que equivale a 39 personas de la población encuestada, no conoce las normas y políticas gubernamentales que están destinadas a proteger a la población afrocolombiana en el país y el 41,8% que son 28 personas de los encuestados conoce las normas y políticas gubernamentales que están destinadas a proteger a la población afrocolombiana en el país.

- ¿Fue compensado(a) o indemnizado(a) por haber sido víctima del racismo, discriminación, maltrato y/o agresión? Se demostró que el 95,5% que equivale a 64 personas de las encuestadas no fueron compensado(a) o indemnizado(a) por haber sido víctimas del racismo, discriminación, maltrato y/o agresión en Colombia y el 4,5% que son 3 personas de los encuestados, fue compensado(a) o indemnizado(a) por haber sido víctima del racismo, discriminación, maltrato y/o agresión.

- Y finalmente se le preguntó ¿Considera tener algún tipo de secuela o trauma a raíz del racismo que ha vivido o vive?, De lo cual se evidencio que el 80,6% de la población encuestada que equivale a 54 personas no considera tener algún tipo de secuela o trauma a raíz del racismo que vivió y el 19,4% si considera tener algún tipo de secuela o trauma a raíz del racismo que vivió.

- En concordancia con la anterior se les pidió indicar que tipo de secuela o trauma tienen a raíz del racismo vivido, de lo cual se obtuvo como resultado que, el 26,9% de la población encuestada que equivale a 7 personas, tiene como trauma la baja auto estima, el 11,5% que equivale a 3 personas de las encuestadas tiene como trauma la depresión, el 23,1% lo cual son 6 personas de las encuestadas tiene como secuela la intolerancia, el 7,7% que son 2 personas de los encuestados tiene como trauma Dificultad para establecer conexiones

significativas, el 15,4% que equivalen a 4 personas de esta población encuestadas tiene como trauma la Desventajas en áreas como la educación o empleo, el 3,8% de esta población que es referente a 1 persona asegura que padece como secuela a la situación vivida la ansiedad y el 11,5% de la población encuestada que son 3 personas, tiene como trauma a excluirse socialmente.

De acuerdo a la anterior encuesta realizada, se pudo establecer que son muchos los hechos y casos de racismo en Colombia, que de un 100% de la comunidad afrocolombiana, solo el 16,4% no ha sido discriminado o sufrido alguna de las formas de racismo en Colombia que el 83,6% ha sido discriminado o sujeto de racismo, se evidencio que hay una baja efectividad en la norma en contra del racismo, sin embargo, actualmente se aplica y protege a las víctimas cuando se acude a instancias judiciales, del mismo modo, se evidenció que la gente no opta por denunciar debido a que lo ven innecesario, poco eficaz, hay un temor fundado, no conocen instancias o ante quien acudir en esta situación.

Sensibilidad y Educación

Erradicar el racismo y todas sus formas dentro de nuestra sociedad requiere ir más allá de la simple aplicación o no de la norma, esto requiere un enfoque integral de la mano de una alfabetización, desde casa, en las instituciones educativas, políticas, religiosas, artísticas, científicas y demás, al igual que, en los sitios de empleos y diferentes espacios sociales, esto porque lamentablemente se puede deducir que el problema con las personas racistas deviene de concepciones netamente imaginarias o de supremacía, al considerar que “EL NEGRO” o lo negro necesariamente es malo, feo, inútil, dañino y sin esencia.

Mediante sentencia T-691 de agosto 28 de 2012, la Corte trajo a colación apartes del texto del profesor Rosendo, que da a conocer el origen del racismo en Colombia lo cual, según él mismo tuvo sus orígenes en la sociedad esclavista y visto así;

“El colonizador español, después de crear el NEGRO impuso la creencia de que las personas africanas esclavizadas eran inferiores, salvajes y paganas, que su Dios había creado sin alma y como animales, con una fuerza salvaje para el trabajo y sin inteligencia, y destinados a servir y ser esclavos eternos de los blancos” (Corte Constitucional, 2012, Sentencia T-691/12).

Conclusiones

Conforme a la descripción del problema jurídico planteado al inicio de esta de este trabajo de investigación, Respecto del análisis de la efectividad y aplicación de la norma en casos discriminación racial y los desafíos que enfrenta la población afrocolombiana, se puede concluir que si bien existen las normas para la protección de los derechos para la comunidad afro específicamente, con la Ley 1487 del 2011, con el artículo 13 y 7 respectivamente, de la Constitución política y tratados internacionales ratificados por Colombia. Aunque, incluso la discriminación racial en Colombia este tipificada como delito en nuestro código penal, la efectividad de estas normas es baja.

Como conclusión de la encuesta realizada, se pudo evidenciar que el racismo en Colombia se presenta de siete formas, de las cuales el racismo interpersonal es la más utilizada por los racistas para discriminar a la población negra, se evidencio que pese a la basta normatividad vigente en contra de la no discriminación, el 83,6% de los afrocolombianos encuestados han sido sujetos de discriminación racial en la actualidad, se demostró que son muchos y variados los escenarios donde se ve el racismo, se constató que no hay una acorde divulgación de información o ruta para acceder a una entidad judicial del orden nacional que, brinde ayuda a la comunidad afrocolombiana o que se encargue específicamente de la discriminación y racismo en Colombia, se demostró que el racismo deja graves traumas y secuelas de manera permanente en la vida de esta población.

El panorama del racismo y discriminación racial en Colombia, a partir del análisis de diferentes casos y de la jurisprudencia no es alentador, es grave a lo que en tiempos actuales aún se tienen que enfrentar los Afrocolombianos a raíz de un color que no eligieron. Nuestros niños y niñas afrocolombianos como cualquiera nacen inocentes, sin ver ni entender nada de colores, hasta que esa inocencia se ve bruscamente rota por la realidad, una realidad en la que tienen que soportar que les digan ‘negros’ de forma despectiva como si eso es algo malo, y sin entender lo que pasa crecen sintiéndose muchos incómodos e inconformes con su ser, con su naturaleza, queriendo ser lo menos negro posible... ver qué aún en estos tiempos dónde todos son considerados iguales ante la ley, las vidas e integridad niños y niñas afrodescendientes duelen menos.

Sin embargo, la lucha y la resistencia de esta población no se puede negar, es definitivamente un acto profundo de amor y de rebeldía ser un afrocolombiano orgulloso de sus raíces, de su ser, y es un proceso que en esta sociedad cuesta y

duele. Aunque en un futuro, no lejano una aplicación de las normas sea efectiva, eso no soluciona el problema de fondo, una sociedad ideal es en la que no se presentan discriminaciones por la diferencia, donde todos entiendan que es precisamente en la diferencia y la variedad donde está el verdadero poder. Puede haber y crear millones de leyes, nada va a cambiar si la realidad y la perspectiva de cada persona que integra la sociedad no mejora, todos somos igual de importantes, es la base fundamental para avanzar como sociedad.

Diversos artículos y estudios analizado dentro de la presente investigación concluyen la poca efectividad de las normas y leyes para la protección de las comunidades negras respecto de la discriminación racial por otro lado hay diversos autores y concuerdo con ellos afirman es respeto que no basta con las normas y que se debe ir más allá en cuanto a la educación del racismo. Por otro lado, se pueden iniciar la falta de conocimiento respecto a las herramientas que hay para combatir la discriminación racial las personas víctimas en su mayoría no conocen una ruta a seguir cuando se presentan casos donde son víctimas de discriminación no hay suficiente orientación al respecto lo que termina en impunidad y en perpetuación del racismo.

Referencias citadas

- González, M.C. (2011). Las comunidades afro frente al racismo en Colombia.
- Quintero Ramírez, Óscar. (2014) “El racismo cotidiano en la universidad colombiana desde la experiencia vivida por los estudiantes negros en Bogotá”. *Universitas Humanística*, vol. 77, núm. 77, 2014, doi:10.11144/javeriana.uh77.rcuc.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-276/2022. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-276-22.htm>
- Panqueba Cifuentes, Jairzinho Francisco, y Leidy Angélica Aguilera Martínez. “Paradojas del multiculturalismo racista en Colombia: Discriminación étnica en una escuela de la ruralidad urbana en Colombia”. *Revista Arista-Crítica*, vol. 1, núm. 1, 2021, pp. 26–42, doi:10.18041/2745-1453/rac.2020.v1n1.6495.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-572 de 2017 Bogotá D.C. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-691 de 2012
Bogotá D.C. M.P. María Victoria Calle Correa.

Ley 1487 de 2011. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se
establecen otras disposiciones. 30 de noviembre de 2011.

Tabares Ochoa, CM (2018). Análisis de un discurso antirracista,
espontáneo y callejero. El caso de Carlos Alberto Angulo Góngora
y su intervención pública en el centro de Bogotá. *Boletín de
Antropología*.
[https://www.semanticscholar.org/paper/An%C3%A1lisis-de-un-
discurso-antirracista%2C-espont%C3%A1neo-y-
Ochoa/200317964d9e53031a6400aa1a22f7473ac8c82f](https://www.semanticscholar.org/paper/An%C3%A1lisis-de-un-discurso-antirracista%2C-espont%C3%A1neo-y-Ochoa/200317964d9e53031a6400aa1a22f7473ac8c82f)

Garantías en el derecho laboral alemán y colombiano: posible importación de estructuras jurídicas

*Valloleth Dayana Gutiérrez¹
Ramsés López Santamaría²*

Resumen

Aunque existen organizaciones como la OIT y otros acuerdos internacionales que definen los estándares mínimos sobre garantías en el marco legal del trabajo, no es un secreto que estas varían dependiendo en qué países se constituyen, además de la situación política, social-económica que pueda atravesar cada Estado. Sin embargo, para aquellos que tienen precariedad económica por singulares factores, es complejo llevar a cabalidad la protección de los derechos del trabajador. En Colombia no solo se presentan transgresiones a estos derechos, sino también, la falta de acceso a ellos, pues existe una tasa alta de empleo informal, siendo imperativo el fortalecimiento de ese ámbito jurídico para generar las condiciones adecuadas del trabajador para que este se sienta amparado por el Estado. Así las cosas, el presente capítulo busca evidenciar una reflexión entre dos Estados distintos, pero de los cuales se puede colegir aspectos de referencia útiles para la protección del derecho laboral. En este caso de la legislación alemana que posee diferentes figuras jurídicas que garantizan esos

¹ Estudiante del Programa de Derecho Adscrito a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. Correo de Contacto: Valloleth.gutierrez.l@uniautonomia.edu.co

² Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co.

derechos laborales, aunque se tienen unas semejanzas, existen otras que serían de gran ayuda en Colombia.

Introducción

En la investigación y comparación de normativas estatales con la intención de proponer una importación de estructuras jurídicas, se vuelve relevante la República Federal de Alemania, ya que existe una estrecha relación entre esta y la República de Colombia, pues la primera es históricamente un precedente para la determinación del Estado Social de Derecho Colombiano, pues durante el periodo de 1918 al 1933 en el cual, a inicios de este se proclamó la Constitución de Weimar, carta política que garantiza el bienestar de los ciudadanos alemanes, tal como se evidencia en la Sentencia de tutela 406 de 1992 de la Corte Constitucional de Colombia, es por ello que al buscar mejorar las condiciones y garantías del Derecho Laboral Colombiano es menester profundizar en la Legislación Alemana, así mismo para promover la reflexión e interacción sobre este ámbito tan importante en la sociedad.

El aspecto laboral y su legislación ha sido investigado por mano de diferentes autores en la última década, quienes han desarrollado diferentes teorías o impartido investigaciones en razón del Derecho laboral colombiano, entre ellos: Katherine Bermúdez Alarcón, Jorge Mario Benítez, Daniela Gómez Cetina, teniendo relevancia en la perístasis de análisis. En el caso internacional existen autores como Eduardo Lora, Diana Rodríguez, Odalys Labrador, Cristóbal Molina y Gustavo Sandoval Betancur que indican que Alemania es uno de los países que ofrece mayores garantías normativas y legales al empleo y la seguridad social.

A pesar de que Colombia tiene uno de los mejores modelos constitucionales y, a título laboral, siguen existiendo unas vulneraciones en las garantías para los trabajadores, pues hay vacíos legales respecto a los fenómenos sociales contemporáneos que no se comprenden con la realidad del presente, es por ello que debemos saber ¿Cuáles son las diferencias y semejanzas de la legislación laboral alemana y Colombia, además de qué impactos generan sobre la protección de derechos del trabajador?

En este contexto y de acuerdo a las doctrinas expuestas por los autores, es imperativo el desarrollar preceptos que solucionen inconvenientes exhibidos en

el régimen laboral colombiano, cuyo objetivo es identificar a través del método análisis documental si efectivamente se podrían crear figuras jurídicas similares para garantizar a plenitud el derecho de los trabajadores o se deberá buscar alternativas y realizar otros estudios investigativos sobre la premisa que aquí se plantea.

Paralelo entre normativas

Para la población colombiana el poder acceder a un empleo es primordial para su subsistencia, debido a que esto permite que su núcleo familiar y su entorno inmediato tenga la calidad de vida que desea, así también para su desarrollo económico, cultural y social, alcanzando una vida exuberante con lo que su economía le permita.

La Legislación Colombiana ha sido conocida como una de las mejores normativas laborales, ya que, Colombia al ser un Estado Social de Derecho debe garantizar a todos sus habitantes aquellos derechos y proteger las facultades que todas las personas deben poseer al estar inherentes a la dignidad humana, entre estos se encuentra aquellos Derechos consagrados en los artículos 2, 25, 26, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 48, 49, 53, 54, 55, 56 y 57 de la Constitución Política de 1991, los cuales versan sobre:

“El fin que tiene el estado de velar por el cumplimiento de los derechos consagrados en la misma; el trabajo como un derecho que debe gestarse en condiciones justas; la libre escogencia de la profesión; la reunión y manifestación pública y pacífica; libre asociación para el desarrollo de las actividades; la constitución de sindicatos entre trabajadores; la familia como núcleo fundamental de la sociedad y aquellos derechos fundamentales de los niños toda vez que estos se nutren de la actividad económica de los integrantes del hogar; la seguridad social como servicio público obligatorio; la atención de salud pública o privada; la creación del Estatuto del Trabajo a cargo de Congreso de la República; el deber del Estado y los empleadores oportunidades para la realización profesional y su formación; el derecho a la huelga y que la ley debe establecer los medios para que el trabajador intervenga en la gestión empresarial.” (Constitución Política de Colombia, 1991)

Por otro lado, la Legislación Alemana en cuanto al ámbito laboral se considera como una de las más importantes a nivel mundial, teniendo uno de los mercados más fuertes en la Unión Europea, puesto que, tiene grandes bases en el aspecto laboral y sigue avanzando sobre la marcha, lo que es ideal, pues, siempre hay un

momento en el que la normativa se estanca por motivos de que no llena aquellos vacíos jurídicos que surgen de los fenómenos sociales, además se contempla que existen antecedentes importantes en el área del trabajo como lo fue el contrato fiduciario de servicios que dio paso al actual contrato de trabajo.

De acuerdo a la Sentencia de T-406 de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana, en la cual el peticionario José Manuel Rodríguez busca que se tutele el derecho a la salubridad pública en contra de Empresas Públicas de Cartagena que al no haber terminado satisfactoriamente con la obra de alcantarillado, esta no tiene el funcionamiento adecuado por lo que desbordaba aguas negras y mal olor a los ciudadanos de barrios aledaños a la construcción de esta, obrando bajo el precepto de tutela como mecanismo transitorio al percibirse como un perjuicio irremediable y porque para el momento de los hechos, no existía una ley o concepto jurídico que estableciera el procedimiento requerido para la defensa de los derechos colectivos, es así como también, a través de este fallo, la Corte establece algunas consideraciones, entre ellas que:

“El Estado Social de Derecho tiene dos puntos de vista, uno Cualitativo en el cual se ve establecido el Estado Constitucional Democrático y uno Cuantitativo, a través del cual versa sobre el Estado de Bienestar, como aquel que surge de la reivindicación a la Revolución Rusa, Revolución Mexicana y otras innovaciones adoptadas de la República de Weimar para la creación de la Constitución Colombiana bajo la necesidad de adaptar, corregir y acondicionar la aplicación de la norma, favoreciendo así la primacía de la realidad sobre el derecho, tomando de esta: la organización estatal en cuanto a la división de poderes, la producción y aplicación del derecho, así como también las figuras por medio de las cuales se puede defender el contenido de la misma, estableciendo también como pilares del Estado social de derecho los preceptos de Derechos fundamentales, su dimensión objetiva como los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado, así como también el concepto de Derechos económicos, sociales y culturales que son indispensables para el goce de la dignidad humana.” (Corte Constitucional, 1992, Sentencia T- 406/92)

En razón a lo anteriormente expuesto, Oscar Ermida Uriarte indica que:

“La Constitución de Weimar (Alemania) de 1919 es una de las Constituciones pioneras que, por vez primera, contemplaron en su articulado a los derechos sociales (y entre ellos los laborales) texto constitucional como hito original que marcó el inicio de esta tendencia que se desarrolló en el siglo XX y se expandió rápidamente en Europa y, seguidamente, en los países de Latinoamérica. La centralidad de los derechos laborales en este proceso es notoria y, por esta razón, “los derechos laborales ocupan un lugar principal en el catálogo de los nuevos derechos sociales, pudiendo hablarse, por ello, de una ‘constitucionalización del

Derecho del Trabajo’ e, incluso, de un ‘Derecho Constitucional del Trabajo” (Ermida, 1995, como se citó en Boza Pró, 2014)

Por ello, es relevante realizar un comparativo de aquellas normativas existentes en cada legislación, para reconocer cuáles pueden servir de guía para la creación de figuras jurídicas similares que permitan progresar quizá en ciertos puntos significativos que hayan quedado desprovistos de disposiciones jurídicas y generen inconvenientes o dado el caso, produzca vulneración de otros derechos fundamentales que deban tenerse en cuenta al momento de alguna decisión judicial, avanzando en el tema en ese sentido.

En ambas normativas jurídicas existen aquellos permisos para la mujer cuando se encuentra en estado de gestación y que se llevan a cabo incluso de manera posterior al parto, en Colombia a esto se le conoce como el Permiso o Licencia por Maternidad, entre tanto, este permiso también se ha extendido al padre por medio de la Ley 2114 del 2021. Sin embargo, este solamente tiene un espacio de dos semanas de licencia remunerada para cuidar del bebé recién nacido, en cambio el Gobierno Alemán impero que es necesario que ambos padres concilien una correcta distribución de las responsabilidades familiares y laborales, en razón de que existe el trabajo asalariado pero en igualdad de condiciones para ambos géneros, pues, al distinguir entre unos y otros, sometiendo a prohibición actividades para la mujer que se argumentaban en su condición física, hacía que el género masculino destacará en el ámbito laboral abriendo un brecha respecto a la igualdad salarial y generando una creciente discriminación al género femenino, así también se le suma el hecho de que la mujer tiene más “carga laboral” teniendo en cuenta el factor del hogar, por ello Alemania tomó medidas en las cuales se crean mecanismos jurídicos especiales para su protección, también para que el hombre pueda tener un permiso parental para suplir estas obligaciones, entre ellas están:

“i) la decisión de si el permiso parental se concede en jornada completa, en jornada parcial, de manera fragmentada o en forma de un crédito de tiempo; ii) La decisión de si el otorgamiento del permiso parental se condicionará a un cierto período de trabajo previo o una cierta antigüedad laboral; iii) La fijación de los períodos de preaviso que deben darse al empleador por parte del trabajador que desea hacer uso de este permiso, precisando los momentos de inicio y término de este; iv) La definición de las circunstancias en que el empleador conforme a la legislación nacional, los convenios colectivos y los usos nacionales estaría autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa; y v) Finalmente, se establece que deberán efectuarse los ajustes necesarios para el ejercicio de este derecho en los casos de adopción, lo que constituye una tendencia con miras a

fomentar la adopción y establecer mecanismos de trato igualitario entre padres biológicos y adoptivos.” (Caamaño Rojo, E, 2008).

Otra de las posibilidades, como una medida de transición es la de la baja parental, que está regulado por la Ley Federal sobre Permiso Parental, a través de la cual el trabajador puede solicitar un permiso parental al empleador y este debe exonerarlo de cualquier trabajo durante un periodo de tres (3) años, aunque no es obligatorio pedirlo al nacimiento del bebé, sino en el momento que se crea conveniente, siempre que el niño sea menor de 14 años y tenga cualquier parentesco Consanguíneo, afinidad o civil (aquí se incluyen los hijos de crianza), pero en la duración de este permiso no se recibe un salario, por lo que este se puede intercambiar por el subsidio parental que se explicará más adelante. Este permiso se puede solicitar en cualquier vínculo laboral, sin inconvenientes por las horas que esté trabajando o este sea home office, como medida de protección para velar por aquellos hogares que no tienen un sustento económico posterior al parto o cubre también a los que son padres solteros, por ende, esta medida abarca tanto a padres como a madres, en este caso se trata de una salvedad económica que se presta como la creación de un subsidio que no está bajo ningún gravamen de impuesto, que se puede presentar en tres formas distintas o intercaladas entre sí:

“-Subsidio Parental Básico (Basiselterngeld): Aquellos padres de niños pequeños que trabajan menos o nada posterior al nacimiento de sus hijos, pueden recibir alrededor de 1800 euros, por 12 meses, si ambos padres lo usan este tendrá una duración de hasta 14 meses, esto dependiendo de sus ingresos anteriores al nacimiento, en caso de que el bebé sea prematuro al menos 6 semanas antes, el tiempo podrá ser de hasta los 18 meses.

-Subsidio Parental Plus (ElterngeldPlus): Aquellos padres de niños pequeños que laboran a tiempo parcial posterior al nacimiento de sus hijos, puede ser el doble que el subsidio parental básico.

-Bono de Sociedad (Partnerschaftsbonus): Para padres que comparten familia y trabajo como socios, solo si ambos trabajan a tiempo parcial al mismo tiempo.” (Bundesministerium für familie senioren frauen und jugend, s.f)

Así también, según la Ley Federal del Subsidio Parental y Licencia parental alemana, al 01 de septiembre de 2021 hubo un cambio en el tiempo parcial de trabajo, modificándose de 20 a 30 horas semanales por 24 a 36 horas semanales.

Así mismo, se establecen ciertas condiciones para poder acceder a este subsidio como lo es el de: Cuidar al niño, vivir en Alemania en el mismo hogar, laborar a

tiempo parcial o en lo absoluto, el niño puede tener cualquier parentesco de consanguinidad, afinidad o civil (en el caso del pariente consanguíneo no importa el grado de relación siempre y cuando los ascendentes hayan fallecido o tengan alguna discapacidad), este se debe presentar una sola vez por hijo, si bien está vigente para trabajadores informales, dependientes o independientes, a tiempo parcial y funcionarios públicos, incluye también a aquellos que no tienen una vida laboral como estudiantes y aprendices.

Otro beneficio en el tema empresarial es el del buscar el equilibrio entre la vida laboral y la personal, con ello se examinan las situaciones en las que el empleador pueda colaborarle al trabajador, cuando este no sobrepase sus capacidades monetarias, dependiendo de la empresa o compañía este puede variar, pero tiene un tope de 600 euros, la prestación o auxilio que se le da al empleado es respecto a los cuidados que necesite un familiar de su entorno inmediato a un corto plazo, estos pueden ser: Hijo (s) o Hijo (s) de crianza menores de 14 años, Hijo (s) o Hijo (s) de crianza mayor de edad que tengan una condición de discapacidad que se haya presentado antes de cumplir 25 años, o de cualquier familiar que necesite atención con urgencia, así como se dispone en el artículo 3, número 4 de la Ley del Impuesto sobre las Rentas.

Esto también se ve diferenciado en cuanto al tipo de contratación de cada país, pues en Colombia existen apenas cinco (05) clases de contratos laborales, entre los cuales se encuentran el contrato de trabajo a término fijo, contrato de trabajo a término indefinido, contrato por obra a labor, contrato temporal, ocasional o accidental y contrato de aprendizaje, estos se pactan entre las partes como ellos mejor lo parezcan, sin embargo, este tiende a favorecer aquellos horarios que el empleador manifieste, mientras que en Alemania se empezó a considerar la idea de que para coexistir sin complicaciones en su sistema de derecho laboral era imperativo crear figuras de empleo con diferentes modalidades de horario, por ello, se establecieron instrumentos como el horario flexible o *Gleitzeit*, el tiempo parcial o *Teilzeit*, el *Home Office* o *jobsharing* y el *minijobs* concebido como uno de corta duración por áreas domésticas, comerciales, limpieza y demás afines, estos mecanismos deberían pactarse con el trabajador, pues como cada contrato de trabajo se pacta con una persona diferente, este debe acordarse por las partes en pro de la disposición más factible para ambos y que estos cumplan según su interés, favoreciendo así la autonomía de cada individuo y las habilidades que requiere la empresa, tal y como se expresa en el artículo 84, Ley sobre rehabilitación y participación social de personas discapacitadas de Alemania, la empresa debe dialogar con el

trabajador que enfermó más de un mes, para así mejorar y facilitar su trabajo por su condición de salud, para gestionar su reincorporación a la vida laboral.

“El modelo posibilita una gran flexibilidad y confianza entre las partes. Se trata de un modelo de tiempo de trabajo en confianza con el que se concierta una remuneración por una media de horas sin registrar las horas efectivamente trabajadas” (Apelidou 2006, p. 4).

“Los empleados pueden variar la hora de inicio y terminación de su trabajo, con la condición de realizar un número de horas en un período de tiempo determinado, sin anotar o registrar el horario ni las horas efectivas trabajadas. Esto significa que con este horario flexible son los propios trabajadores los que tienen la responsabilidad de la distribución de su tiempo de trabajo, en donde el empleador renuncia al control del número de horas pactadas. La confianza depositada entre las partes es la base y el fundamento de este modelo. Sin esta base sería imposible garantizar un responsable y buen funcionamiento de esta ordenación del horario laboral. En todo caso es recomendable que el empleado siempre anote sus horas para llevar un control de las horas trabajadas. Este autocontrol ayudará a organizarse y cumplir mejor sus obligaciones ante el empleador y sus descansos. La dirección y control del trabajo se conseguirá mediante la fijación de objetivos y proyectos a cumplir. Este tipo de modelo de tiempo de trabajo es especialmente conveniente para los trabajos más cualificados. Por lo tanto, el modelo es menos aplicable en empleos en donde se debe de garantizar una atención y horarios de apertura al público. En consecuencia, este modelo de trabajo parece ser idóneo para tareas en las que no requieran tiempos de presencia del trabajador” (Hahn, 2011, como se citó en Kocher y Mimentza Martin, 2014).

Uno de los fenómenos sociales en este momento en la República de Colombia es la crisis de refugiados, presentado solamente como consecuencia del éxodo venezolano provocado por la crisis del orden público, económico y alimentario, existe un flujo indeterminado de personas migrantes del vecino país, lo cual ha llevado a una crisis migratoria, sin embargo, no se tienen en cuenta aquellas personas de origen extranjeros diferente a Venezuela, puesto que existe un paso altamente peligroso por el tapón del Darién que miles de migrantes usan para desplazarse, motivo por el cual a Colombia llegan personas de muchos otros países, creando un vacío legal en este aspecto, también porque no todos cuentan con los documentos necesarios para su regularización migratoria, por lo cual persiste un vacío jurídico en razón a disposiciones de transición para aquellas personas que no cuentan con esos documentos y que no puede regresar a su país de origen para realizar el trámite de los mismos, cabe destacar que aunque Colombia ha creado figuras jurídicas que permiten la regularización de la situación migratoria, estas dependen netamente de las condiciones migratorias que tienen las personas, pues deben cumplir ciertos requisitos, por ejemplo, en el

Estatuto temporal de protección para migrantes (a través de él se puede acceder a educación, salud y trabajo formal) solo pueden acceder al permiso de protección temporal o PPT aquellos que:

“Desde mayo a noviembre del presente año hayan ingresado al país de manera regular, o sea que, tengan sellado su pasaporte, niños, y adolescentes que estén matriculados en una institución educativa en los niveles básica y media, tengan PIP, PTP o PEP vigente; niños, y adolescentes que estén vinculados a procesos administrativos de restablecimiento de derechos por medio del ICBF; también aquellos vinculados a procesos en el Sistema de responsabilidad penal para adolescentes o que cuenten con Salvoconducto de Permanencia SC-2”
(Info pá'lante, s.f)

Las personas que no cumplen estos requisitos pueden solicitar la condición de refugio, por medio de la cual se aprueba la expedición de un Salvoconducto de Permanencia SC-2, que aunque este puede ser requisito para el PPT, debe cumplirse el término del tiempo, además de que este debe ser ininterrumpido, este salvoconducto solamente esta como un documento válido para los derechos de educación y atención de salud, pero los deja por fuera de mundo laboral, lo que hace que sea aún más complicado o casi que imposible poder obtener un trabajo de manera formal, contribuyendo al incremento del desempleo, explotación laboral y tasas del trabajo informal, además de que a esta población se les está vulnerando el derecho al trabajo que la Constitución política Colombiana está obligada a garantizar no solamente a sus ciudadanos, sino también, a aquellos que por adopción optaron por vivir en el territorio colombiano, finalmente estos impedimentos u obstáculos se convierten en un vacío jurídico que debe ser solucionado. Una situación similar ocurrió en Alemania para la década de 1990, pues aunque este gobierno creo instrumentos para regularizar esta condición, hubo vacíos en cuanto al área laboral, lo que desencadenó un incremento de empleo informal gracias a la crisis migratoria, motivo por el cual optaron por tomar medidas medida frente a aquellos migrantes que estaban llegando a sus ciudades y que por no tener una condición de migrantes regulares al no cumplir con los requisitos que exigían, no tenían los permisos pertinentes para acceder a oportunidades laborales, discurso a través del cual se estaba revictimizando a las personas que quizá estuviesen migrando por vulneración generalizada de Derechos Humanos, razón por la cual se crea una modalidad diferente en cuanto a la regularización de la población migrante para que estos puedan acceder al empleo formal, iniciando con la reforma de la ley de ciudadanía del año 2000 y la llamada “Tarjeta Verde”;

“A finales del siglo XX el país fue también testigo del primer y único intento alemán de crear una política proactiva para atraer inmigrantes. En el año 2000, la coalición rojo-verde implantó el programa de la “Tarjeta Verde” para atraer a expertos en tecnología de la información extranjeros que, a pesar de la elevada tasa de desempleo, no podían ser contratados en el mercado laboral alemán. A través del programa se ofrecían permisos de residencia y trabajo durante cinco años a 20.000 ciudadanos de terceros países. Una condición previa consistía en contar con un título en ciencias de la información o en tecnologías de la comunicación o con unos ingresos mínimos de 51.000 euros al año antes de impuestos garantizados por la empresa contratante. A través de la “Tarjeta Verde” también podía acudir a Alemania el cónyuge de aquel que llevara un año residiendo en el país, y la Tarjeta estaba también disponible para los estudiantes extranjeros de las mencionadas disciplinas académicas, lo que facilitaba a éstos su permanencia en Alemania tras la finalización de sus estudios.” (Stritzky, 2009).

El instrumento de la Tarjeta Verde inició como una medida en principio para cubrir las necesidades del manejo de tecnologías de comunicación siempre y cuando la población migrante de otros lugares europeos contará con los títulos de ciencias informáticas de las cuales existía un desconocimiento en el país para esa época, esta Tarjeta brindaba permiso de residencia y trabajo por el espacio de 5 años, así también, como se estableció anteriormente por el autor Stritzky, también estuvo disponible para los cónyuges y estudiantes extranjeros, es por ello que esta figura se hace viable, tal como se vería en la actualidad con la creación de la “Tarjeta de Oportunidades”:

“Alemania busca flexibilizar la llegada de ciudadanos no europeos con el objetivo de suplir la necesidad de mano de obra para trabajo, el ministro Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, Hubertus Heil, reveló los planes para crear una “tarjeta de oportunidades”, para así atraer a profesionales especializados bajo los siguientes requisitos: título universitario; conocimiento del idioma alemán o haber vivido en Alemania; tres años de experiencia laboral, ser menor de 35 años, además de poder demostrar que puedan solventar sus gastos antes de encontrar empleo, para que estos lleguen a buscar trabajo, es decir, no necesario tener apalabrado una oferta para poder optar la visa, por lo cual no deberán presentar la solicitud desde el extranjero, esto permitiría la mudanza a Alemania.” (Orgaz, 2022)

Es decir, que esta instrumento o figura jurídica de la ‘Tarjeta de Oportunidades’ es un programa que podría replicarse en Colombia en singularidad de competencias, en las cuales se hayan educado las personas que pertenecen a la población, además de establecer un modelo común para cualquier persona extranjera, sin importar su nacionalidad, para así no solo garantizar su derecho al trabajo, sino también, aquellos derechos que son inherentes a la persona e implican la dignidad humana, para que estos, así mismo, gocen de los derechos

de segunda generación, también conocidos como Derechos económicos, sociales y culturales.

Diagnóstico legal

A través de exhaustiva investigación respecto a jurisprudencia y literatura acerca del Derecho comparado y cómo este ha servido de fundamento para la creación legal de figuras jurídicas o el trasplante jurídico de normativas extranjeras en Colombia, se ha hecho evidente que a través de este mecanismo se pueden implementar figuras importantes para la legislación colombiana, ya que las leyes se crean en Pro a solucionar una problemática social que esté vigente, o en ese entendido, a obtener mayor claridad respecto a un vacío sustancial en el marco legal del país, así como lo explica el siguiente autor.

“Primero, el trasplante de reglas individuales o de una buena parte de un sistema jurídico es extremadamente común. Esto es cierto tanto en los tiempos más remotos –testimonio de lo cual es el antiguo cercano oriente– como en la actualidad. Segundo, el trasplante es, de hecho, la más fértil fuente de desarrollo. La mayoría de las transformaciones en la mayoría de los sistemas son el resultado de un préstamo (borrowing) [de normas]. [...] Tercero, en un nivel realmente asombroso el derecho está arraigado en el pasado. [...] Cuarto, el trasplante de reglas jurídicas es socialmente sencillo. Cualquiera que sea la oposición que pueda haber de los abogados o de la legislatura, sigue siendo cierto que las reglas jurídicas se mueven fácilmente y son aceptadas en el sistema sin grandes dificultades. Esto es así incluso cuando las reglas provienen de un muy diferente tipo de sistema. [...] De estas cuatro reflexiones se sigue que las reglas jurídicas por lo general no han sido particularmente concebidas para la sociedad específica en la cual operan y que, además, esto no es un asunto que genere honda preocupación.” (Rodríguez Villabona, A. 2009).

Es por ello imperativo entender que, aunque existan normativas en diferentes países, todas han sido en conjunto un aprendizaje de las civilizaciones más adelantadas de la época en las que entraron en vigencia esas leyes, o aquellas que fueron aprendiendo de los errores sobre la marcha de determinada situación o coyuntura pública del momento, es por eso que, aunque se hayan creado en cierto nación, cualquier gobierno puede hacer utilización de éstas siempre y cuando éstas al implementarse se dispongan con una estructura totalmente adecuada para que encaje en sus sistema jurídico.

En este sentido es importante hacer énfasis en aquellos aspectos laborales en los que Colombia u otras organizaciones han realizado estudios de derecho comparado, sobre todo aquellos que son importantes para las problemáticas del trabajo actuales, entre uno de esos están algunas disposiciones jurídicas que estaban contempladas hacia el género femenino en razón a las cargas laborales y disposición del lugar de trabajo, como lo es en el caso del Convenio sobre la prohibición de trabajo nocturno para las mujeres de la OIT de 1919, a pesar de que Colombia se adhirió a este convenio, convirtiéndolo en normativa del país, bajo los artículo 242 del Código Sustantivo de Trabajo, sin embargo, en el año 1997 se reconoció una Demanda de inconstitucionalidad, por medio de la cual, los jueces en la Sentencia C-622 de 1997 consideraron que era una normativa discriminatoria contra la mujer, por lo que ese artículo se declaró inexecutable.

“En la actualidad, tanto la mujer como el hombre deben participar en condiciones de igualdad en los procesos económicos, laborales, sociales y políticos, en las diferentes actividades; por lo cual se deben eliminar aquellas restricciones que tienden a menoscabar o anular el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la mujer. [...] Estado está en la obligación de dar protección jurídica de los derechos de la mujer sobre bases de igualdad, prohibiendo la discriminación contra ella por razones de sexo, siendo por tanto procedente adoptar las medidas encaminadas a asegurar el pleno desarrollo de sus derechos humanos, en las mismas condiciones con el hombre. Lejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres, puedan laborar durante la noche, en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ellas, que debe ser derogada. (Corte Constitucional, Sentencia C-622/97).

También existen otras medidas que han sido tomadas a nivel Internacional para implementarse en el ámbito laboral, como lo fue en el suceso de la Pandemia por COVID-19, es por ello que el Gobierno Colombiano adoptó estas medidas al declarar Estado de Emergencia Económica, social y Ecológica, entre ellas el Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo de 2020 por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el cual tuvo una demanda de inconstitucionalidad en razón a sus artículos 1, 4, 5, 6, 8 y 9, por el motivo de que al fomentar el retiro de cesantías para el alivio financiero de los cotizantes, solo se estaría teniendo en cuenta a las entidades privadas y no a aquellas que pertenezcan a régimen público, por lo que en la Sentencia C – 171 de 2020 de la Corte Constitucional, se realiza la aclaratoria de que todas las entidades que administren cesantías debían acogerse a esta normativa, sin importar cuál sea la naturaleza jurídica de esta, declarando la exequibilidad parcial de algunos de los artículos, respecto a las

consideraciones de la Corte, dentro de este fallo la Corte se explica con un estudio de derecho comparado dentro de los cuales se encuentra que:

“En varios países de América Latina y El Caribe se han implementado mecanismos dirigidos a mitigar el impacto y las repercusiones de la pandemia en el ámbito laboral. En términos generales las medidas más acogidas son: i) apoyos económicos a los empleados más vulnerables y a las personas desempleadas, a través de subsidios o alivios a las empresas para pagar la nómina; ii) implementación del teletrabajo o el trabajo remoto como mecanismo de protección al empleo, la salud de los trabajadores y la continuidad de la actividad económica; y iii) restricciones a despidos y suspensiones de contratos.” (Corte Constitucional, Sentencia C- 171/2020).

Aunque si bien no hay un trasplante jurídico o normativo, existen otros procedimientos que se pueden realizar, por ejemplo, la realización de un análisis de un estudio de derecho comparado, por el cual se verifiquen modalidades o figuras legales que si bien, tienen alguna similitud con las leyes pre existentes en el marco jurídico colombiano, estas ostentan a mejorar una situación específica, aunque se debe tener en cuenta cuáles son los patrones que cambian en cada nación, pues lo ideal sería que, motivado por ese modelo extranjero, se puedan crear instrumentos que encajen en dicha problemática y que la solución o el procedimiento que se derive de este, pueda estar al alcance del sistema legal colombiano.

Hay que recalcar que aquellos países que están en vía de desarrollo como Colombia, debería estudiar más a fondo aquellas normativas de países con gran desarrollo para así implementarlas en su sistema normativo y así ir avanzando como sociedad, así mismo en el ámbito de que las leyes sean progresivas, mejoren condiciones negativas o implementen condiciones favorables, además de que éstas trasciendan en el tiempo.

Otra vía posible es por medio de la celebración de Convenios o Tratados Internacionales, ratificados por el Congreso de la República, pues estos terminan convirtiéndose en normativas internacionales de orden interno después de pasar por el control del bloque de constitucionalidad, al ver cuáles son los preceptos que se pueden aplicar dentro del marco jurídico, sin ir en contravía de la Constitución u otros Tratados Internacionales de los que Colombia hace parte, como el Convenio de Ginebra, o Tratados de Derechos Humanos, es así como, al verificar su válides, se crean instrumentos mediante los cuales se realice los procedimientos pertinentes para su aplicación en el Derecho Colombiano.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, es posible la implementación de aquellos instrumentos de la legislación laboral alemana nombrados a lo largo de este capítulo, siempre y cuando estos se adecuen a la realidad social y económica colombiana, pues es menester acotar las posibilidades que estén al alcance de los recursos que tiene el gobierno, ya que la creación de una normativa formal, pero que no se puede materializar solo surgiría para la inobservancia de esos derechos en particular.

Conclusión

En sentido de la investigación para verificar cuáles instrumentos jurídicos alemanes son similares a los de la legislación colombiana, se encontró que: ambos países comparten aquellas premisas en las que la comunidad debe estar dotada de unos derechos fundamentales que dan un fin esencial a la persona de dignidad humana, además que cada uno, define dentro de sus capacidades los derechos económicos, sociales y culturales que puedan correlacionarse con los anteriormente nombrados, así también se logró identificar algunas figuras jurídicas en el ámbito laboral que pueden ser favorables para la legislación colombiana, existen varias que pueden adaptarse a la necesidad social actual, puesto que aunque hay muchas garantías para los trabajadores en el marco normativo colombiano, en otras cuestiones se queda un poco corta con los fenómenos sociales y movimientos laborales actuales, siendo este el caso de la interdependencia que tiene el ámbito laboral y las relaciones familiares, así como también las responsabilidades que estos conllevan, es por esto que se considera como una necesidad imperiosa seguir mejorando, pues, al tener mejor estabilidad en los vínculos laborales, aumentamos mayor productividad que es algo que necesita el mercado colombiano.

Respecto a la hipótesis planteada inicialmente en el trabajo de investigación, después de que se realizará el análisis documental, se puede denotar que aunque en Colombia el Trasplante Jurídico es apenas una discusión filosófica y social, respecto al problema en cuestión se puede indicar que se confirma parcialmente la tesis sobre la importación de estructuras jurídicas en materia laboral, puesto que existen otros medios para la creación o la adopción de ellas, ya que, haciendo uso de doctrina, se infiere que esta implementación se puede realizar mediante la celebración de Tratados Internacionales o el análisis de derecho comparado, tras el análisis de normativas jurídicas colombianas y alemanas, en las que se sustenta

esta investigación, nos señala una posible aceptación de figuras jurídicas extranjeras.

Para conocer la respuesta al tema de investigación que se planteó inicialmente, se realizó una selección amplia de literatura específica que documentará eficazmente sobre la tesis comprendida, así como aquellos conceptos jurídicos puntuales que se presentan en cada normativa, tanto de Colombia, como de Alemania, la confirmación parcial de esta tesis se basa en la revisión de literatura, jurisprudencia y doctrina incipiente sobre esta tesis, indicando de esta manera que: aunque no es un tema referenciado por las altas cortes, no se encuentra excepto de la importación jurídica se pueda realizar por medio de otros mecanismos judiciales, claro está, con la normativa e implementación adecuada, en ese sentido, es posible que en la posteridad exista una respuesta concreta al problema anteriormente planteado, pues aunque la respuesta al problema jurídico no ha sido definida de forma puntual, puede orientar a visibilizar mejor el problema formulado.

Referencias citadas

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia [Constitución Política].
https://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Boza Pró, G. (2014). *Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo*. THEMIS: Revista de Derecho, 65, (Pág. 13-26).
ISSN 1810-9934, ISSN-e 2410-9592.
- Bundesministerium für familie senioren frauen und jugend (S.f) Was Sie zum Elterngeld wissen müssen.
<https://familienportal.de/familienportal/familienleistungen/elternge ld/faq>
- Caamaño Rojo, E. (2008). El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar. *Revista de derecho*, 31 (Pág. 325-354). <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000200008>
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia de T-406/92.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-622/97.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-622-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Sentencia de C-171/20.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-171-20.htm>
- Kocher, E. & Mimentza Martin, J. (2014). III Parte Dos modelos, dos experiencias: Alemania y EE UU en Landa Zapirain, J. (Ed.). *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (Pág. 113-131). Editorial Dykinson. ISBN 9788490316627
- Orgaz, C. (2022). Cómo es la "green card" con la que Alemania facilitará la entrada al país y la búsqueda de empleo a ciudadanos no europeos. BBC News Mundo.
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-63236395>
- Rodríguez Villabona, A. (2009). *La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el Derecho*. IUSTA, 2(31). <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2009.0031.07>

Análisis jurídico de las garantías laborales para los campesinos en Colombia

*Liseth Dayana Murillo Pillimue*¹

*Yesica Paola Chantre Yacumal*²

*Ramsés López Santamaría*³

Resumen

Este capítulo se adentra en el análisis de las garantías laborales otorgadas a los trabajadores campesinos en Colombia, y evaluar su aplicación en la práctica, para abordar esta cuestión, se seguirá un enfoque cualitativo basado en el análisis de sentencias emitidas por la Corte Constitucional que se relacionan con los derechos laborales de los campesinos, estas decisiones judiciales proporcionan una valiosa perspectiva sobre la interpretación y aplicación de la legislación laboral en el contexto rural.

La pregunta central que guía esta investigación es: ¿Cuáles son los derechos y garantías que han sido reconocidos para los trabajadores del campo en Colombia y cómo se aplican en la práctica? Con el propósito de abordar de manera exhaustiva este tema, se han establecido tres objetivos específicos, en primer

¹Estudiante de Pregrado Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca.
liseth.murillo.p@uniautonomia.edu.co

²Estudiante de Pregrado Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca.
yesica.chantre.y@uniautonomia.edu.co

³Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho Contemporáneo, Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid en España. Investigador Junior y par evaluador reconocido por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia. Contacto: ramses.lopez.s@uniautonomia.edu.co.

lugar, se indagará en la realidad laboral del sector campesino, explorando los desafíos históricos, sociales y legales que han modelado su evolución.

El segundo objetivo implica un minucioso análisis jurisprudencial y normativo, que examinará en detalle las sentencias emitidas por la corte constitucional y la legislación laboral relacionada con los derechos de los campesinos, finalmente, se procederá a analizar la situación actual de los derechos laborales del campesino, con el fin de comprender su aplicación en la práctica.

Introducción

El contexto laboral en Colombia es diverso y complejo, con una población significativa de trabajadores dedicados a actividades agrícolas en zonas rurales y campesinas, estos trabajadores, a menudo desempeñando un papel crucial en la producción de alimentos y el desarrollo rural, merecen una atención especial en lo que respecta a sus derechos y garantías laborales.

Es pertinente indagar o replantearse respecto a la situación compleja que afecta a varios trabajadores, especialmente a aquellos que laboran en el sector campesino y rural, estos trabajadores se encuentran en una posición vulnerable ante riesgos que pueden surgir por problemas financieros en su vejez, dificultades de salud y peligros en el entorno laboral, como accidentes y condiciones laborales precarias.

Del mismo modo, es menester analizar la situación de los campesinos que trabajan y administran sus propias tierras, así como la de pequeños propietarios que, a pesar de tener acceso a la tierra, no logran obtener ingresos suficientes, a menudo por debajo del salario mínimo legal; todo esto se enmarca en la Constitución de Colombia y la jurisprudencia relacionada con el Código Sustantivo del Trabajo.

Estas normativas han establecido un marco legal para proteger los derechos laborales de los trabajadores, sin embargo, la implementación efectiva de estas protecciones en las zonas rurales presenta desafíos significativos, el propósito de esta investigación es abordar estos desafíos y obtener una comprensión más profunda de la situación de los trabajadores campesinos en el país.

Este artículo tiene como objetivo llevar a cabo un análisis exhaustivo de las garantías laborales otorgadas a los trabajadores campesinos y rurales en Colombia. La pregunta central que guía esta investigación es: ¿Cuáles son los derechos y garantías que han sido reconocidos para los trabajadores del campo en Colombia y cómo se aplican en la práctica?

Para abordar esta pregunta, se llevará a cabo un enfoque cualitativo que se basa en el análisis de sentencias emitidas por la Corte Constitucional relacionadas con los derechos laborales de los campesinos, estas decisiones judiciales ofrecen una visión importante de la interpretación y aplicación de la legislación laboral en el contexto rural.

Este artículo se adentra en la compleja realidad laboral del sector campesino desde una perspectiva multidimensional que abarca aspectos históricos, sociales y legales, se exploran los desafíos que han persistido a lo largo del tiempo, así como los obstáculos sociales y jurídicos que han contribuido a la informalidad laboral y la falta de protección de los trabajadores campesinos en Colombia.

Para comprender la situación en profundidad, se analizarán sentencias relevantes de la Corte Constitucional y la normativa laboral específica que se aplica a este sector, considerando la influencia de modelos agrícolas coloniales y la falta de gobernanza en las zonas rurales. Estos tres subtemas permitirán una exploración detallada de las garantías laborales para los campesinos en Colombia.

Al final, se presentarán conclusiones que resumirán los hallazgos clave de la investigación y ofrecerán reflexiones sobre el estado actual de las garantías laborales en el campo colombiano, este artículo busca contribuir a una comprensión más profunda de la situación laboral de los trabajadores campesinos en Colombia y aportar a la discusión sobre la efectividad de las garantías laborales en un contexto rural diverso y en constante evolución normativa y judicial.

Realidad laboral del sector agropecuario colombiano: desafíos históricos, sociales y legales

En un contexto histórico que abarca desde la fundación de la República de Colombia en 1819, se destaca cómo las tierras destinadas a la actividad agrícola

han sido históricamente administradas y controladas por terratenientes, quienes las han vuelto inalcanzables para la población campesina.

Esta situación ha llevado a la ineficiencia en el uso de la tierra y, en algunos casos, a la improductividad de las mismas, el despojo violento de tierras a campesinos ha sido una constante en el sector campesino, un problema que persiste en la actualidad, por ejemplo, el caso de la Finca Emperatriz en Caloto, Cauca. En este lugar, comunidades indígenas que fueron despojadas de sus tierras por terratenientes han enfrentado décadas de intentos infructuosos por recuperarlas, sufriendo masacres y amenazas constantes.

Desde una perspectiva práctica cómo la legislación laboral actual presenta desafíos para la formalización laboral y dificulta el acceso a servicios de seguridad social para la población campesina, muchas actividades en el campo, como la siembra, la fumigación y la cosecha, son estacionales y de corta duración, lo que ha llevado a problemas en la cotización de seguridad social, ya que el sistema no permite cotizar por menos de treinta días.

Según investigaciones de Jaramillo (2010), se ha establecido que antes de la consolidación del proceso de independencia en Colombia, la economía del país se sustentaba en el modelo de ‘La Hacienda’, a medida que avanzaba el siglo XVIII, empezaron a surgir los primeros indicios de producción agrícola y las condiciones de vida de la población campesina, la mayoría de los trabajadores eran esclavos o indígenas y que sus condiciones laborales carecían de regulación, lo que los exponía a condiciones de trabajo inhumanas.

De acuerdo con el análisis de Jaramillo (2010), tras la declaración de independencia en 1819, se evidenció un cambio significativo en la percepción de la agricultura como un medio crucial para el desarrollo y la sostenibilidad del Estado colombiano, las autoridades de la época dirigieron sus esfuerzos hacia la dinamización de la producción agrícola, las relaciones laborales y la creación de nuevas perspectivas de mercado.

Sin embargo, este objetivo se vio obstaculizado por varios factores, como la falta de implementación efectiva de políticas para el sector agropecuario y la ausencia de una planificación adecuada, los conflictos independentistas que sacudieron la región también tuvieron un impacto significativo en la agricultura, ya que muchos de los trabajadores rurales, incluyendo esclavos, indígenas y mestizos, se unieron a los ejércitos de liberación.

Como señalan Kalmanovitz y López (2006), muchos de los trabajadores que habían participado en los ejércitos de liberación, incluyendo esclavos, indígenas y mestizos, tomaron la decisión de saquear las haciendas donde habían laborado, esta acción drástica fue un reflejo de la insatisfacción y la búsqueda de retribución de estos trabajadores que, históricamente, habían sido sometidos a duras condiciones laborales y falta de reconocimiento de sus derechos.

La situación llegó a tal punto que, en algunos casos, los trabajadores llegaron a secuestrar a los hacendados y terratenientes que ostentaban la propiedad de la tierra, este episodio ilustra la complejidad de las relaciones laborales en el sector agrario y resalta la necesidad de analizar cómo estas dinámicas históricas continúan influyendo en la realidad laboral de los campesinos colombianos en la actualidad.

Tras la independencia, la situación de los campesinos en Colombia se volvió aún más complicada, y muchos de ellos emigraron a las ciudades, mientras que otros permanecieron en el campo, los que permanecieron en el campo, conocidos como "colonos", estaban formados principalmente por esclavos africanos liberados, indígenas y mestizos.

Estos grupos se organizaron en comunidades apartadas llamadas 'palenques', al mismo tiempo, algunos indígenas se agruparon en "resguardos" pero también fueron despojados de sus tierras debido a las leyes liberales de 1850, en la segunda mitad del siglo XIX, aproximadamente en 1851, el Estado poseía más del 80% de las tierras cultivables del país.

Sin embargo, el gobierno emitió bonos y documentos que permitían reclamar tierras baldías, pero estos documentos terminaron en manos de especuladores de tierras, lo que complicó aún más la situación de los campesinos y fortaleció a los terratenientes y la figura de la Hacienda. A pesar de estos desafíos, a finales del siglo XIX, en 1890, algunos grupos de colonos lograron ocupar porciones de tierras baldías, lo que llevó a conflictos relacionados con la falta de productividad de estas tierras y al minifundismo.

Durante esta época, exponen Melo (2007) y se expone en la Historia de Colombia (2021), hubo conflictos armados y desplazamientos masivos en diversas regiones, lo que culminó en la Guerra de los Mil Días, en medio de estos conflictos, los colonos encontraron nuevas tierras baldías en lugares como Sumapaz y los alrededores de Santa Marta, lo que marcó un punto de inflexión

en la situación de los campesinos colombianos y dio forma a las dinámicas del siglo XX que se avecinaba.

A pesar de las consecuencias nefastas que la Guerra de los Mil Días tuvo en la economía del país, a partir de 1903, se observó un cambio positivo en la productividad agrícola y en las condiciones de vida de los campesinos trabajadores, durante este período, el café se convirtió en el producto de exportación principal. Thorp (1998) señala que en 1905 se exportaban medio millón de sacos de café, un millón en 1913 y dos millones hacia 1920, además del café, se cultivaban en el país otros productos como caña de azúcar, banano, algodón, plátano, frijol, arroz, cacao, cebada, fíque, maíz, papas, tabaco y trigo.

A pesar de estos avances, surgieron situaciones de despojo de tierras en manos de terratenientes, pequeños feudales y familias adineradas, que se aprovecharon de la prosperidad económica para apoderarse de las tierras que habían sido trabajadas por los colonos-campesinos, en su mayoría analfabetos y fácilmente manipulables.

Algunos campesinos lograron proteger sus tierras debido a su mayor nivel de escolaridad y conocimiento legal, y con el apoyo de aliados en las clases medias, sin embargo, hubo conflictos prolongados, como los enfrentamientos en Pandi y San Bernardo (Cundinamarca) y Prado (Tolima) que duraron más de 30 años.

Así como los conflictos en las regiones Atlántica y Pacífica, donde multinacionales como la United Fruit Company y la American Colombia Corporation intentaron apropiarse de tierras durante décadas, marcando un período de auge en la economía colombiana en las primeras décadas del siglo XX, antes de la Gran Recesión mundial, a pesar de los conflictos internos y la violencia generalizada (Thorp, 1998).

A pesar del crecimiento de la economía, manifiesta Bertola y Ocampo (2013), la situación en el campo era precaria, lo cual se explica por la concentración de la producción agrícola en grandes extensiones de tierra propiedad de terratenientes adinerados y familias prominentes. Estas tierras habían sido arrebatadas a los campesinos-colonos, y los terratenientes invertían importantes sumas de dinero en la mejora de la producción, respaldados por multinacionales estadounidenses que operaban a gran escala en la producción de productos como banano, café, maíz y ganado.

La población colombiana experimentó cambios significativos debido a los conflictos que ocurrieron a principios del siglo XX, afectando tanto al campesinado como a la población urbana, en 1905, la población de Colombia era de aproximadamente 4.7 millones de personas, con un 4.5% de esa población concentrada en las cuatro ciudades más grandes: Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla.

Y, hacia 1938, se produjo un notable aumento en el índice poblacional, como refieren Flórez (2001), Bulmer-Thomas (2011), estos datos son relevantes porque, durante las primeras décadas del siglo XX, la producción industrial en Colombia no estaba plenamente desarrollada, la economía del país dependía en gran medida de la agricultura, lo que hacía que la situación de los campesinos tuviera un impacto directo en todos los estratos sociales de la nación.

En este contexto histórico, asesores gubernamentales y expertos desempeñaron un papel crucial al llegar a la conclusión de que los conflictos relacionados con la propiedad de la tierra, los latifundios, las expropiaciones y las políticas proteccionistas que favorecían a los terratenientes adinerados habían tenido un impacto negativo en el desarrollo económico del país, impidiendo que la economía alcanzara su máximo potencial.

Tal como lo expresó el Ministro de Industrias de la época, LeGrand (1988), se consideraba imperativo "acabar con el nocivo y anticuado sistema del latifundio", en consonancia con esta perspectiva, el gobierno se propuso modificar la estructura de tenencia de la tierra, con un enfoque en fortalecer la clase media rural.

Se reconoció que los pequeños productores tenían la capacidad de trabajar la tierra de manera eficiente y que el crecimiento industrial requería un suministro adecuado de materias primas, particularmente en un mercado interno en expansión. El diario *El Tiempo* abogó por una política agraria que fomentara la producción agrícola y permitiera que los trabajadores rurales se convirtieran en consumidores activos de productos nacionales, al tiempo que contribuyeran a la generación de riqueza

A pesar de los avances en la economía y la producción agrícola, la crisis económica de 1929 en los Estados Unidos, conocida como La Depresión, tuvo un fuerte impacto en Colombia, el precio del café y otros productos se desplomó, lo que resultó en altos niveles de desempleo, cierre de empresas y despidos masivos, en respuesta a esta situación, se instó a la población desempleada a

regresar al campo para reactivar la producción de alimentos y estimular la economía.

Durante la década de 1930, Ahumada (2010), relacionan que se reavivó el debate sobre la importancia de las Haciendas como un fenómeno clave en la realidad social de América Latina, se definieron como propiedades agrícolas operadas por terratenientes que dirigían una fuerza de trabajo subordinada, organizada para abastecer un mercado local con un capital limitado. Los factores de producción se utilizaban no solo para la acumulación de capital, sino también para mantener el estatus social del propietario.

Entre 1945 y 1980, la economía agrícola en Colombia experimentó un auge, a pesar de la violencia partidista que ocurrió entre 1948 y 1958. Sin embargo, esta violencia dejó secuelas que se manifestarían más tarde a través de grupos insurgentes y una creciente inseguridad en las zonas rurales.

En la década de 1960, se llevaron a cabo reformas para mejorar la situación de los campesinos, pero el surgimiento de movimientos armados ilegales, como las FARC y el ELN, socavó estos esfuerzos y generó inestabilidad y desconfianza, lo que resultó en la fuga de inversiones.

En la década de 1970, se implementó un modelo económico llamado "El plan de las cuatro estrategias" con el objetivo de impulsar la producción y redistribuir la tierra de manera más equitativa, teniendo en cuenta las condiciones geográficas y climáticas de cada región. Más tarde, durante el gobierno de López Michelsen (1974-1978), se introdujo la política: "*Para cerrar la brecha*" para reducir la desigualdad de ingresos y apoyar a las clases menos favorecidas.

Esto llevó a la creación de la Ley 6 de 1975, que regulaba los contratos de aparcería y otras formas de explotación de la tierra, aunque esta ley buscaba mejorar las condiciones de vida de los campesinos, también introdujo la informalidad laboral. A pesar de los esfuerzos gubernamentales para mejorar el sector agropecuario, la situación se ha mantenido inalterada.

Durante el período de 1978 a 1982, el "PIN - Plan de Integración Nacional" buscaba desarrollar la infraestructura y aprovechar la bonanza cafetera. Sin embargo, la década de 1980 vio un freno en el crecimiento económico y problemas fiscales y de deuda, aunque menos graves que en otros lugares de América Latina (Kalmanovitz & López, 2006).

El gobierno se vio presionado por la opinión pública a negociar la paz con grupos insurgentes como el Movimiento 19 de abril y las FARC, especialmente durante el mandato del Presidente Belisario Betancur (1982-1986). Al mismo tiempo, el narcotráfico se fortaleció, y la violencia se intensificó, lo que resultó en el desplazamiento de población y la transición a cultivos ilícitos como la coca y la marihuana, teniendo un impacto adverso en el sector agropecuario, el empleo y las condiciones de vida de los trabajadores rurales.

A pesar de los esfuerzos posteriores de implementar reformas agrarias, estas no lograron sus objetivos debido al aumento de la violencia y la influencia del narcotráfico en las instituciones del país, lo que generó problemas como la corrupción y contribuyó a la inestabilidad, este estigma internacional ha perdurado hasta el día de hoy.

En la actualidad, el esquema de La Hacienda y el pequeño feudal del siglo XXI, junto con el Contrato de Aparcería, persisten en el sector agropecuario colombiano, como infiere Kalmanovitz & López (2006), esto ha llevado a la informalidad laboral de los trabajadores rurales y la ausencia de "trabajo digno y decente" según los parámetros de la OIT, los terratenientes actuales no tienen incentivos para cambiar este esquema debido a su impacto negativo en la rentabilidad.

A partir de la creación del Código Sustantivo del Trabajo en 1950 y, especialmente, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, ha surgido la agroindustria en Colombia, la agroindustria se refiere a la producción, industrialización y comercialización de productos agropecuarios, forestales y recursos naturales biológicos.

Esto es relevante en esta investigación porque, aunque la agricultura aún está influida por estructuras como la Hacienda, el Feudalismo del Siglo XXI y el Contrato de Aparcería, la legislación laboral actual exige que las relaciones laborales con los trabajadores se formalicen, evitando así violaciones legales que podrían dar lugar a acciones judiciales y administrativas por parte del Ministerio de Trabajo.

Este análisis del contexto histórico del trabajo en campo colombiano sentará las bases para el siguiente subtema, que abordará la situación actual del trabajador campesino desde una perspectiva práctica y normativa, se analizará cómo la legislación laboral y de seguridad social vigente plantea desafíos que

obstaculizan la formalización laboral y la protección integral en seguridad social del trabajador campesino.

Análisis jurisprudencial y normativo

De acuerdo con la Asamblea Nacional Constituyente (1991) y a partir de la Constitución Política de Colombia, se encuentra una sección de carácter dogmático, en esta sección, se incluye un capítulo dedicado a los derechos sociales, económicos y culturales, comúnmente conocidos como derechos de "segunda generación", estos derechos imponen una obligación al Estado de asegurar una calidad de vida adecuada para todos los ciudadanos.

Esta perspectiva constitucional destaca la importancia de garantizar no solo los derechos civiles y políticos, sino también aquellos relacionados con las condiciones de vida, la justicia social y la equidad, los derechos sociales, económicos y culturales tienen como objetivo fundamental mejorar la calidad de vida de la población y asegurar su bienestar general.

La expedición de la Constitución Política de 1991 marcó un punto de quiebre importante en lo que respecta a la cuestión campesina y el trabajador agrario en Colombia. Los artículos 64 al 66 de esta constitución se refieren específicamente a estos grupos, el artículo 64 es de particular relevancia, puesto que, establece el marco jurídico aplicable al campesino en el contexto de la creación de un Estado social de derecho, a través de este artículo, se otorgan prerrogativas y derechos específicos a los campesinos, reconociendo su situación y necesidades particulares.

La inclusión de estos artículos en la Constitución de 1991 representa un avance significativo en la protección de los derechos de los campesinos y trabajadores agrarios en Colombia. Estos cambios constitucionales buscan garantizar que el Estado brinde un trato especial a este grupo, reconociendo su importancia en la estructura económica y social del país y promoviendo su bienestar y desarrollo.

El artículo 64 sienta las bases para un enfoque más inclusivo y equitativo en las políticas y regulaciones relacionadas con el campo colombiano, mencionando tácitamente:

“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de

educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”.

De igual manera y en consonancia con la Constitución de 1991, se reconoce que el Estado colombiano tiene la responsabilidad de velar por el buen vivir de sus ciudadanos, esto implica proporcionar oportunidades para el desarrollo económico, la educación, la salud, la vivienda y otros aspectos esenciales que contribuyan a una vida digna y plena.

En el desarrollo posterior de normativas relacionadas con los derechos de los campesinos, en particular de aquellos que son trabajadores campesinos, destaca la Ley 101 de 1993. Esta ley hace referencia específica en su objetivo a la implementación de los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución, la normativa establece herramientas de acción económica, como las Sociedades Agrarias de Transformación –SAT–, con el propósito de fomentar el desarrollo de la actividad asociativa empresarial en el ámbito campesino.

Continuando con la Ley 101 de 1993 representa un paso importante en la concreción de los derechos y prerrogativas reconocidos a los campesinos en la Constitución de 1991, esta normativa proporciona mecanismos concretos para promover la organización y la actividad económica de los campesinos a través de las SAT, lo que contribuye al desarrollo de su capacidad empresarial y a la mejora de sus condiciones laborales en el sector agrario.

Empero, la Ley 160 de 1994, diseñada para implementar las disposiciones constitucionales, establece dos modalidades de explotación agropecuaria en Colombia. En primer lugar, a través de lo que se conoce como la Unidad Agrícola Familiar –UAF–, donde la explotación es llevada a cabo por el propietario de la tierra, su familia y, en ciertas ocasiones, mano de obra externa.

La segunda modalidad se refiere al modelo comunitario, promoviendo el trabajo cooperativo en el sector agrario. Sin embargo, a pesar de que estas leyes fueron concebidas con el objetivo de impulsar la asociatividad campesina, se argumenta en este documento que pueden tener efectos perjudiciales para el trabajador campesino.

Es importante destacar que estas leyes se centran en la explotación agropecuaria, partiendo de la premisa de que el campesino es el propietario de su parcela, no obstante, como se analiza en este trabajo, estas leyes no logran plenamente el aspecto enfatizado en la jurisprudencia constitucional, que es la necesidad de

otorgar el estatus de sujeto de especial protección constitucional al campesino y al trabajador campesino.

Una de las sentencias relevantes es la Sentencia C-021 de 1994, emitida el 27 de enero de 1994, en la que se abordó una acción de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 3 de la Ley 34 de 1993. Esta sentencia es de gran importancia para el propósito de este estudio debido al análisis que realizó la Corte Constitucional sobre la labor de los trabajadores rurales, que se expresó en los siguientes términos:

La Constitución concede un trato diferenciado a los trabajadores del campo y al desarrollo del campesinado, distinto al otorgado a otros sectores de la sociedad y de la producción, este enfoque busca establecer igualdad no solo en términos legales sino también en lo económico, social y cultural, se parte del supuesto de que el crecimiento de este sector contribuye a la prosperidad de otros sectores económicos del país.

Por lo tanto, el Estado tiene la responsabilidad de intervenir para mejorar las condiciones de vida de una comunidad que históricamente ha estado sumida en la pobreza y la marginación social, esto implica que los trabajadores rurales son un grupo amparado por la Constitución y merecen un tratamiento especial, forman parte de un sector vulnerable que tiende a no mejorar sus condiciones de vida, lo que afectaría otros derechos relacionados, como el derecho al trabajo o a la salud.

Por esta razón, el Constituyente, durante las deliberaciones, adoptó medidas cautelares para garantizar su acceso a la propiedad y, de esta manera, mejorar su calidad de vida en el entorno rural, en el contexto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, se ha destacado la importancia de la propiedad rural y su función social.

Esto ha llevado a un cambio significativo en el pensamiento respecto a la propiedad en el sector rural, reconociendo la relevancia de garantizar el acceso a la tierra a los trabajadores del campo, en la Sentencia C-006 de 2002, se resolvió una acción de inconstitucionalidad sobre el artículo 45 de la Ley 160 de 1994, donde se subrayó la función social de la propiedad rural. Se estableció que esta debe estar orientada hacia el bienestar de la comunidad y promover el desarrollo agropecuario, económico y social del país, esto implica una protección especial para los trabajadores del campo.

Por su parte, en la Sentencia C-644 de 2012, se profundizó en el concepto de campo como un bien jurídico de especial protección constitucional, se reconoció que el campo representa una realidad geográfica, regional, humana, cultural y económica que merece una atención particular del Estado, se destacó que el acceso a la propiedad rural no solo implica la obtención de un título de propiedad, sino también la mejora del ingreso y la calidad de vida de los campesinos, abordando aspectos como vivienda, tecnología, mercados y asistencia financiera.

La Sentencia C-623 de 2015, emitida el 30 de septiembre de 2015, ofreció valiosos aportes con respecto a los contenidos protegidos por el derecho de acceso a la tierra, este fallo se originó a raíz de una acción pública de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano que cuestionó ciertos artículos de la Ley 160 de 1994. En este contexto, se destacan los siguientes aspectos:

Primero, se reconoce el acceso a la tierra en diversas modalidades, como la titulación individual o colectiva de tierras para los pobladores rurales, la posibilidad de arrendamiento, la concesión de créditos a largo plazo, la creación de subsidios para la compra de tierra y el desarrollo de proyectos agrícolas, entre otros.

Conjuntamente del acceso a la tierra, se garantiza el acceso a recursos y servicios que permitan la realización de los proyectos de vida de la población rural, esto abarca aspectos como educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de productos, asistencia técnica y empresarial.

Asimismo, se subraya la importancia de brindar seguridad jurídica en todas las formas de tenencia de la tierra, como la propiedad, la posesión y la mera tenencia, esta protección no se limita únicamente a cuestiones relacionadas con títulos de propiedad y derechos reales sobre bienes. Por el contrario, se extiende a garantizar la conexión que existe entre la población rural y el espacio físico en el que desean llevar a cabo sus proyectos de vida.

Del mismo modo, en el fallo C-077 de 2017, emitido el 8 de febrero de ese año, se abordó un asunto de gran relevancia para el avance del derecho de acceso a la tierra y el desarrollo del campesinado en el país, en dicho dictamen se estableció que las políticas gubernamentales relacionadas con la agricultura tienen cierta autonomía, pero se destacó que esta facultad no es absoluta ni arbitraria, su finalidad es discernir la opción más adecuada desde una perspectiva económica y social equitativa en el ámbito rural, basándose en los principios

constitucionales y en la protección de otros derechos fundamentales reconocidos a favor de la población campesina.

Por otro lado, la Sentencia C-077 de 2017, dictada por la Corte Constitucional, se promueve el concepto de "democracia económica", esto implica que el poder legislativo tiene la responsabilidad de garantizar los derechos sociales, económicos y culturales establecidos en la Constitución, se destaca la importancia de asegurar la seguridad alimentaria de la población colombiana de manera sostenible, reduciendo la dependencia de importaciones de alimentos y fomentando el desarrollo económico del país.

La sentencia establece los principios de prohibición de regresividad y progresividad, lo que significa que una vez que se alcanza un cierto nivel de protección de los derechos sociales, el legislador no puede retroceder en términos de protección ni aumentar los requisitos para ejercer esos derechos, ni reducir los recursos destinados a garantizarlos, estos principios sirven como salvaguardia para mantener los avances en derechos y garantías a lo largo del tiempo y bajo diferentes administraciones.

En el ámbito de la jurisprudencia, se ha reconocido un derecho fundamental que permite a las personas vivir como deseen, sin ser humilladas, en un entorno de igualdad en lo económico, lo cultural y lo social, en particular enfocado en los campesinos, este derecho se basa en el respeto por la dignidad de las personas.

En este sentido, la Sentencia C-644 de 2017, al ejercer su función de control constitucional, reconoció el Decreto 870 de 2017 y llegó a la conclusión de que es crucial considerar el derecho a la participación como una parte esencial de las garantías otorgadas a los campesinos y trabajadores rurales.

El derecho a la participación, que se manifiesta a través de la consulta previa, es un derecho fundamental que permite a las personas afectadas por decisiones del Estado que podrían poner en peligro su existencia como grupo social expresar sus opiniones y ser escuchadas, esto enfatiza aún más la importancia de los trabajadores del campo en la formulación de políticas públicas, lo cual es fundamental para lograr un desarrollo sostenible y respetar el medio ambiente.

Asimismo, es una obligación del Estado proteger los abundantes recursos naturales de Colombia, siguiendo los principios de prevención y precaución para evitar daños graves al entorno natural. Y, finalmente, es menester traer a colación

la Sentencia de Unificación 213 de 2021, en donde la Corte estableció reglas legales relacionadas con los campesinos.

Se enfatizó que el "derecho de acceso progresivo a la tierra tiene carácter fundamental", lo que significa que está relacionado con derechos básicos como la vida, la igualdad y otros, se destacó que los campesinos merecen una protección especial en ciertas situaciones, debido a su historia de marginalización y vulnerabilidad, así como a circunstancias específicas como el desplazamiento forzado, la abstención del gobierno colombiano de votar a favor de la Declaración de Derechos Campesinos, a pesar de su tradición agraria, plantea interrogantes sobre sus motivos, y el Ministerio de Agricultura ha presentado un proyecto de acto legislativo para abordar esta cuestión.

La falta de garantía de derechos laborales para los campesinos en Colombia, en relación con esta Sentencia, plantea preocupaciones significativas en términos de equidad y justicia social, a pesar de que esta sentencia destaca la importancia de considerar el "derecho de acceso progresivo a la tierra" como un derecho fundamental, es esencial abordar la realidad que enfrentan los campesinos en el país.

La falta de protección laboral adecuada en el campo, la inseguridad en la tenencia de la tierra y la limitada participación en la toma de decisiones que afectan sus vidas son problemas persistentes, esta situación subraya la necesidad de una acción más contundente para asegurar la igualdad y el respeto a los derechos laborales de los campesinos.

La abstención del gobierno colombiano en la votación a favor de la Declaración de Derechos Campesinos, a pesar de ser un país con una larga tradición agraria, plantea interrogantes sobre las prioridades y motivaciones detrás de esta decisión. ¿Se deben considerar intereses personales o corporativos que podrían estar influyendo en la política gubernamental?

Esta abstención parece un paso atrás en el camino hacia el reconocimiento de los derechos de los campesinos en un contexto donde sus condiciones de trabajo y vida requieren una protección más sólida. También, la presentación de un proyecto de acto legislativo por parte del Ministerio de Agricultura indica que hay una creciente conciencia de la importancia de abordar estas cuestiones, pero es crucial que estas acciones se traduzcan en mejoras reales para la población campesina.

En última instancia, esta situación resalta la necesidad de una mayor atención a la igualdad, la justicia y la protección de los derechos laborales de los campesinos en Colombia, esta Sentencia de Unificación, es un paso importante en la dirección correcta, al reconocer la fundamentalidad del derecho de acceso a la tierra, pero es esencial que estas palabras se traduzcan en acciones concretas que aborden las preocupaciones reales de los trabajadores rurales.

La abstención en la votación de la Declaración de Derechos Campesinos plantea cuestionamientos sobre las motivaciones detrás de esta decisión y subraya la importancia de que el gobierno y la sociedad colombiana trabajen juntos para mejorar las condiciones de vida y laborales de los campesinos, promoviendo un país más justo e inclusivo.

En este sentido, la Constitución de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han establecido una protección especial para los campesinos en Colombia, fundamentada en su historia de desafíos y desventajas, asimismo, se ha subrayado la importancia de la función social de las tierras campesinas y su relación con el derecho de acceso a la tierra, que busca garantizar la protección de este recurso, facilitar el acceso a la propiedad de la tierra y promover el desarrollo social en este ámbito.

Esta perspectiva está vinculada con el derecho a un medio ambiente saludable y se alinea con la preocupación global por evitar la constante degradación del entorno, por otro lado, la seguridad alimentaria emerge como una cuestión de relevancia crucial para las generaciones futuras. No obstante, para que estas disposiciones legales tengan un impacto real, es fundamental que se traduzcan en acciones concretas.

La efectividad de estas leyes dependerá en gran medida de la implementación y del grado de conciencia y compromiso de las instituciones y la sociedad en su conjunto, por tanto, es imperativo que estas medidas legales no se queden solo en el papel y se conviertan en pasos concretos hacia un desarrollo agrícola equitativo y sostenible que beneficie a toda la nación colombiana.

A lo largo de los años, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en el fortalecimiento de la protección de los derechos de los campesinos en Colombia, la aprobación del proyecto de acto legislativo destinado a reconocer la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos debería ser una prioridad para el nuevo Gobierno. Esto implicaría una inversión en la mejora de la infraestructura de

acceso y el fomento de cooperativas de economía solidaria, en consonancia con una serie de derechos tanto a nivel nacional como internacional.

Esta medida no solo consolidaría la protección de los derechos de los campesinos colombianos, sino que también reforzaría el compromiso del país con los estándares y principios internacionales en materia de derechos humanos. Además, promovería un entorno más propicio para el desarrollo y bienestar de la población campesina, contribuyendo a mejorar sus condiciones laborales y su calidad de vida en el ámbito rural. La implementación de esta iniciativa reflejaría un avance significativo en la promoción de la justicia y la equidad en el campo colombiano.

Situación actual de los derechos laborales del campesino colombiano

Si bien la legislación laboral en Colombia establece una serie de derechos y garantías mínimas para los trabajadores, lamentablemente la realidad de los campesinos en el país no siempre refleja un cumplimiento adecuado de estos derechos, a pesar de las disposiciones legales, los trabajadores rurales, en su mayoría campesinos, a menudo enfrentan condiciones laborales precarias y carecen de una protección efectiva de sus derechos.

El análisis vuelve a examinar la realidad histórico-social que ha tenido un profundo impacto en las relaciones laborales en el entorno campesino de Colombia, se enfatiza nuevamente la ausencia de un sistema de diferenciación jurídica positiva que aborde específicamente la situación del campesino trabajador en el país. Este problema se remonta a finales de la década de los cincuenta, cuando se promulgó lo que hoy conocemos como el Código Sustantivo del Trabajo –CST– a través de los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y el Decreto 905 de 1951.

Estos decretos establecieron el marco normativo para las relaciones contractuales entre empleadores y trabajadores, que se aplicó de manera predeterminada también al trabajador del sector rural, este enfoque legal no consideró las particularidades y necesidades específicas de los campesinos en su relación laboral.

Esta falta de un régimen jurídico diferenciado para los campesinos trabajadores en Colombia ha tenido un impacto significativo en la protección de sus derechos

laborales y en su situación laboral en general, la adopción de un marco normativo diseñado específicamente para abordar las particularidades y desafíos que enfrenta este grupo en el entorno rural sería fundamental para garantizar una mayor equidad y justicia en las relaciones laborales de los campesinos.

En un estudio titulado "¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?" publicado por Berry (2002), aborda una cuestión fundamental en el contexto colombiano, se refiere a la problemática estructural relacionada con la falta de equidad y los bajos salarios en la agricultura colombiana.

Berry también destaca que esta problemática está vinculada a los conflictos de intereses entre los diversos actores involucrados, lo cual ha obstaculizado los múltiples intentos y reformas propuestos para abordar este asunto, en contraste con esta situación, el autor señala que algunos países asiáticos, a pesar de tener extensiones de tierra más reducidas, han implementado reformas agrarias estructurales exitosas que han contribuido al desarrollo del sector agrario.

La comparación entre la situación en Colombia y la de estos países asiáticos subraya la importancia de abordar los problemas estructurales en el contexto agrario colombiano esta sesión se adentra en uno de los componentes fundamentales de la problemática estructural previamente mencionada, como, por ejemplo, la cuestión de los bajos salarios en el ámbito agrario.

En este sentido, se realiza un análisis detallado de la situación actual de los derechos laborales de los trabajadores rurales en Colombia, con un enfoque específico en aspectos como la disponibilidad de seguridad social y el respeto de sus derechos relacionados con beneficios laborales, este análisis se basa en una revisión exhaustiva de las leyes vigentes y la jurisprudencia actual, con el propósito de evaluar hasta qué punto se aplican en la práctica.

A continuación, se analizará por qué estos derechos no se cumplen adecuadamente en el contexto de los campesinos colombianos:

Uno de los problemas fundamentales radica en la falta de aplicación efectiva de la legislación laboral en las zonas rurales, las leyes y regulaciones laborales pueden estar vigentes, pero su aplicación y supervisión en áreas remotas y rurales suelen ser deficientes, la falta de presencia del Estado y de mecanismos efectivos de control hace que muchas veces los campesinos no tengan acceso a los derechos laborales que les corresponderían.

Otro aspecto que contribuye al incumplimiento de los derechos laborales de los campesinos es la informalidad, muchas actividades agrícolas en Colombia se desarrollan en un contexto informal, donde los contratos de trabajo y las condiciones laborales no se formalizan adecuadamente, esto lleva a una falta de protección social y a la ausencia de prestaciones como las cesantías, las vacaciones remuneradas y la seguridad en el empleo.

La desigualdad también es un factor importante, los campesinos, en su gran mayoría, carecen de la capacidad de negociación y representación en sus relaciones laborales, esto los coloca en una posición vulnerable frente a los empleadores y dificulta la defensa de sus derechos laborales.

Conjuntamente, la falta de acceso a la educación y a la información hace que muchos campesinos desconozcan sus derechos laborales, la información sobre la legislación laboral y la forma de ejercer sus derechos es limitada en las áreas rurales, lo que contribuye a la explotación y a la vulneración de los derechos de los trabajadores del campo.

Por un lado, el principio de "trabajo digno" es fundamental y se aplica a todos los trabajadores, incluyendo a los campesinos, no obstante, en el contexto rural, los campesinos suelen lidiar con condiciones de trabajo precarias, salarios bajos y la falta de acceso a servicios de salud y educación, estas circunstancias impactan significativamente en su calidad de vida y en la consecución de un trabajo digno.

En cuanto a las vacaciones y los permisos por enfermedad, estos derechos son igualmente válidos para los campesinos, sin embargo, suelen enfrentar dificultades para ejercerlos debido a la naturaleza estacional de muchas actividades agrícolas y la falta de sustitutos para su trabajo en caso de enfermedad, esto pone de manifiesto la complejidad de aplicar estos derechos en un contexto rural.

Las prestaciones sociales y las pensiones son aspectos importantes para cualquier trabajador, incluyendo a los campesinos, no obstante, la informalidad en la que a menudo se encuentra el trabajo campesino dificulta la cotización a sistemas de seguridad social, lo que afecta la protección social de los campesinos en caso de necesitar atención médica o una pensión.

Por último, los derechos que protegen a las mujeres embarazadas son fundamentales y se aplican en áreas rurales, sin embargo, es vital reconocer que

las campesinas pueden tener menos acceso a servicios de atención médica adecuados durante el embarazo y el parto, además, enfrentan desafíos específicos relacionados con la igualdad de género en un entorno rural, lo que requiere una atención particular.

Conclusiones

De acuerdo a la investigación realizada, se infiere en primer lugar, la diversidad de campos de estudio relacionados con la historia del campo colombiano a lo largo de los siglos, en particular, la organización social de los trabajadores rurales y su implicación en un conflicto histórico con el Estado colombiano.

La falta de atención estatal a lo largo de la historia ha llevado a una precaria protección laboral en el sector rural, especialmente para el campesinado colombiano, parte de las reformas agrarias se han centrado en la restitución y entrega de tierras, sin considerar la realidad de aquellos campesinos que dependen de la venta de su fuerza de trabajo en condiciones de aparcería injustas.

En segundo lugar, se plantea la necesidad de una acción estatal efectiva que, además de abordar la problemática de la restitución y entrega de tierras, se enfoque en dignificar la situación de los trabajadores agrarios, esto implicaría la implementación de medidas que faciliten las compensaciones prestacionales, las cuales a menudo no pueden ser sufragadas ni por los patronos ni por los propios trabajadores.

En tercer lugar, en un Estado Social de Derecho, el Estado colombiano debería garantizar la prestación de servicios básicos a la población campesina, que ha sido históricamente vulnerable y ha enfrentado dificultades para asegurar sus derechos fundamentales y laborales debido a la falta de apoyo por parte del gobierno nacional y sus entidades.

El campesinado colombiano, un grupo que ha enfrentado históricamente la marginación, necesita un compromiso conjunto del Estado, la sociedad civil y las empresas para establecer condiciones efectivas de especial protección constitucional, esto implica una mejora en sus condiciones laborales, con el objetivo de reducir la brecha entre las condiciones laborales de los trabajadores urbanos y rurales, así como mejorar la calidad de vida de los habitantes de las áreas rurales en comparación con los de las ciudades.

Finalmente, después de analizar la legislación laboral actual, se concluye que su aplicación al trabajador campesino no garantiza de manera efectiva y real el respeto de sus derechos como trabajador en el marco de un régimen constitucional basado en el principio de la dignidad humana, es imperativo que se implementen políticas y regulaciones que aborden de manera integral la protección de los derechos laborales y la calidad de vida de los trabajadores rurales en Colombia.

Referencias citadas

- Ahumada, Catalina. (2010). El estudio de las haciendas. Un balance historiográfico (Tesis de Magíster en Sociología). Cali, Colombia: Universidad del Valle, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Departamento de Sociología.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Berry, A. (2002). ¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione? *Revista de Economía Institucional*, 4(6), 24-70.
- Bulmer-Thomas, V. (2011). La Historia Económica de América Latina desde la Independencia. Ciudad de México. Editorial: Fondo de Cultura Económica.
- Congreso de la República de Colombia. (1950). Decreto Ley 2663 Código Sustantivo del Trabajo [CST] "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 101. Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero. Diario Oficial: 41.149. (23 de diciembre de 1993).
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 34 de 1993. Para la refinanciación de la deuda de los cafeteros, algodóneros, arroceros y demás sector agrario se dictan las normas y los criterios para su regulación y aplicación. Enero 7 de 1993. Diario Oficial 40.701.
- Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 160 de 1994. Por la

cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), y se dictan otras disposiciones. Agosto 5 de 1994. Diario Oficial 41.479.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-021 de 1994. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-021-94.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-006 de 2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-006-02.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-077/17. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-077-17.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C-644/17. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-644-17.htm>.

Corte Constitucional de Colombia. (2021). Sentencia SU- 213/21. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/SU213-21.htm>.

Flórez, Luis. (2001). Tendencias del ahorro, la inversión y el crecimiento en Colombia. Desarrollo económico y social en Colombia Siglo XX. Bogotá. Universidad Nacional. Recuperado de http://bdigital.unal.edu.co/795/10/266_-_9_Capi_8.pdf.

Jaramillo, Iván. (2010). Presente y futuro del Derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia. Opinión Jurídica, 9(18), 57-74. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v9n18/v9n18a04.pdf>.

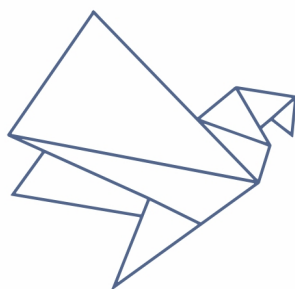
Kalmanovitz, Salomón, & López, Enrique. (2006). Essay. Aspects of Colombian Agriculture in the 20th Century. Jorge Tadeo Lozano University. Retrieved from <http://avalon.utadeo.edu.co/comunidades/grupos/salomonk/ensayos/Aspectos%20de%20la%20agricultura%20colombiana%20en%20el%20siglo%20XX.pdf>.

LeGrand, C. (1988). Colonización y protesta campesina en Colombia (1850- 1950). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes, Cinep Editores.

<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/53401>.

- Melo, J. (2007). “Las vicisitudes del modelo liberal (1850-1899)”, en J. Ocampo, *Historia Económica de Colombia* (pp. 135-194). Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Presidencia de la República. (1950). Decreto 2663 y 3743 de 1950
- Presidencia de la República. (1951). Decreto 905 de 1951.
- Presidencia de la República. (2017). Decreto Ley 870/17. Por el cual se establece el pago por servicios ambientales y otros incentivos a la conservación. *Diario Oficial* 50.244.
- Presidencia de la República. Ley 100 de 1993 .Modificados y actualizados.
- Presidencia de la República. Ley 50 de 1990 y
- Thorp, Rosemary (1998). *Progress, poverty and exclusion. An Economic History of Latin America in the 20th Century*. Interamerican Development Bank, Washington, 1998.





EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA

ISBN: 978-628-7691-08-7

