

ESCENARIOS ESTUDIANTILES

Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta

Escenarios Estudiantiles / Sabaneta, Colombia / Vol.1 N° 1/ Enero-junio de 2015 /pp.188 / ISSN 2462-9529

FONDO EDITORIAL
Unisabaneta 


Unisabaneta[®]
Innovación y Emprendimiento para la Paz

Revista Escenarios Estudiantiles

Volumen 1, número 1 / Enero-junio de 2015
ISSN: 2462-9529

Publicación de la Corporación Universitaria de Sabaneta
Periodicidad semestral

Hernán Moreno Pérez

Presidente de la Asamblea de Corporados

Juan Carlos Trujillo Barrera

Rector

Carlos Mario Ramírez Betancur

Vicerrector Académico

Lina Marcela Acevedo Correa

Directora de la publicación

lina.acevedo@unisabaneta.edu.co

Juan Carlos Marín Castillo

Editor

Juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

John Jairo Ortiz

Traductor

idiomas@unisabaneta.edu.co

Caratula

Dirección de comunicaciones Corporación Universitaria de Sabaneta

Impresión, diagramación e ilustración:

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Calle 76 # 45 A 38

Tel: (4) 372 77 16

Itagüí-Colombia

Los artículos son responsabilidad de sus autores y no comprometen en nada a la Institución ni a la revista.



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

Comité Editorial

- Juan Carlos Marín Castillo – Editor. juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co Corporación Universitaria de Sabaneta. Especialista en Derecho Constitucional, Magíster en Derecho Universidad de Antioquía, Doctorando en Filosofía Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín – Colombia.
- Lina Marcela Acevedo Correa, magíster en Derecho – Universidad de Medellín. Medellín – Colombia. .
- Juan de Dios Uribe Zirene, magíster en Administración de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín - Colombia.
- Jorge Mario Franco Vélez, magíster en Derecho Privado © - Universidad Nacional de Rosario, Rosario – Argentina.
- Ana Alejandra González Restrepo, doctora en Administración Educativa – American Andragogy University, Honolulu-Hawai
- Jesús Obed Londoño, magíster en Dirección Universitaria de la Universidad de los Andes. Bogotá – Colombia
- José Saúl Trujillo González, magíster en Derecho Público, Universität Konstanz. Konstanz – Alemania.
- Misael Tirado Acero, postdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires – Argentina.
- Yessica Barrios Ramírez, doctorando en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires – Argentina.

Comité Científico

- William Alberto Ramírez Silva.
- Doctor en Psicología. Universidad Maimónides. Buenos Aires - Argentina
- Gustavo Beltrán Valencia, magíster en Derecho Universidad de Medellín. Medellín – Colombia.
- Luz Elena Mira Olano, doctorando en ciencias jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires – Argentina.
- Omar Huertas Díaz. Ph.D © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Atlántico - Colombia
- Lorenzo Cotino Hueso. Doctor en Derecho. Universidad de Valencia. Valencia - España

Fecha de impresión: junio de 2015

Tiraje: 1.000 ejemplares

Canje: Biblioteca Corporación Universitaria de Sabaneta,

Teléfono: (574) 301 18 18 ext. 152

Correo electrónico: canje@unisabaneta.edu.co

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

Dirección: Calle 75 sur 34 – 120

Sabaneta, Colombia

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

Misión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA- es una institución emprendedora y de innovación, para la construcción y transferencia del conocimiento, desde el orden local y regional, con perspectiva social de su extensión y comprometida con la construcción de un país más pacífico, más justo, más solidario y con una conciencia social y ecológica.

Visión

La Corporación Universitaria de Sabaneta -UNISABANETA-, se propone ser reconocida como una institución emprendedora, con programas de excelencia para la construcción de un país caracterizado por la paz, la inclusión, la justicia y la conciencia social y ecológica.

Valores Institucionales

Verdad
Bien común
Justicia
Solidaridad
Honestidad
Dignidad humana
Cooperación
Coexistencia pacífica
Utilidad

Mission

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, is an enterprising and innovative institution for building and transferring of knowledge from local and regional level, with social perspective of its extent and committed to building a more just, more peaceful, with more solidarity, social, and ecological consciousness.

Vision

The University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, aims to be recognized as an entrepreneurial institution with programs of excellence to build a country characterized by peace, inclusion, justice, social and environmental awareness.

Values

Truth
Common Good
Justice
Solidarity
Honesty
Human Dignity
Cooperation
Peaceful Coexistence
Utility

Contenido

Presentación 7

Resultados de Proyecto Integrador

Discursos éticos, políticos y religiosos ocultos tras la no aplicación de la sentencia C-355 de 2006, por parte de las instituciones de salud y la manera en que se vulneran los derechos de las mujeres que justifican la interrupción voluntaria de su embarazo según lo preceptuado por la mencionada sentencia 11

Piedad Patricia Posada Palacio
Luis Adolfo Rojas Ochoa
Mary Beatriz Vásquez Pino

Justicia transicional y reparación integral a las víctimas en el marco del conflicto armado, un alcance jurisprudencial 29

Daniela Barragán Moreno
Camila Gutiérrez Zuluaga
Diana Carolina Ordóñez
María Isabel Rojas E

Salud física o bienestar psicológico como criterios determinantes en el derecho a la imagen corporal y al grado de satisfacción corporal 47

Alejandra Cano
David Bedoya
Diego Ciro
Andrés Palomino

Por una vivienda digna con sentido patrimonial 65

Heimy Arango
Xiomara Jaramillo
Diana Londoño
Ivon Moreno
Angie Rodríguez
Alejandra Salazar

Pensión de sobrevivencia y sustitución pensional en parejas del mismo sexo 83

Estefanía Botero
John Rueda

Publicaciones Externas

Condiciones de justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela:
análisis de dos escenarios constitucionales de aplicación 99

Mckenzie Karina Torres Bru

La laboralización de los internos como expresión intrínseca
de la dignidad humana y su función resocializadora 117

Roberto Carlos Castelló Flórez

Rubén Darío Galván Meléndez

Anelys García Arrieta

Lía Raquel Martínez Paternina

Semilleros

Semillero de Derechos humanos 131
Los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos

José Miguel Fonseca Martínez

Responsabilidad del Estado por operaciones de guerra en el marco de los derechos
humanos: análisis desde el estado social de derecho colombiano 141

Mario Armando Echeverría Acuña

El proceso de obtención de evidencia médico legal en víctimas de abuso sexual
como garantía fundamental para la protección de sus derechos. Caso Medellín 151

Natalia Andrea Monsalve Ramírez

Estefanía Vanegas Londoño

Reclutamiento forzoso de niños en Colombia a la
luz del Corpus Juris del derecho internacional 159

Xiomara Jaramillo Estrada

Avance en el departamento de Nariño en el reconocimiento de
pensión de sobrevivientes a parejas conformadas por personas del
mismo sexo entendida como un derecho fundamental 165

Diana Marcela Rojas Eraso

Rosa Elena Lagos Castellanos

Daissy Carolina Henríquez Buesaquillo

Presentación

La formación investigativa de los estudiantes, es un componente sustancial dentro de la estrategia de formación al interior del Corporación. La contribución a la apropiación social del conocimiento se realiza mediante los espacios que ofrece la Institución para difundir los resultados de investigación formativa y científica, a fin de efectuar una retroalimentación entre los investigadores, estudiantes y con la comunidad en general.

Con el nuevo medio de divulgación de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta, buscamos especializar y centrar todos los conocimientos investigados, debatidos, estudiados, controlados y analizados, en los diferentes espacios de aprendizaje de la institución. Estos espacios tales como resultados de proyecto integrador, proyectos líneas de investigación, clínicas jurídicas, trabajos de grado, semilleros de investigación, son los principales resultados de los temas que pueden ser publicados en la publicación denominada “*Escenarios Estudiantiles*”. De igual manera los resultados de investigación externos que cumplan con los requisitos de publicación de la Revista Estudiantil tienen cabida para ampliar nuestro foro de discusión.

Debido al crecimiento de las publicaciones, en este primer número se muestra un nutrido contenido de diferentes resultados investigativos. En esta oportunidad se publican los resultados de Proyecto Integrador, publicaciones externas y del semillero de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los textos publicados por estudiantes y autores externos, dan muestra de una alta calidad investigativa y de una profundidad que se refleja en el juicioso estudio de las problemáticas abordadas. En esta oportunidad ponemos a consideración de la comunidad académica y estudiantil, los resultados de las labores de investigación y academia, esperando poder contribuir al desarrollo de la formación y la investigación. “*Escenarios Estudiantiles*” busca convertirse en un referente de consulta y de referencia para los estudiantes y docentes investigadores en las áreas abordadas.

Presentation

The research training of students is a substantial component of the training strategy within the Corporation. The contribution to the social appropriation of knowledge is done through the spaces offered by the Institute to disseminate the results of scientific research and training, in order to make a feedback between researchers, students and the community in general.

With the new medium of dissemination of the University Corporation of Sabaneta, Unisabaneta, we seek to specialize and focus all knowledge investigated, debated, studied, analyzed and controverted in different areas of learning institution. These spaces such as integrating project results, lines of research projects, legal clinics, grade papers, seed research, are the main results of the topics that can be published in the publication entitled “Student Scenarios”. Similarly external research results that meet the disclosure requirements of the student magazine have place to expand our discussion forum.

Due to the growth of publications in this first issue a large content of different research results is shown. This time the results of Project Integrator, external publications and hotbed of International Law of Human Rights are published.

The texts published by students and external authors are proof of high quality research and a depth which is reflected in the judicious study of the issues addressed. This time we put into consideration of the academic and student community, the results of the work of research and academia, hoping to contribute to the development of training and research. “Student Scenarios” aims to become a reference for consultation and reference for students and teachers researchers in the areas addressed.

Misión de la revista

La revista Escenarios Estudiantiles, con ISSN 2462-9529, editada por la Corporación Universitaria de Sabaneta, tiene como propósito ser un espacio para la divulgación de resultados de investigación de estudiantes de la Institución y demás Instituciones de educación superior, con la finalidad de convertirse en un escenario de diálogo que fomenta la discusión en torno a la investigación formativa.

Mission of the magazine

The Student Scenarios magazine with ISSN 2462-9529, published by the University Corporation of Sabaneta, has as a purpose to be a space for the dissemination of results of the students research of the institution and others Institutions of higher education, in order to become a scenary of dialogue that promotes discussion about formative research.

Discursos éticos, políticos y religiosos ocultos tras la no aplicación de la sentencia C-355 de 2006, por parte de las instituciones de salud y la manera en que se vulneran los derechos de las mujeres que justifican la interrupción voluntaria de su embarazo según lo preceptuado por la mencionada sentencia*

*Piedad Patricia Palacio Posada***

*Luis Adolfo Rojas Ochoa***

*Mary Beatriz Vasquez Pino**

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

En este proyecto se busca entender desde la bioética, biopolítica y el biopoder el dilema del aborto y como estos influyen en su aplicación. En Colombia, la interrupción voluntaria del embarazo, esta despenalizada en tres casos específicos, pero desafortunadamente la sentencia que a esto se refiere no es conocida por muchas personas y su difusión no ha sido clara y precisa. A esto se suman los discursos éticos, políticos y religiosos que se oponen a ésta. Así mismo, el papel que desempeñan las instituciones de salud públicas y privadas que en muchos casos se niegan a prestar el servicio. Lo que al final genera, que las mujeres que requieren la IVE, se vean afectadas y sufran consecuencias físicas, mentales y psicológicas en la medida que son sus derechos vulnerados.

Palabras Clave: interrupción voluntaria del embarazo, aborto, bioética, biopolítica, biopoder, discursos, derechos.

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

** Estudiante de I de la Facultad de Derecho, núcleo básico de fundamentación jurídica. Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

Ethical, political and religious speeches hidden behind the non-implementation of the judgment C-355 of 2006, by the health institutions and the way in which the rights of women that justify the voluntary interruption of pregnancy are violated according to that judgment

Abstract

This project seeks to understand the dilemma of abortion from the Bioethics, biopolitics, and BioPower- and the way as these affect its application. In Colombia, interruption voluntary pregnancy is decriminalized in three specific cases, but unfortunately the sentence referring to this is not known by many people and her broadcast has not been clear and precise. Added, to this are the ethical, political and religious discourses that are opposed to this.

Likewise, the role played by public and private health institutions that in many cases refuse to provide the service. Which in the end creates, those women who require the IVE, be affected and suffer from physical, mental and psychological consequences to the extent that their rights have been infringed.

Keywords: voluntary interruption of pregnancy, abortion, bioethics, biopolitics, BioPower, discourses, rights.

Introducción

Para lograr llevar a cabo este proyecto sobre interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), en primer lugar se hace un acercamiento a las diferentes posturas éticas, políticas y religiosas que se han opuesto a su legalización. Aquí, se encontrará la definición sobre ética desde la perspectiva de Max Scheler y Michael Foucault, también se busca poner sobre el papel como las instituciones de salud públicas y privadas pretenden objetar la prestación de este servicio, basados algunas veces en moralismos, otras veces en la no disponibilidad de los recursos o simplemente, aduciendo que no hay ni suficiente educación ni claridad frente a la norma.

Así mismo, se incluyen las declaraciones del Procurador general de La Nación – Dr. Alejandro Ordoñez- como representante de una entidad importante del Estado, las cuales han sido una limitante constante que generan gran confusión y llenan de temor e incertidumbre, tanto a las mujeres que buscan la práctica de un aborto amparadas en la sentencia C -355 de 2006, como a los profesionales de la Salud, quienes tienen como amparo y marco legal de obligatorio cumplimiento la Resolución 4905 de 2006, por medio de la cual el Ministerio de Protección Social, publicó las directrices para los servicios del IVE.

Al final de este proyecto, se presentan las diferentes consecuencias a que se ven sometidas las mujeres por la negación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo y como éstas padecen grandes traumas no sólo desde el punto de vista físico, sino mental y emocional y como éstos a su vez se ven reflejados en su entorno familiar y social. Las consecuencias de alguna manera, son parte de la forma como la biopolítica hace su trabajo y controla los cuerpos.

Los temas bioéticos, de biopolítica y del bio-derecho deben llevar a cuestionar sobre cuál es el verdadero valor de la vida en una sociedad cada día más materialista, llevada a los extremos del consumismo, la idolatría a la belleza, la búsqueda de perfeccionamiento y sobre todo los avances

científicos y tecnológicos que hacen que las formas de concebir las sociedades como sistemas cambien.

En el dilema frente al tema de IVE, la biopolítica muestra un conflicto entre vida y muerte, pero así mismo se presenta un problema bioético. Por un lado, están los detractores que defienden el derecho a la vida del “nasciturus”, y por otro, los defensores o promotores que defienden el derecho a la libertad, la autonomía y la intimidad de la gestante, pero como diría Fernando Savater haciendo mención al tema del debate del aborto en España: “No se trata de anular el problema moral del aborto, lo que puede hacer la ley es crear un marco, lo más sensato y lo más racional posible, para que puedan convivir morales diferentes”. El asunto no es estar a favor del aborto. Es una realidad trágica y traumática...el aborto debe ser “seguro, legal y raro”. (Gascon, 2012).

Para finalizar, queremos manifestar que el dilema de la IVE es un tema que interesa al derecho en la medida que se ponen en la balanza dos vidas y cómo éste debe responder de una manera proporcional, justa y con beneficencia. Por un lado, están los derechos de la mujer y su autonomía y por el otro los del embrión o feto. Aquí se manifiesta uno de los grandes retos que debe enfrentar el mundo jurídico y el Estado: protección de la vida y los derechos fundamentales de todas las personas.

El método de la presente investigación es cualitativo y documental, se fundamentó en una exploración bibliográfica y jurisprudencial en diferentes bibliotecas y lugares virtuales, donde se logró recopilar textos de los autores Michael Foucault, Giorgio Agamben, Roberto Esposito, Adriana María Ruiz, entre otros. Así mismo, se contó con material de apoyo normativo la Ley 599 de 2000, la sentencia C-355 de 2006, la sentencia T-388 de 2009, la resolución 4905 de 2006, el decreto 1011 de 2006, decreto 4444 de 2006. El anterior material nos permitió alcanzar el desarrollo y logro de los objetivos trazados y propuestos, para el presente trabajo.

1. Discursos que se oponen a la IVE en Colombia

Para poder desarrollar el tema de este proyecto, es importante conocer en primer lugar los discursos éticos, políticos y religiosos de quienes se oponen a la IVE en Colombia. Cada uno ellos desde una visión muy diferente, pero con argumentos muy similares, que en términos generales apuntan al mismo objetivo: La protección de la vida del nonato. De igual manera, apelan a razones como la ética, la moral, los valores y en sí, la protección de los derechos fundamentales. Se debe tener en cuenta que la existencia humana se desenvuelve en un sistema social, donde intervienen muchos actores y donde cada uno percibe y ve la vida de una manera diferente.

Antes de entrar en el tema en cuestión consideramos relevante incluir la definición que Michael Foucault da de sistema:

“Por sistema, hay que entender un conjunto de relaciones que se mantienen, se transforman, independientemente de las cosas que conexionan. (...) En todas las épocas el modo de reflexionar de la gente, el modo de escribir, de juzgar, de hablar (incluso en las conversaciones de la calle y en los escritos más cotidianos) y hasta la forma en que las personas experimentan las cosas, las reacciones de su sensibilidad, toda su conducta, está regida por una estructura teórica, un sistema, que cambia con los tiempos y las sociedades pero que está presente en todos los tiempos y en todas las sociedades” (Curso Foucault 2007-1, 2007)

Y es precisamente esto, lo que hace temas que tienen que ver con la vida, vayan cambiando de orientación no sólo desde la manera como la perciben las personas de una forma individual, sino como la ven el Estado, la religión y la sociedad en general.

1.1. Posturas éticas

Antes de iniciar a hablar de las posturas éticas que se oponen al aborto es importante conocer algunas definiciones de ética, pues ayudarán a comprender mucho más fácil las posturas

de los diferentes actores que intervienen en este asunto.

En primer lugar es preciso hacer referencia a lo que en el Libro Bioética y Derechos Humanos (Cardona, 2001) se habla sobre lo que Max Scheler, dice sobre ética y la necesidad que éste expone de dar un salto de la subjetividad puramente formal, a la subjetividad concreta, afianzada en la persona.

“En efecto, el trabajo de Marx Scheler, gira en torno a la ética personal. Scheler admitió de otro lado, el impacto que la tecnociencia naciente, podría tener en el destino ético de la humanidad” (Cardona, 2001).

“Por ello, (en contradicción a Kant) quería proponer una ética que, si bien garantizara una dinámica encarnatoria del “Ethos humano” en sus contextos vivenciales, también pusiera a salvo las personas de la simple cosificación o desgaste progresivo de la subjetividad en aras de “Yoes empíricos”, determinados fácticamente según los objetos de las ciencias, en particular, de las nacientes ciencias sociales” (Cardona, 2001).

Ahora bien, al referirnos a las posturas éticas en el dilema de la Interrupción Voluntaria del embarazo, El filósofo Carlos Maldonado en el libro Bioética y derechos humanos (Cardona, 2001), se refiere frente a la pregunta de la eticidad de la bioética y responde al respecto:

...corresponde aquí exactamente a la determinación de aquellos rasgos necesarios que hacen de la bioética un “asunto ético”; pero es importante resaltar que es ético y no moral. La comprensión específica de lo ético en el contexto de la bioética apunta al campo de la salud en general. La práctica más generalizada de la medicina y las ciencias de la salud tienden a considerar los problemas de salud/enfermedad como referidos simplemente a algo, un “cuerpo”, olvidando toda la carga de subjetividad que el cuerpo contiene. O sea un reduccionismo del cuerpo y de la salud/enfermedad”. “La preocupación por la bioética envuelve toda la dimensión

fundamental de la vida, y ciertamente no biológica, sino además de la calidad de vida, de la dignidad de la vida y de las posibilidades mismas de la vida.

Para finalizar el tema sobre ética en este trabajo, se expone lo que Giorgio Agamben dice sobre ésta:

...el hecho del que debe partir todo discurso sobre la ética es que el hombre no es, ni ha de ser o realizar ninguna esencia, ninguna vocación histórica o espiritual, ningún destino biológico. Sólo por esto puede existir algo así como una ética: pues está claro que si el hombre fuese o tuviese que ser esta o aquella sustancia, este o aquel destino, no existiría existencia ética posible, y sólo habría tareas que realizar (Agamben, 2006).

1.2 Objeción de conciencia

Desde los discursos éticos la objeción de conciencia ha sido la principal herramienta que han utilizado los detractores de la IVE para no acatar las normas. Se entiende por ésta, “todo incumplimiento, por motivos morales, de un deber jurídico, lo que plantea un conflicto con intereses contrapuestos. Es por eso que cuando un médico se niega a realizar una interrupción voluntaria del embarazo, por motivos morales, se enfrentara a dos situaciones: el interés u obligación de la Institución de salud en prestar el servicio y el interés de la mujer que busca ser beneficiaria de éste. A este conflicto debe buscarse una solución jurídica, es decir, una solución a partir del derecho vigente. Si el derecho no da expresamente esta solución, habrá que deducirla de éste (todo está regulado, decía Kelsen), siempre, desde luego, a partir de la Constitución, Norma Superior del Ordenamiento.” (Roca, 1998).

De acuerdo con el informe realizado por La Mesa por la Vida y la Salud de Mujeres (Mujeres, 2011), la objeción de conciencia médica, en Colombia, en los casos de aborto (según los casos despenalizados por la sentencia C-355 de 2006) se encuentra reconocida por la Corte

Constitucional y claramente delimitada. En esto, el alto tribunal ha sido enfático al determinar, que el derecho de profesionales de la salud a profesar las creencias de su elección puede protegerse mediante este mecanismo, pero que este no puede ser utilizado para obstruir los derechos de las mujeres que optan por un aborto.

1.3 Posturas políticas

Políticamente se han generado discursos que buscan evitar a toda costa la despenalización del aborto y que además, sugieren ser más estrictos especialmente, en temas que tienen relación con el derecho a la vida. Según la vocera del Grupo Médico por el Derecho a Decidir (GMD) Laura Leonor Gil Urbano (Ivonne, 2012), en Colombia el debate del aborto es muy sensible y tiene dentro del mismo Estado detractores que tienen mucho peso en las acciones y políticas de éste. Es el caso del Procurador Alejandro Ordoñez, quien en múltiples ocasiones se ha pronunciado en contra del aborto de forma vehemente aduciendo las siguientes posiciones:

- Considera que la educación sexual y reproductiva promueve el aborto.
- Aduce que el Misoprostol es un medicamento peligroso, por tanto buscaba que no fuera incluido en el POS. (Este medicamento fue reconocido por la OMS como esencial, pues salva la vida de las mujeres, no solo porque sirve para practicar abortos seguros sino porque también, sirve para la prevención y el tratamiento de la hemorragia y postparto, entre otras indicaciones).
- El otro punto, al que se refiere el procurador, es la anticoncepción de emergencia a la que el refirió como abortiva y que sólo podría ser utilizado en el marco de la sentencia C-355/06.

Frente a este tema, La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres en su informe dice que en el Congreso de la República de Colombia se han radicado varias iniciativas legislativas que tienen como objetivo desmontar o disminuir los impactos

positivos del IVE y que tienen entre sus fines, reglamentar la objeción de conciencia, declarar el día nacional del “No Nacido”. Además, que a través de una supuesta protección a las madres gestantes obligan a las mujeres en riesgo a asistir a terapias psicológicas antes de la aprobación de la práctica de IVE, así como los que reglamentan la educación sexual obligatoria y donde se cataloga el aborto voluntario como “práctica riesgosa” (Mujeres, 2011).

1.4 Relación derecho - poder

En los temas que tienen que ver con la vida humana, la relación derecho - poder ha sido una constante. Es de ahí, de donde surge la biopolítica como mecanismo de control del cuerpo, impidiendo que las personas puedan tomar decisiones que conciernen a ellas mismas y a su integridad física, por tanto tienen que someterse al poder del Estado para que éste desde su normatividad y fuerza decida bajo que parámetros se debe manejar el concepto de vida. Adriana María Ruiz (Gutiérrez A. M., La Violencia del Derecho y la Nuda Vida, 2013), cita lo siguiente:

“Para el derecho, en cambio, es claro que ‘no hay ninguna ley humana verdadera y justa, en tanto no conocemos nada y, por lo tanto tenemos que limitarnos a seguir las leyes recibidas’. Lo que introduce el justo vínculo entre los gobernantes y gobernados no es otra cosa que la relación de poder, y por consiguiente, de dominación y violencia, entre la facción de los oprimidos y de sus amos que experimentan dicha relación como algo habitual, pacífico y extraordinariamente necesario... la destrucción del orden jurídico estatal consistirá, por tanto en mostrar el fundamento oculto de la autoridad de las leyes.”

Según María Lucia Rivera, en su texto “la Protección de la vida del que no ha nacido”, La disposición sobre el embarazo pasa por la consideración de la vida del bebé - y no tan sólo como una parte del cuerpo de la madre-. La reglamentación política al respecto responde a un interés biopolítico de imposibilitar que un ciudadano disponga sobre la vida de alguien más”.

“La biopolítica, en tanto que centrada, en la defensa de la ‘vida’ en una manera muy laxa – adopta como su valor supremo a la vida misma y, haciendo esto, constituye en una infracción política, legal y moral, cabe suponer – a la terminación de la misma. Lo que en el caso de la soberanía se observa como la potestad para declarar legítima la terminación de una vida individual en persona del gobernante, debe pasar, en los estados modernos, por una redefinición y delimitación atribuida por la vía de consideraciones jurídicas basadas en una definición de éste mismo carácter de lo que sea ‘Vida’”. (Rivera, 2010)

1.5 Posturas religiosas

Para efectos de nuestro trabajo hemos tomado las posturas religiosas desde la Iglesia Católica, en consideración a que en Colombia es la religión que más adeptos tiene.

En la Encíclica *Evangelium Vitae* (II, 1995), se habla de la obligación moral de evitar cualquier intervención que busque acabar con la vida del embrión, pues por el hecho mismo de su ya existencia se le debe garantizar el respeto incondicional como ser humano y como unidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, “...a partir de ese mismo momento se le deben de reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”.

En principio la iglesia dice que el concepto *aborto* se maneja de una manera difusa como “interrupción del embarazo”, no obstante lo que en realidad se busca esconder es su naturaleza y disminuir su impacto en la opinión pública. En dicho documento se refieren al aborto como “la eliminación deliberada y directa de un ser humano en la fase inicial de su existencia”.

De igual modo, la Encíclica dice en cuanto a los diagnósticos prenatales que “son moralmente lícitos cuando están exentos de riesgos para el niño y la madre, y están orientados a posibilitar una terapia precoz o también a favorecer una serena y consciente aceptación del niño por nacer”, de igual manera critican que, el diagnóstico precoz

sea utilizado para evitar el nacimiento de niños que tienen anomalías. Consideran “ignominioso e irreprochable” que la vida humana se valore desde parámetros de normalidad y bienestar físico, desde este punto de vista consideran se promueve la eugenesia y el infanticidio.

En el caso específico de Colombia, en el periódico El Espectador frente al tema del aborto la Religión Católica a través de su vocero, monseñor José Daniel Falla, secretario general de la Conferencia Episcopal Colombiana se pronunció sobre los siguientes puntos (El Espectador, 2012):

- El derecho a la vida es inviolable.
- El aborto no puede ser considerado un derecho fundamental. Es más, no existe ningún tratado internacional que lo reconozca como tal.
- “Ninguna circunstancia, por grave que parezca, puede justificar ni convertir en legal o moralmente aceptable el hecho de causar intencionalmente la muerte a un ser humano inocente”.
- “Es precisa una educación integral, basada en la verdadera libertad, que no es otra que la que está apoyada en principios y valores”.
- “No se debe confundir un Estado laico con un Estado sin ética”. Esta afirmación la hace el vocero de la iglesia cuando se refiere a las intervenciones del Procurador General de la Nación frente a su desacuerdo y acciones en contra del aborto.

1.6 Definición de la vida humana desde la perspectiva de la religión católica

Según la encíclica *Evangelium Vitae* “la Vida es sagrada e inviolable en cada momento de su existencia, también en el inicial que precede al del nacimiento”. Así mismo dice, que algunos quieren justificar el aborto aduciendo que el fruto de la concepción, al menos hasta un cierto número de días no se puede considerar como una vida humana. Sin embargo la iglesia Católica en dicha encíclica afirma:

“[...] desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre [...] La genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: una persona, un individuo con unas características bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas capacidades requieren de un tiempo para desarrollarse y poder actuar.”

De igual manera establece que si bien científicamente la presencia del alma espiritual no se puede demostrar, las conclusiones de la ciencia frente al embrión son un indicativo que permite identificar una presencia de una persona desde el inicio de la vida.

2. Razones que sustentan las instituciones de salud pública y privadas para objetar la prestación del servicio de IVE.

Las instituciones de salud como medios de control del Estado para servir a sus fines, son al final un instrumento ideal donde la vida y la muerte se pasean por los pasillos, frente a la indolencia de la biopolítica que no permite ir más allá de sus propios deseos e intereses. Es en estas instituciones, donde la “vida nuda” en términos de Walter Benjamin, hace su mejor acto.

En la revista *Bioética y Biopolítica* citan a Agamben así:

El origen del concepto del biopolítica lo sitúa, de inicio, en la cercanía de las preocupaciones bioéticas, ya que trata del ejercicio de poder sobre el cuerpo humano. Los abusos de éste poder compartidos en el Tercer Reich por los médicos, llevan a decir: y esto implica que la decisión soberana sobre la vida nuda se desplaza, desde motivaciones y ámbitos estrictamente políticos, a un terreno más ambiguo, en el que el médico y (el) soberano parecen intercambiar sus papeles. (Kottow, 2005).

En esa misma revista se refieren a como:

“[...] en el nivel colectivo, todo lo que la salud pública pudiese hacer por los pueblos queda sepultado bajo las maniobras de despojo biopolítico. La política tiende a desembocar, eventualmente, en una violencia cuya manifestación más extrema es la biopolítica que reduce la existencia humana biológica. Estos procesos de ejercicios de poder tienen por característica la caducidad de las normas jurídicas y morales, supuestamente con el objeto de preservarlas. El discurso legal, no menos que el ético, queda marginado de participar en decisiones, silenciado en la crítica y desactivado en la práctica. Por lo tanto, la tendencia de la biopolítica a reducir a los pueblos y a los individuos a nuda pervivencia se sitúa en un nivel pre-moral, donde la bioética no tiene acceso porque su lenguaje se vuelve absurdo en situaciones límite. La biopolítica defiende vida, frente al aborto por ejemplo, sin abrirse a las circunstancias que rodean la solicitud de aborto y que, desde la bioética, podían ser respetadas de un modo prioritario para desaconsejar el nacimiento de una vida con grandes riesgos de ser nuda.” (Kottow, 2005).

2.1 Razones que sustentan las instituciones de salud pública para objetar el servicio de IVE

En el informe realizado por La Mesa por la Vida y la Salud de mujeres (Mujeres, 2011), se afirma lo siguiente:

“Siendo las prestaciones de servicios de salud un servicio público que tiene relación directa con derechos fundamentales, es obligación de los proveedores tener especial observancia con las normas que los rigen, no solo absteniéndose de incumplirlas sino promoviendo su especial cumplimiento. En este sentido la objeción de conciencia que se realiza ilegalmente obstaculiza el ejercicio de los derechos de las mujeres, genera responsabilidades estatales y se hace necesario que el estado colombiano tome las medidas necesarias para vigilar, investigar y sancionar si es el caso.”

a. Objeción de Conciencia en las Instituciones de Salud

En los siguientes párrafos se expondrán las razones que según citan el informe de Estrategia Figo¹ (Pío Ivan Gómez Sánchez, 2011); La Mesa por la Vida y la Salud de mujeres (Mujeres, 2011) y la organización Women’s Link Worldwide, quienes han identificado las principales barreras de acceso a los servicios de IVE.

En palabras de la Doctora Laura Leonor Gil la objeción de conciencia es el mayor obstáculo para la aplicación de la sentencia de la Corte, pues muchas instituciones arguyen que sus médicos son objetores y no practican abortos. La norma dice que, aunque es una creencia respetable, la IPS debe derivar el caso a un médico o institución que sí lo practique, y no dilatar tanto las cosas que luego no se pueda hacer un aborto seguro. (Ivonne, 2012)

Así mismo, el informe realizado por La Mesa por la Vida y la Salud de mujeres (Mujeres, 2011) denuncia, que algunas instituciones de salud han hecho que sus profesionales firmen pactos colectivos o se han rehusado a proveer los servicios de aborto. De igual manera, el informe cuenta como el Procurador se ha pronunciado a favor de la objeción de conciencia por parte de jueces. Además, en octubre de 2008 le solicitó a la Corte Constitucional la selección de una tutela para que se revisara el fallo en un caso de objeción de conciencia institucional, solicitando además, que el tribunal debía limitar los derechos de las mujeres y permitir a las instituciones negarse a prestar estos servicios.

En mayo de 2010 inició otra acción ante la Corte Constitucional en contra de un fallo en el que se ordenó la investigación de un médico que se negó a practicar un aborto por motivos de conciencia sin el cumplimiento de los requisitos legales estipulados, el Procurador alegaba que los derechos del médico estaban siendo vulnerados.

1 Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia

De acuerdo con el Instituto Guttmacher² y su informe, uno de los principales obstáculos que enfrentan las mujeres es el escaso número de instituciones prestadoras de salud que ofrecen el servicio de IVE, para el 2011 solamente el 11% del total. Además, expone que el problema en la falta de prestación del servicio por parte de las instituciones de salud se da básicamente por falta de equipos e infraestructura, la poca demanda de IVE, la ausencia de personal capacitado y la objeción de conciencia por parte del personal médico. “En un país con más de 10 millones de mujeres en edad reproductiva, el escaso número de procedimientos legales confirma que quienes cumplen con los criterios judiciales enfrentan serios obstáculos para obtener una IVE, concluye el informe”. (Elena Prada, 2011).

b. Falta de dotación en los hospitales para la prestación del servicio de IVE

En el informe del Instituto Guttmacher se aclara que muchas de las IPS que podrían proporcionar atención no lo hacen por la tendencia generalizada del D & C (más conocido como legrado), método que requiere anestesia; lo que limita en sí misma la posibilidad de atención, dado que reduce el número de instituciones capaces de prestarla. Ya que es un procedimiento que se realiza en hospitales de segundo y tercer nivel en el país.

c. Causales por las cuales se niegan a prestar el servicio las Instituciones de salud dependiendo de los tres casos que se despenalizó el aborto en Colombia

Aborto terapéutico. Cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer

Interpretación herrada del derecho a la salud: En este caso se presenta la siguiente situación:

“Se dan interpretaciones restrictivas de la causal y la no admisión de razones mentales o psicosociales para la identificación del peligro sobre la vida o la salud de la mujer, y no se les proporciona la información oportuna y adecuada sobre los posibles peligros a los que se enfrentan con la continuación del embarazo o estos se ven minimizados” (Mujeres, 2011).

Los organismos de salud no consideran la autonomía de las mujeres hecho suficiente para realizar un procedimiento de IVE. Al respecto el mismo informe dice:

“La autonomía en el derecho a la salud tiene que ver en parte, en el consentimiento de la paciente en la realización de tratamientos médicos, el cual, debe ser siempre libre e informado. Es usual encontrar situaciones donde se incumple la obligación por parte de proveedores públicos de salud de abstenerse de inducir a las mujeres a situaciones que la puedan hacer caer en error, bien sea porque describen se describen los riesgos de interrumpir el embarazo de manera exagerada o porque dar información subjetiva, ajenas a lo relacionado en forma estricta con la salud de la paciente.”

Aborto por malformaciones graves en el feto

Fallas en la integralidad para el acceso al derecho a la salud: Frente a estas fallas La Mesa por la Vida y la Salud de mujeres (Mujeres, 2011), asegura que:

“los planes de beneficios no contemplan todas las prestaciones adecuadas para establecer de manera oportuna diagnósticos tempranos de malformaciones fetales, y adicionalmente la falta de información trae como consecuencia solicitudes y respuestas tardías con embarazos avanzados y, por ende, mayor dificultad en la autorización y realización del procedimiento de interrupción del embarazo [...] Se somete a las mujeres a largas esperas, pues la autorización del procedimiento se condiciona a exámenes y certificaciones adicionales, juntas y comités de ética médica que en la mayoría de los casos son completamente innecesarios.”

2 Corporación sin ánimo de lucro, dedicada al progreso en la salud sexual y reproductiva en el mundo a través de la investigación, análisis de políticas y la educación pública.

Aborto por Violencia Sexual

Falta de certificados por parte de la justicia: Hay mujeres que aseguran haber sido violadas pero no presentan un documento legal que así lo certifique. Frente a esto La Mesa por la Vida y la Salud de mujeres (Mujeres, 2011) dice:

“El acceso a la justicia es uno de los principales derechos que tiene una persona cuando ha sido víctima de un delito. Frente a los crímenes sexuales es tal el atentado a la dignidad humana de las mujeres que se han dispuesto de principios y reglas especiales para su atención. Los obstáculos que encuentran las mujeres para lograr respuestas oportunas y efectivas ante los organismos judiciales agravan la vulneración de sus derechos.”

Falta de difusión y conocimiento de la norma

Según La Mesa por la Vida y la Salud de mujeres (Mujeres, 2011):

“La Corte Constitucional, también ha reconocido que el desconocimiento de la sentencia C355/06 y de su posterior reglamentación es la principal dificultad para la materialización del derecho de las mujeres a decidir sobre la salud sexual y reproductiva y su ejercicio autónomo de continuar o interrumpir una gestación. En el marco de una nueva solicitud de amparo la Corte Constitucional ha ordenado a diversas entidades entre ellas a la Procuraduría que incluyan información sobre el derecho a interrumpir legalmente un embarazo en las cátedras de educación sexual, así como de coordinar e implementar campañas masivas sobre el tema.”

2.2 Regulación de la vida: “hacer vivir, dejar morir”.

El Estado como ente superior sobre una sociedad que puede controlar y definir cuáles son las conductas, valores y parámetros sobre los cuales sus ciudadanos se deben mover y como se deben comportar, de acuerdo con unas reglas establecidas y que tienen como fin controlar el cuerpo, las acciones y pensamientos de los que viven en él. Así mismo, se ve reflejado en la forma en que regula la interrupción voluntaria del

embarazo y cómo las mujeres se ven sometidas no a su propia decisión sino al poder soberano. Dice Foucault sobre el derecho soberano de hacer morir o dejar vivir *“es complementado con un nuevo derecho, que no borraría el primero pero lo penetraría, lo atravesaría, lo modificaría y sería un derecho o, mejor, un poder exactamente inverso: poder de hacer vivir o dejar morir”* (Gutierrez A. M., La violencia del Derecho y la Nuda Vida, 2013.)

Al hablar sobre regulación de la vida necesariamente se tiene que hablar de Biopoder y Biopolítica, tomaremos los conceptos desde el Diccionario Foucault (Castro, 2011).

El biopoder es poder sobre la vida y también sobre la muerte: “Hacer vivir y dejar morir”. Es decir, políticas sobre la vida biológica. El biopoder, en definitiva es la *estatización* de la vida biológica del hombre. El sentido general hace referencia a las formas de ejercicio del poder que tienen por objeto la vida biológica del hombre. De este modo están las disciplinas que tienen como objeto el cuerpo individual, considerado como una máquina (una anatomo-política del cuerpo humano).

Las sociedades son normalizadas por la norma que disciplina a los individuos y a la vez se articula con los mecanismos que regula la población. De otro lado, Foucault se refiere a la biopolítica como la regulación de la vida biológica, de la población por parte del Estado. Una política de la población, del cuerpo –especie, cuyo objeto es el cuerpo viviente, soporte de los procesos biológicos. El cuerpo ingresa en el campo del control del saber y de las intervenciones del poder desde la normatividad de las instituciones judiciales, los aparatos médicos, administrativos, sociales se convierten en reguladoras de la población. Es una de las formas posibles del biopoder, en la medida en cómo éste se ejerce sobre la población o la especie. Cuando el estado no pudo manejar el cuerpo económico y político de una sociedad en vías de explosión demográfica y, a la vez, de industrialización tuvo que crear instituciones como la escuela, el hospital, el cuartel, la fábrica para que le ayudaran con el control.

La noción de biopolítica aparece en el S XVI-II en relación con la formación de una medicina social. En este contexto Foucault sostiene:

[...] el control de la sociedad sobre los individuos o se realiza solo por la conciencia o la ideología, sino también en el cuerpo y con el cuerpo. Para la sociedad capitalista, es la biopolítica lo importante ante todo, lo biológico, lo somático, lo corporal. El cuerpo es una realidad biopolítica, la medicina es una estrategia biopolítica.

Según cita en *La violencia del derecho y la nuda vida* a Foucault “El poder es cada vez menos el derecho de hacer morir y cada vez más el derecho de intervenir para hacer vivir” (Gutierrez A. M., *La Violencia del Derecho y la Nuda Vida*, 2013).

2.3 Definición de la vida como proceso biológico

Es de suma importancia conocer esta definición pues ella nos ayudará a entender en cierta medida porqué las instituciones de salud y a su vez los médicos, en algunos casos manifiestan objeción de conciencia al solicitárseles el servicio de Interrupción voluntaria del embarazo. Esta definición y sus etapas, la tomamos desde la página Genética y Bioética, reproducción humana, el inicio de la vida (Lacadena, 2001).

El Comienzo de la Vida: Se entiende como:

“El ciclo vital de un ser humano se inicia a partir de una célula única -el cigoto- formado por la fecundación de dos gametos (óvulo y espermatozoide) que tras el proceso de desarrollo dará lugar a la formación del individuo adulto el cual, al alcanzar la madurez sexual, producirá a su vez gametos, iniciando así un nuevo ciclo de reproducción sexual. En el proceso biológico de la reproducción humana se pueden diferenciar cuatro etapas que representan situaciones genéticas y embriológicas muy distintas a las que pueden corresponder cuestiones éticas y jurídicas diferentes.” (Lacadena 2001).

Primera etapa: gameto - fecundación – cigoto:

Se unen el gameto masculino y femenino para La fusión de los gametos va seguida de la fusión

de los núcleos con lo cual resulta que el núcleo del cigoto posee dos juegos completos de determinantes genéticos (cromosomas), cada uno de ellos procedente del núcleo de un gameto.

Segunda etapa: cigoto - mórula - blastocito – anidación: En esta etapa:

[...] tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los tres o cuatro días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya en estadio de blastocisto, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación (anidación). Por consiguiente, puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas dos semanas (catorce días) después de ocurrida la fecundación. La importancia de la anidación en el proceso embriológico es tan grande que, por ejemplo, la Sociedad Alemana de Ginecología considera que el embarazo empieza con el final de la anidación, no con la fecundación. Otros argumentan, en esta misma línea, que hasta que el embrión no está anidado no es posible diagnosticar clínicamente el embarazo.” (Lacadena 2001).

Tercera etapa: anidación – feto: Durante el principio de la tercera etapa se produce (del 15° al 18° día) el tejido de la placa neural que más tarde se repliega para formar la cuerda espinal y el cerebro. El embrión continúa su desarrollo de manera que al final de la cuarta semana se puede decir que ya ha adquirido el plano general del futuro ser; es decir, representa un sistema en el que empieza a estar definido, aunque sea de forma inicial, el término: el ser nacido. Al final de la octava semana la diferenciación del “sistema como sistema” ha terminado, dando lugar al desarrollo fetal: el embrión es reconocible como humano.

Cuarta etapa: feto – nacimiento: A partir del estadio anterior y durante la cuarta etapa se produce el desarrollo fetal desde el tercero al noveno mes para dar lugar al nacimiento del nuevo ser humano.

2.4 Razones que sustentan las instituciones de salud privadas para objetar el servicio de IVE

Las razones que sustentan las Instituciones de salud privadas son en esencia las mismas que sostienen las públicas. Se podría decir que sólo difieren con la capacidad de pago de sus usuarias, lo que genera gran desigualdad entre las pacientes.

2.5 Factores económicos que inciden en la negación del servicio de IVE por parte de las instituciones de salud privadas

De acuerdo al informe de la Dra. Laura Leonor Gil,

“Las mujeres ricas siempre han tenido acceso al aborto ilegal, pero seguro con médicos particulares, o legal en otro país. Esto se constituye en un problema de inequidad, contra la mujer porque no puede acceder a procedimientos que solo ella necesita e inequidad contra la mujer pobre o poco educada. Cuando hay penalización total o parcial las más perjudicadas son las mujeres pobres.”

Las mujeres en condición de pobreza se ven en la obligación de esperar a que su sistema de salud le autorice el procedimiento, el cual puede durar meses, situación extremadamente grave para una mujer en gestación que sabe que cada día que pasa el feto crece más y la IVE se hará más complicada y difícil. Hay muchos casos denunciados, donde finalmente la mujer tuvo el bebe porque nunca se logró la autorización de la entidad de salud pública para la práctica del aborto y ésta no tenía las condiciones económicas necesarias para pagar un servicio privado.

Frente al tema de desigualdad e inequidad respecto a la práctica del aborto, el Doctor Juan Guillermo Londoño cita al Sr. Kofi Annan, ex secretario general de las Naciones Unidas en los siguientes términos:

...no se pueden alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, particularmente la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, a menos que se aborden decididamente

las cuestiones de población y salud reproductiva; y para esto es preciso intensificar los esfuerzos por promover los derechos de la mujer y aumentar las inversiones en educación y salud, inclusive salud reproductiva y planificación de la familia. (Londoño, XIX Curso de Actualización en Ginecología y Obstetricia, 2013).

3. Incidencia de los discursos en la afectación de los derechos de las mujeres que justifican su aborto en el marco de la sentencia C-355 de 2006 y que a su vez, se convierten en dispositivos de control sobre el cuerpo de las mismas

A lo largo de la historia las mujeres han sido sometidas a grandes presiones sociales, religiosas, culturales, políticas y económicas; por fortuna, en la actualidad ellas pueden plantear reclamos administrativos y judiciales para el reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, algunas condiciones son adversas para el pleno reconocimiento de su autonomía, y en este sentido es evidente la falta de garantías y de decisión de las autoridades para facilitar el camino a las mujeres que desean acceder a la IVE de acuerdo con los lineamientos trazados por la Sentencia C-355 de 2006 y buscan que la norma no se quede en el papel, sino que se convierta en una realidad que mejore las condiciones físicas y mentales de ellas.

3.1 Consecuencias personales

Dentro de las múltiples consecuencias a que se ven sometidas las mujeres, están las de índole personal. Antes de entrar en el tema de IVE en Colombia, queremos exponer lo que sobre el aborto se dijo en la IV Conferencia Mundial Sobre las Mujeres, realizada en Beijín: “Las decisiones productivas libres y responsables hacen parte de los derechos humanos e implican el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno y el derecho pleno a los métodos de regulación de la fecundidad” (Unidas, 1995)

A partir de los conceptos anteriores, es preciso enfocarse en las consecuencias que genera la práctica en general del aborto y algunos efectos posteriores que padecen las mujeres luego de practicarlo. De acuerdo a los planteamientos realizados por la doctora Patti Haywood-McKinney,³ las consecuencias del aborto son físicas y psicológicas, de ahí que:

“El aborto, legal o ilegal también daña física y psicológicamente a la mujer y hasta puede acarrearle la muerte. (...) entre las complicaciones físicas del aborto en la mujer están las infecciones, las hemorragias, las complicaciones debido a la anestesia, las embolias pulmonares o del líquido amniótico, así como las perforaciones, laceraciones o desgarros del útero. Estadísticamente hablando, se estima que el riesgo inmediato de dichas complicaciones es de un 10%, pero el de las complicaciones a largo plazo es entre el 20% y el 50%.” (Haywood-McKinney, 2001)

Además, de acuerdo con Haywood-McKinney también se encuentran los trastornos emocionales y Psicológicos tales como:

Llanto, suspiros, insomnio, pérdida de apetito, pérdida de peso, agotamiento, tragar constantemente, nerviosismo, disminución de la capacidad de trabajo, vómitos, trastornos gastrointestinales, frígidez, culpabilidad, impulsos suicidas, sensación de pérdida, insatisfacción, sentimiento de luto, pesar y remordimiento, retraimiento, pérdida de confianza en la capacidad de toma de decisiones, inferior autoestima, preocupación por la muerte, hostilidad, conducta autodestructiva, ira, rabia, desesperación, desvalimiento, deseo de recordar la fecha de la muerte, preocupación con la fecha en que “debería” nacer o el mes del nacimiento [...] (Haywood-McKinney, 2001).

De acuerdo con el Doctor Juan Guillermo Londoño⁴

“[...] la afectación mental de la salud se da en diversos grados y no implica necesariamente la existencia

de una incapacidad absoluta o una enfermedad severa. El alcance del trastorno mental se ha ampliado para incluir el dolor psicológico o el sufrimiento mental asociado con la pérdida de la integridad personal y la autoestima. Si bien la corte despenalizó el aborto en las tres circunstancias especiales enunciadas, por tratarse de un problema de salud pública responsable de la muerte y discapacidad de cientos de mujeres – problema que en la actualidad ocupa el cuarto lugar como causa de muerte materna en Colombia – podemos perder de vista que en lo fundamental se trata de un problema de derechos humanos entre los cuales vale la pena recordar los siguientes: Derecho a la libertad sexual; a la autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo; a la privacidad sexual, a la equidad sexual, a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables y a la información basada en el conocimiento científico a la atención en salud sexual.” (Londoño, XIX Curso de Actualización en Ginecología y Obstetricia, 2013)

De acuerdo con estos planteamientos, confrontándolos con los apartes dados por Adriana María Ruiz, donde cita a Benjamin, tenemos que: *“el destino se presenta cuando se considera una vida como algo condenado, que luego se convierte en culpable.” (Gutiérrez A. M., 2013)*

Aquí vemos como las consecuencias de los actos humanos y de sus necesidades, se pueden ver reflejadas en el pensamiento de los filósofos y que son acordes a los temas actuales. Así mismo, es preciso ver como la autora cita la posición de Esposito frente al mismo tema: *“Y esta es justamente la función que el derecho hereda del mundo demónico que lo precede y lo determina en sus procedimientos violentos: la de condenar la vida a una perpetua culpabilidad.” (Castro, 2011).*

3.2 Clandestinidad

Si hablamos del aborto clandestino, este trae como consecuencia el aumento considerable de

3 La Dra. Patti Haywood-McKinney es miembro de la WEBA, Women Exploited by Abortion – Mujeres explotadas por el aborto – Es una organización nacional no lucrativa de mujeres que han tenido abortos. WEBA se esfuerza por conseguir educar a las mujeres sobre el aborto y sus efectos nocivos y permanentes.

4 Dr. Juan Guillermo Londoño Cardona: Médico Gineco-obstetra y profesor de la Universidad de Antioquia, Coordinador de Educación Centro Nacer Y Miembro De la Organización Mundial de la Salud.

la muerte de mujeres en el mundo, a lo cual Colombia no es ajena. El Doctor Londoño, afirma frente a esto:

“Los abortos realizados en condiciones de riesgo ponen en peligro la vida de muchas mujeres, lo cual representa un problema de salud pública grave. La mayoría de estas muertes, los problemas de salud y las lesiones podrían prevenirse, mediante un mayor y mejor acceso a servicios adecuados de atención en salud, incluyendo métodos seguros y efectivos de planificación familiar y atención obstétrica de urgencia.” (Davila, 2013)

Ahora bien:

“En nuestro país el 52% de la población es femenina, el 34% de los hogares tienen como cabeza a una mujer. Hace ya muchas décadas sabemos que la ausencia de una madre implica desnutrición de la familia, mortalidad infantil, deserción escolar, abuso al menor, esclavitud laboral, embarazo adolescente, prostitución y drogadicción. Muchos Problemas de ellos derivados del aborto inseguro.” (Londoño, XIX Curso de Actualización en Ginecología y Obstetricia, 2013)

En entrevista dada por la Doctora Laura Leonor Gil Urbano,⁵ donde habla sobre algunos aspectos de interés referentes a las consecuencias que deja el aborto inseguro o clandestino, miremos a continuación algunos de los apartes suministrados por ella en el debate sobre el Aborto:

“Un aborto practicado en condiciones seguras no debe ser causa de muerte, una mujer que se somete a un aborto seguro tiene una posibilidad de morir mucho menor que si tiene un parto normal, pero en los países en que el aborto está penalizado es muy diferente: existen muertes, existen complicaciones, secuelas como la infertilidad, trauma psicológico y muchas más como resultado de los abortos clandestinos” (Urbano, 2012)

Ahora retomando nuevamente los planteamientos de Adriana María Ruiz sobre los postulados de los filósofos en relación a la conservación

de la vida: “Según Ihering, el derecho debe siempre, y en todo caso, ofrecer una solución a estas dos cuestiones (el fin y el medio)”; por eso, “No basta investigar el fin, se debe mostrar el camino que a él conduzca”. Este pensador plantea, en consecuencia de modo similar a Hobbes y Spinoza, la reflexión sobre el fin con respecto al medio, esto es, la relación entre el derecho y la fuerza o la violencia: “pero el fin a que sirve la violencia en el animal es el mismo que en el mundo humano: La conservación y la afirmación de la propia vida” (Gutierrez A. M., 2013).

3.3 Legalidad e ilegalidad

Roberto Esposito cita a Arendt, en El final de Los Orígenes del Totalitarismo, donde dice: “Las leyes positivas en los estados de derecho están dirigidas a erigir límites e instituir instrumentos de comunicación entre los hombres, cuya convivencia es puesta en peligro constantemente por los nuevos hombres que nacen”. “lo anterior no solo insiste entre la diferenciación entre política y derecho, entre poder (humano) y ley (institucional) sino, más precisamente, sobre la primacía, surgida del papel puramente negativo de la ley-límite, de la primera sobre el segundo. En esta primacía desemboca la legitimidad, justamente política, de la desobediencia civil, dirigida a romper la estática conservadora del ordenamiento jurídico.” (Esposito, 2006).

El aborto en Colombia es un tema que se mueve entre la legalidad y la ilegalidad, desafortunadamente, muchas interrupciones del embarazo que se amparan bajo la sentencia C- 355 de 2006, no se llevan a cabo bajo la legalidad, debido a la desinformación y manejo amañado por parte de las instituciones de salud y de justicia. Respecto a esto se refiere la Doctora María lucia Rivera⁶ de la siguiente manera:

5 La Dra. Laura Leonor Gil Urbano es Gineco obstetra de la Universidad Nacional de Colombia, diplomada en investigación en salud sexual y reproductiva en países en desarrollo por la Fundación para la educación médica de Ginebra, en asocio con la Organización Mundial de la Salud.

6 La Doctora María Lucía Rivera Sanín, Doctora en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia, con sede en Bogotá. Datos de la ponencia realizada entre el 3 y el 5 de marzo de 2010.

*“La vida que cabe defender, y la vida de la que se puede disponer. (...) La institución de derecho a la vida como, primer principio regulativo de las organizaciones políticas, constituye una afirmación de carácter biopolítico de las mismas. Tal declaración viene acompañada, a su vez, de la declaración de normas y deberes para el respeto y cuidado de la vida y de la penalización de cualquier afrenta contra la misma. La posibilidad de dar muerte a alguien se ve necesariamente limitada por el marco legal y moral que se establece con la afirmación de un derecho inviolable. Tanto los ciudadanos como el estado mismo parecen verse sometidos a una normatividad superior, que está definida por los criterios que se adopten para determinar cuando se habla de **vida**.”* (Rivera, 2010)

Al respecto la misma autora menciona a Agamben y lo cita así: *“hoy [...] vida y muerte no son propiamente conceptos científicos, sino conceptos políticos que, en cuanto tales, sólo adquieren un significado preciso por medio de una decisión.”*

Cada día vemos como al pasar del tiempo, las condiciones de legalidad y de manejo del Estado van cambiando, hay nuevas instituciones y estamentos que hacen que haya la necesidad de renovación y adaptación a las insuficiencias y requerimientos actuales, forjando así la creación de nuevas normas generadas a partir de las exigencias y necesidades existentes: *“Para Ihering, resulta claro que la realización del derecho por parte del estado depende de la lucha continua contra la anarquía que le ataca.”* Además dice que es preciso: *“... considerar la abolición de preceptos jurídicos existentes por otros nuevos (...) El derecho es tanto que es fin, se encuentra en medio de esos confusos engranajes donde se mueven todas las fuerzas y donde convergen todos los diversos intereses del hombre”* (Gutierrez A. M., 2013)

Ahora veamos la postura de la Doctora Laura Leonor Gil Urbano:

“También debemos entender como sociedad, que los derechos fundamentales son individuales para por ejemplo, entender que la iniciativa de la Procuraduría de someter a un referendo el tema del aborto, es

absolutamente inadecuado. Esta no es una cuestión de mayorías y ni de democracia sino de protección de las libertades individuales; es absurdo pensar que vamos a resolver en un referendo un problema de minorías, porque cuando la mujer se ve en esta situación de un embarazo no deseado es parte de una minoría, y sus derechos hay que protegerlos, y la manera de hacerlo, no es preguntarle al resto de la sociedad que piensa, porque además es ella y solo ella la que sufrirá las consecuencias del embarazo.” (Urbano, 2012)

3.4 La muerte social

En este aspecto se dará un vistazo a los aportes dados por la Doctora María Celeste Perosino,⁷ para hablar de la muerte, no como muerte biológica, sino como muerte social (marca el final de la vida social):

La muerte social de lo vivo implica ocultamiento, desconocimiento, ausencia de derechos fundamentales y elementales, refiere a la deshumanización, implica pérdida de individualidad, comprende violencia contra la integridad, compromete la desapropiación del nombre propio, desaparición del tejido social.” Así mismo, nos habla del duelo en la muerte social: *“El duelo puede ser considerado algo privado, que devuelve a una situación solitaria y que, en este sentido, despolitiza. Sin embargo, en determinadas circunstancias el duelo permite elaborar en forma compleja el sentido de una comunidad política, comenzando por poner en primer plano los lazos que cualquier teoría sobre nuestra dependencia fundamental y nuestra responsabilidad ética necesita pensar.* (Perosino, 2011)

Adicionalmente, Adriana María Ruiz cita a Esposito:

“Pero este núcleo remite también el objeto sobre el cual el derecho ejerce su control coactivo: la vida, la cual por definición tiende irresistiblemente a hacerse más que mera vida, y a ir más allá de su horizonte natural de vida biológica, o en palabras de Benjamin, de vida desnuda o nuda vida (bloB Leben) y que, en lugar de ello, tiende a hacerse en una ‘Forma de vida’, como podría ser una ‘vida justa’ o una ‘vida común’.”

7 La Dra. María Celeste Perosino es Antropóloga-Forence de la Universidad de Buenos Aires y Magister en Ética Biomédica.

3.5 Tanatopolítica

Desde este punto de vista es necesario acercarse al concepto de vida y muerte desde el punto de vista de la biopolítica, de la muerte o tanatopolítica como administrador de la vida y de la muerte por parte del poder:

“Podría hablarse de que los casos en que no hay una defensa incondicionada de la vida, a diferencia de lo que sucedía con la potestad del soberano para matar, no constituyen una instancia de asesinato, en un sentido propio, sino una suerte de negación de la vida por definición. Si la posibilidad de interrumpir procesos vitales está dada por la no consideración de estos como equivalentes a la ‘vida que es necesario defender’, entonces la realización de tal posibilidad no es una afrenta al principio de la política; no es una violación del derecho a la vida. Ahora, lo que sucede con esta distinción entre la vida en general y la vida que vale defender, es que no parece plausible considerar que la adecuación de los preceptos biológicos y científicos sea neutral al interior de un Estado biopolítico; la selección misma de los rasgos distintivos de humanidad está teñida por intereses ideológicos, particulares, que pueden llevar a la biopolítica al plano de la tanatopolítica. Determinar ‘hasta dónde’ llega la humanidad en términos puramente biológicos puede derivar en la descalificación arbitraria de conjuntos enormes de personas que pierden, por vía de esta definición su carácter de humanidad.” (Perosino, 2011)

Ahora bien, observemos el enfoque dado por la Doctora María Lucía Rivera sobre la tanatopolítica desde su ponencia sobre *“La protección de la vida del que no ha nacido”*:

“Al hablar del aborto como una opción legalmente admisible para terminar con una vida, debe tenerse en cuenta, aunque pueda parecer en principio una trivialidad, que el punto de partida es la consideración de que el feto es susceptible de ser llamado un organismo vivo, distinto de su madre, merecedor de derechos. La pregunta en este caso, debe centrarse en el sentido de la legitimidad de negar el derecho a la vida futura, en otras palabras, de defender el derecho a la vida del que no ha nacido. Como es claro, esta formulación implica una reconsideración de la condición de suficiencia que se había enunciado en este texto para ser sujeto de derechos: el nacimiento no

constituye la condición fundamental para ser considerado un viviente. La definición de lo que sea la vida da un paso atrás y se sitúa en un terreno movedizo en el que las consideraciones médicas y biológicas deben aportar criterios para procurar discernir entre lo indiscernible”. Adicionalmente, dice la autora: “En este sentido, no sólo se habla de que la política se apropie de las nociones biológicas que determinan la vida y la muerte, sino de que, en un proceso inverso, la ciencia biológica y los avances técnicos y médicos justifican y dan forma a las consideraciones políticas y morales sobre las cuales se diseñan las leyes a implementar. Este proceso, en diferentes contextos y con distintos grados de influencia de la ideología sobre la ciencia —y viceversa— es característico de los sistemas biopolíticos y, llevado al extremo, puede derivar en la instauración de una política de Estado que, en aras de proteger una interpretación de la vida, se convierta en tanatopolítica.” (Rivera, 2010)

“Tanto Agamben como Esposito van a considerar indispensable medirse con esta experiencia histórica, en tanto ella muestra el punto en el que la biopolítica se transforma en tanatopolítica y la modernidad exhibe una de sus posibilidades más sombrías” (Perosino, 2011)

Conclusiones

Los seres humanos estamos sometidos todo el tiempo al poder del Estado que se manifiesta a través de la biopolítica, el biopoder y el biodecreto. Así lo demuestran cada una de las instancias donde el individuo es sometido, incluso aún antes de nacer. Desafortunadamente, muchas de estas situaciones ni siquiera las percibimos. Somos individuos generalizados, utilizados y neutralizados a través de nuestros cuerpos para servir al poder y los intereses de un Estado, que simulando proteger los derechos de los ciudadanos y velando por el bien común nos hace seres dóciles y manipulables para conseguir sus fines capitalistas y de control sobre todos los individuos.

Es importante generar más conciencia en las autoridades, las instituciones de salud, el personal médico y la escuela para que acepten este dilema no como un capricho de una mujer que quiere

abortar, sino como un problema que se debe ver desde lo global donde intervienen no solo una mujer y un bebé en gestación, sino todo un sistema social. Además, es importante aprender a separar el tema moral de la ética. Aunque las leyes sean para todos (decimos esto con relación a los dilemas bioéticos), cada quien desde sus propias convicciones y moral debiera ser quien decide tomarlas o no. La cuestión moral debe ser un asunto que resuelve cada persona desde su interioridad e individualidad y no debe ser impuesta ni por religiones ni por gobiernos.

En general todos los dilemas bioéticos deberían ser considerados no como dos derechos en contraposición, sino como la oportunidad de conseguir un balance en el que los ciudadanos se sientan protegidos y representados por un Estado verdaderamente laico, que busque el bien de sus ciudadanos y que deje de lado los discursos sesgados por la religión y la falsa ética.

En países pobres como Colombia, los dilemas bioéticos generan gran desigualdad. Por un lado está el factor económico; los que tienen recursos pueden pagar o desplazarse a otros países donde se les facilitan las condiciones para resolver su dilema, lo que no puede hacer una persona de bajos recursos. Por otro lado está la educación. Ésta, es una de las grandes dificultades a las que se enfrentan las personas que tienen un dilema bioético, especialmente las que tienen que ver con el aborto. Pues a pesar de que la legislación despenalizó en tres casos la práctica de éste, muchas mujeres no acceden legalmente a él por desconocimiento de la sentencia y porque temen ser señaladas.

Referencias Bibliográficas

Agamben, G. (2006). *La Comunidad que Viene*. Valencia: Pre-textos.

Cardona, G. G. (2001). *Bioética y Derechos Humanos*. Bogotá: kimpres Ltda.

Castro, E. (2011). *Diccionario Foucault*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores SA.

Curso Foucault 2007-1. (2007). Recuperado el 18 de 10 de 2014, de [\[dpress.com/examen-1-%c2%bfes-la-filosofia-progresiva\]\(http://dpress.com/examen-1-%c2%bfes-la-filosofia-progresiva\)](http://cursofoucault.wor-</p></div><div data-bbox=)

Davila, J. G. (2013). *XXI Curso de Actualización en Ginecología y Obstetricia*. Medellín: Universidad de Antioquia.

El Espectador. (05 de 10 de 2012). Recuperado el 05 de 09 de 2014, de aborto: de lo moral a lo constitucional: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/aborto-de-moral-constitucional-articulo-379639>

Elena Prada, S. S. (2011). <http://www.guttmacher.org/pubs/Embarazo-no-deseado-Colombia.pdf>. Recuperado el 15 de 08 de 2014, de sitio web de Guttmacher.org: www.guttmacher.org

Esposito, R. (2006). *Categorías de lo Impolítico*. Buenos Aires: Katz Editores.

Gascon, D. (09 de 02 de 2012). *Letras Libres*. Recuperado el 21 de 10 de 2014, de <http://letraslibres.com/blogs/blog-de-la-redaccion/la-contrarreforma-del-aborto>

Gutierrez, A. M. (2013). *La Violencia del Derecho y la Nuda Vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gutierrez, A. M. (2013). *La Violencia del Derecho y la Nuda Vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gutierrez, A. M. (2013). *La Violencia del Derecho y la Nuda Vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gutierrez, A. M. (2013, pag.50). *La violencia del Derecho y la Nuda Vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Gutierrez, A. M. (2013.). *La violencia del Derecho y la Nuda Vida*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Haywood-McKinney, P. (19 de noviembre de 2001). *InterWeb*. Recuperado el 19 de noviembre de 2014, de Consecuencias Generales del Aborto para la Mujer: <http://www.embarazoinesperado.com/consecuencias.htm>

II, S. J. (25 de 03 de 1995). *vaticano*. Recuperado el 07 de 11 de 2014, de www.vaticam.va

Ivonne. (28 de 09 de 2012). *PST Colombia*. Recuperado el 06 de 09 de 2014, de <http://www.pstcolombia.org/article/el-debate-sobre-el-aborto>

- Kottow, M. (2005). *Bioética y Biopolítica*. Recuperado el 18 de 10 de 2014, de RAZONES QUE SUSTENTAN LAS INSTITUCIONES DE SALUD PUBLICAS PARA OBJETAR EL SERVICIO DE IVE.
- Lacadena, J. R. (21 de 05 de 2001). *www.genetica y bioetica en España*. Recuperado el 13 de 11 de 2014, de <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumanaI1.html>
- Londoño, J. G. (2013). *XIX Curso de Actualización en Ginecología y Obstetricia*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Londoño, J. G. (2013). *XIX Curso de Actualización en Ginecología y Obstetricia*. Medellín: Consideraciones acerca del aborto en Colombia.
- Mujeres, M. p. (28 de 03 de 2011). *LA MESA POR LA VIDA Y LAS MUJERES*. Recuperado el 04 de 09 de 2014, de EL ABORTO EN COLOMBIA: DE LOS DERECHOS A LOS HECHOS. UN LARGO CAMINO POR RECORRER: <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/index.php/noticias/353-el-aborto-en-colombia-de-los-derechos-a-los-hechos-un-largo-camino-por-recorrer>
- Perosino, M. C. (30 de noviembre de 2011). *Revista Observaciones Filosóficas*. Recuperado el 3 de noviembre de 2014, de Tanatopolítica, una aproximación a la administración de la muerte; de Foucaul y Agamben: <http://www.observacionesfilosoficas.net/tanatopolitica.htm>
- Pio Ivan Gómez Sánchez, L. E. (31 de 01 de 2011). <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Estrategia%20FIGO%20prevenci%C3%B3n%20aborto%20inseguG%C3%B3mez%20%20%282011%29.pdf>. Recuperado el 15 de 08 de 2014, de Estrategia Figo.
- Rivera, M. L. (3 al 5 de marzo de 2010). *Universidad Nacional de Colombia*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de Saga - Revista de Estudiantes de Filosofía: <http://www.saga.unal.edu.co/etexts/PDF/Ponencias2010/MariaLuciaRivera.pdf>
- Roca, G. E. (1998). La objeción del conciencia del personal sanitario. En M. Casado, *Bioética derecho y sociedad* (págs. 135-146). Madrid: Trotta S.A.
- Unidas, N. (1995). *IV Conferencia Mundial de la Mujer*. Beijing (Pekín).
- Urbano, L. L. (28 de septiembre de 2012). El debate Sobre el Aborto. (y. e. PST Colombia, Entrevistador) entrevista.

Justicia transicional y reparación integral a las víctimas en el marco del conflicto armado, un alcance jurisprudencial*

*Daniela Barragán Moreno***

*Camila Gutiérrez Zuluaga***

*Diana Carolina Ordóñez***

*María Isabel Rojas E.***

*Docente: Juan Carlos Marín C.****

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

El conflicto armado colombiano ha estado latente durante más de medio siglo y se ha posicionado como el factor de violencia más duradero que ha presentado el país, generando así la necesidad de una reparación integral a las víctimas, como parte fundamental del postconflicto a la hora de presentarse un proceso de paz. Es por esto que a través del presente trabajo se pretende desarrollar una línea jurisprudencial a través de la identificación de los criterios que ha formulado la Corte Constitucional en referencia a la reparación integral a las víctimas en el marco de la justicia transicional, mostrando en qué medida dichos criterios se encuentran relacionados e íntimamente correlacionados con la justicia de transición. Para el desarrollo de dicho trabajo, se realizó una búsqueda documental para de esta manera reconocer las sentencias hito de la línea a tratar.

Palabras claves: Reparación Integral, Justicia Transicional, Víctimas, Postconflicto, Jurisprudencia.

* Proyecto Integrador de II semestre del núcleo público económico. Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabanta.

** Estudiante de II de la Facultad de Derecho, núcleo básico de fundamentación jurídica. Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabanta.

*** Abogado, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia- Director del Núcleo Público Económico, docente investigador del Grupo Pólemos COL111291, correo electrónico: juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

Transitional justice and integral repair to the victims in the armed conflict, a jurisprudential scope

Abstract

Colombia's armed conflict has been simmering for more than half a century and has positioned itself as the most enduring factor of violence that has presented the country, generating the need for reparation for victims, as key part of post-conflict when presented a peace process. That is why through this work is to develop a line of decisions by identifying the criteria that the Constitutional Court has made reference to the victims integral part of transitional justice repair, showing the extent these criteria are closely related and correlated with transitional justice. For the development of this work, a documentary search to thereby recognize the landmark judgments of the line to be treated is performed.

Keywords: Integral Reparation, Transitional Justice, Victims, post-conflict Jurisprudence.

Introducción

En el contexto actual colombiano, es fundamental hacer referencia al postconflicto no solo desde el punto de vista académico, sino también social y político; pues al estar presenciando un proceso de paz dicho concepto permitirá tener más claro cuáles serían las reglas de juego en un futuro cercano, tanto para víctimas como victimarios y además de esto prepararse para una posible transición de la guerra hacia la paz; hecho que sin duda se ha convertido en un factor polémico y de debate por parte de juristas y ciudadanos.

Hablar de justicia transicional es hacer referencia a un tema de actualidad, el cual consiste en la reparación que se le otorga a las víctimas cuyos derechos fundamentales han sido violados en el marco del conflicto armado en Colombia. Ahora bien para hablar de reparación a las víctimas en el marco de un conflicto, se debe hacer referencia a algunos elementos que están relacionados con la justicia transicional, el primero de estos son las comisiones para la verdad, las cuales son organizaciones que investigan los abusos contra los derechos humanos, estas comisiones no son judiciales y además son temporales.

Otro de los elementos consiste en las reformas a las instituciones para acabar con abusos cometidos por autoridades tanto militares como judiciales y así evitar que se repitan dichas violaciones. Así mismo, están los programas para las reparaciones, los cuales buscan reconocer a las víctimas los daños que han sufrido incluyendo componentes materiales y simbólicos, y por último están las acciones penales para juzgar dichos crímenes.

De igual manera a la hora de hablar de justicia transicional, es fundamental hacer referencia al concepto de víctimas, el cual según la Ley 1448¹ de 2011 se consideran víctimas, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido menoscabo en sus derechos fundamentales por

hechos ocurridos a partir de 1985, siempre que este menoscabo sea consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las Normas Internacionales de Derechos Humanos.

Se pretende entonces, a través del desarrollo de una línea jurisprudencial, y de un análisis estático y dinámico de las sentencias estudiadas, identificar los criterios que ha formulado la Corte Constitucional colombiana para la reparación integral de las víctimas en el marco de la justicia transicional, describiendo de esta manera en que medida dichos criterios se encuentran relacionados e íntimamente correlacionados con la justicia de transición.

Para el desarrollo de dicho trabajo, se identificó la sentencia arquimédica (C-287/2014) sobre el tema a tratar, punto seguido se realizó una búsqueda documental para de esta manera encontrar un nicho citacional y así reconocer las sentencias hito, de las cuales se toman las siguientes: C-578/2002; C-228/2002; C-370/2006; C-454/2006; C-575/2006; C-095/2007; C-1199/2008; C-771/2011; C-250/2012; C-715/2012; C-250/2012; C-099/2013; SU-254/2013; C-287/2014; C-780/2014; así mismo se encontró como Sentencias dominantes la C-370/2006 y la SU-254/ 2013 y como fundadora de línea la C-228/2002.

El contexto de violencia en la historia de Colombia

El contexto actual Colombiano ha sido permeado por múltiples factores de violencia, uno de estos y el más duradero ha sido el conflicto armado interno, el cual ha estado latente durante más de medio siglo llevándose la vida no solo de combatientes sino también de civiles, hecho que sin duda ha traído consigo la presencia de múltiples víctimas; las cuales no únicamente requieren una reparación material², sino también una repa-

1 Ley de víctimas y restitución de tierras “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

2 Entendiéndose por reparación material únicamente como la indemnización a la víctima.

ración integral; esto en la medida en que la víctima tiene el derecho a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la garantía de no repetición.

A partir de la constituyente de 1991, se refuerzan algunos derechos de carácter fundamental, los cuales años después se verían relacionados con la reparación integral, considerada esta a futuro como un instrumento de la justicia transicional, entendida según Kai Ambos (2004) como algo más grande que la justicia penal retributiva, abarcando además a la justicia restaurativa; es decir la justicia de transición debe ser entendida como una justicia de excepción que aspira a superar la situación de conflicto o posconflicto, pasando de un peor a un mejor Estado.

Es por esto que a continuación se describirá cómo la Corte Constitucional Colombiana, ha desarrollado los criterios para reparar a las víctimas en el marco de la justicia transicional; lo anterior comienza a plantearse por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-228³ del año 2002, entendida esta como la fundadora de línea del tema⁴. Dicha sentencia puede ser considerada como tal ya que presenta unos aportes fundamentales para el desarrollo de la reparación integral a las víctimas y en un futuro para el desarrollo de la justicia transicional, además de esto, es la sentencia más antigua que hace referencia al tema.

La sentencia C-228 de 2002 plantea entonces que tanto en el derecho internacional como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas de un hecho punible deben gozar de una concepción amplia y no restringida exclusivamente a una re-

paración económica, la cual debe estar fundada en los derechos que dichas víctimas tienen, tales como a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos.

Además se plantea el hecho de que las autoridades deben orientar sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, al menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

Entendiéndose de tal manera que algunos intereses de las víctimas han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos muy importantes; el primero de estos es el derecho a *“la verdad, o sea la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos; el segundo de estos, es el derecho a que se haga justicia en el caso concreto es decir, el derecho a que no haya impunidad, y por último, el derecho a la reparación del daño que se le ha causado a la víctima, a través de una compensación económica”*. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002)

Con base en lo anterior, en esta sentencia se aborda lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó la necesidad de promover todo lo necesario para remediar las violaciones a los derechos, igualmente dijo que es obligación del Estado el organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras por medio de las cuales se

3 Se busca declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada por ser violatoria de los artículos 13, 93 y 95 de la Constitución, así como de los artículos 1 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789).

4 Aunque es importante mencionar que la sentencia C-578 de 2002 también hace referencia al tema; pues a partir de esta se ratifica el estatuto de roma, y se plantea entonces el hecho de que la razón primigenia de un Estado constitucional y democrático es cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Este deber fundamental sintetiza la esencia del contrato político mediante el cual los ciudadanos de una república aceptan obedecer a una autoridad democráticamente instituida, conformada, ejercida y controlada, a cambio de que ésta les brinde protección efectiva contra diversas amenazas de distinto origen, dentro de las cuales se destacan las amenazas provenientes de toda forma de violencia, incluidas las que se manifiestan por el ejercicio arbitrario del monopolio de la fuerza confiado al Estado y la practicada por grupos armados irregulares. Ahora bien, si el estado no está en capacidad de proteger a sus víctimas, debe entonces repararlas en el caso de haber sido violados sus derechos.

manifiesta el ejercicio del poder público, para poder asegurar judicialmente el ejercicio de los derechos humanos. Así mismo dejó claro que en casos de graves violaciones de derechos humanos, es inadmisibles la amnistía, debido a que esta viola el derecho a la protección judicial impidiendo la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables; por lo que consideran que las leyes de amnistía llevan a la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002)

A partir del año 2006 la Corte Constitucional profiere la sentencia C-370⁵, la cual es considerada en esta línea jurisprudencial como una sentencia dominante, ya que presenta los parámetros fundamentales para hablar de los derechos de las víctimas, además esta sentencia es citada reiteradamente por las demás sentencias hito encontradas en el desarrollo del nicho citacional, pues interconecta conceptos y elementos que se hallan en todas.

En dicha sentencia se hace referencia a la Ley 975 de 2006, la cual trata de regular y fijar mecanismos de protección de los derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales hacen parte del derecho de todas las personas de acceder a la administración de justicia.⁶ Planteando también el hecho de que en la justicia transicional las víctimas tienen derecho a que las violaciones que se cometen contra ellas sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, logrando de este modo una reparación integral y la garantía de no repetición. (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006)

Algo fundamental que se menciona en la sentencia C-370/2006 es la conexidad que tiene el ordenamiento constitucional colombiano con instrumentos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de

la justicia transicional, pues esta institución contiene estándares que protegen la justicia, la verdad y la reparación a las víctimas.

Algunas sentencias de la Corte Interamericana⁷ mencionadas en la sentencia 370 son:

- La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, en la cual, se afirma que toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención deben ser objeto de indagación, y que cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de tales derechos humanos, dicha obligación queda sustancialmente incumplida.
- Se hace también referencia a la sentencia del caso *Barrios Altos vs. Perú* en la cual se considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos.
- En tercer lugar, se menciona la sentencia del caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* en la cual se otorga a las víctimas, el derecho a un recurso judicial efectivo.
- Se incluye también la sentencia del caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* en la cual se afirma la inadmisibilidad de las disposiciones del derecho interno referentes a prescripción o cualquier otra circunstancia conducente a impedir la investigación y sanción de los responsables de la violación de derechos humanos, al deber del Estado de investigar oficiosamente los actos de violaciones de derechos humanos mediante la adopción de medidas para garantizar la investigación y a una sanción efectiva.

5 Mediante la cual decidió sobre la exequibilidad de distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005, usualmente conocida como Ley de Justicia y Paz, que como ya se indicó, puede ser considerada como una norma de justicia transicional.

6 En referencia a lo anterior, la corte se ha pronunciado con anterioridad en la sentencia C-319 de 2006.

7 Sentencias que tienen relación con los derechos de las víctimas de un conflicto armado.

- Otra sentencia es la del caso comunidad Moiwana vs. Suriname en la que se hace referencia a el deber de reparación que generan las graves violaciones de los derechos humanos.
- Por último se habla del caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, en este caso se menciona el alcance del derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y de sus familiares a un recurso judicial efectivo, y el deber del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos.

Dentro de las prescripciones de la Corte Constitucional, también se encuentran los Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, estos derechos fueron proclamados por la ONU en 1998.

La paz como un valor y un derecho fundamental

Es importante también, hacer referencia al concepto de paz planteado en esta sentencia; entendida como la ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos, a esto se han vinculado instituciones internacionales y se han fortalecido los diferentes mecanismos que la afianzan, concentrándose entre otras en el respeto por la dignidad y los derechos humanos, soportándose en el Derecho Internacional Humanitario.

La Corte Constitucional entonces, de manera reiterativa hace referencia al lugar que ocupa la paz en el orden de los valores protegidos por la Constitución; entendiendo que la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, planteando también el hecho que en nuestro ordenamiento jurídico existen instrumentos de justicia transicional; pues en la misma Constitución, se permite que “*por graves motivos de conveniencia pública*” se concedan amnistías o indultos por delitos. Sin embargo es primordial mencionar que antes de conceder dichos instrumentos, debe primar el derecho del acceso a la justicia y el poder reparar integralmente a las víctimas. La Corte argumenta

entonces, que el alcance que tiene el valor de la paz no es absoluto, ya que es esencial garantizar igualmente el valor a la justicia y derecho de las víctimas a esta, así como todos los otros derechos de las víctimas. (Corte Constitucional, Sentencia C-370/2006)

Durante este análisis tiene gran importancia resaltar que la justicia al igual que la paz, posee una gran importancia constitucional, ya que es el fundamento de una de las ramas del poder público y uno de los valores fundantes del orden constitucional, es por esto que la justicia ha de tenerse dentro del sistema constitucional Colombiano como uno de sus principios fundamentales.

Es por ello que la Corte Constitucional por medio de esta sentencia ha considerado que el método más apropiado para aplicar en estos casos es el de la ponderación, el cual comprende el conflicto constitucional desde distintos niveles, y genera tres opciones para tratarlo, en donde la más acertada, sería ponderar la paz y la justicia en tanto valor objetivo y en tanto derecho de las víctimas e igualmente ponderar los demás derechos de éstas “*la verdad, la reparación y la no repetición*”.(Corte Constitucional, Sentencia C-370/2006)

Otro de los métodos que la Corte ha considerado para aplicar en estos casos es el de la alternatividad ya que la amnistía y el indulto no son las únicas formas en que el Estado puede limitar la justicia, con la intención de conseguir la paz y poner fin al conflicto armado que está viviendo el país. La alternatividad penal es un beneficio que se basa en la suspensión de la ejecución de la pena ordinaria, para que el condenado cumpla en su lugar una pena alternativa menor (mínimo cinco años, máximo ocho años), sin embargo es importante aclarar que la imposición de esta pena alternativa no anula, invalida o extingue la pena originaria inmediatamente se otorga; la extinción de la pena ordinaria solo ocurre una vez cumplida en su totalidad, la pena alternativa impuesta. (Corte Constitucional, Sentencia C-370/2006, p. 317).

Es entonces claro, que en esta sentencia se hace referencia a la trascendencia y alcance de la paz como valor constitucional, como derecho y deber ciudadano y como criterio que justifica la existencia de instituciones de justicia transicional.

Para terminar el análisis de esta sentencia es fundamental hacer referencia a el planteamiento de la Corte Constitucional en relación con el bloque de constitucionalidad; pues este cuenta con una serie de instrumentos internacionales prevalentes sobre el ordenamiento jurídico interno y reafirmados en la Constitución Política, que imponen a Colombia tipificar, investigar, juzgar y sancionar adecuadamente todos esos graves comportamientos, ya se trate de graves violaciones a los Derechos Humanos o de serias infracciones al Derecho Internacional Humanitario. En consecuencia, el Estado colombiano será responsable por acción o por omisión si no existe una investigación seria, acorde con la normatividad nacional e internacional.

El Estado entonces, tiene un compromiso y unos deberes frente a las víctimas de dichas conductas; pues como se reafirma en la sentencia,

“Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del Estado en relación con las víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesibles y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derechos humanos.” (Corte Constitucional, Sentencia 370/2006)

Los derechos de las víctimas

Después de la sentencia C-370, durante el año 2006 en la sentencia hito C-454⁸ con el magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, se hace referencia en su *ratio decidendi* al fundamento

constitucional sobre los derechos de las víctimas, mencionando que, la reconceptualización de los derechos de las víctimas desde el punto de vista de la Constitución se funda a partir de varios principios y preceptos constitucionales; el primero de estos es el mandato que establece que los derechos y deberes se interpretan con base en los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado Colombia (Art. 93 C.P.); y el segundo, hace referencia al hecho de que el constituyente es quien le otorgó el rango constitucional a los derechos de las víctimas (Art. 250 núm. 6 y 7 CP).

Así mismo, se reiteran y reafirman los conceptos básicos del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, entendiendo que; el derecho a la verdad se basa en un conjunto de principios los cuales buscan proteger los derechos humanos, mediante el derecho inalienable a la verdad, el deber de recordar y el derecho de las víctimas a saber.

“Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima.” (Corte Constitucional, Sentencia 454/2006, p.37)

Es fundamental mencionar que en esta sentencia se reafirma lo ya planteado en la sentencia fundadora de línea (C-228 de 2002), en la que destaca el hecho de que a partir de los postulados del Estado social de derecho y de la expresa mención de las víctimas por el texto superior, existe una nueva concepción sobre el rol que a ellas les corresponde dentro del entorno del Derecho Penal, uno de cuyos elementos más relevantes es el

8 En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Humberto Ardila Galindo demandó la inexecutable de los artículos 11, 132, 133, 134, 135, 136 y 357 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

abandono de la premisa según la cual el derecho de las víctimas se agotaba en la sola reparación económica de los perjuicios ocasionados por el delito.⁹

Es importante también indicar, que en esta sentencia se reitera lo establecido en la sentencia C-775 de 2003, en donde se plantea que los principios anteriormente mencionados y adoptados por la comunidad internacional se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funda en un orden justo y pacífico, en donde hay relaciones de conexidad e interdependencia. Por lo tanto no es posible lograr la justicia sin la verdad, ni lograr la reparación sin justicia.

Continuando entonces con la línea jurisprudencial enmarcada en los criterios que ha formulado la Corte para reparar a las víctimas en el marco de la justicia transicional; en la sentencia hito C-575¹⁰ de julio de 2006 se hace referencia a lo expresado por los diferentes organismos internacionales de protección en materia de derechos humanos, referente a las características que debe tener el proceso de transición de las víctimas de conflicto armado señalando la importancia de cinco requisitos los cuales deben ser cumplidos para lograr los objetivos; estos requisitos son: el deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones a los derechos humanos, el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso y el deber de imponer penas adecuadas a los responsables de la violación a los derechos humanos.

De igual manera la corte reitera lo expresado anteriormente en la Sentencia C-225 de 1995 respecto a las obligaciones mínimas que tiene el Estado durante un conflicto armado interno para la protección de la población civil, esto hace referencia a todas las personas que no estén participando directamente en los enfrentamientos, incluyendo militares que hayan dejado las armas o se encuentren fuera de combate por enfermedad, herida, detención, entre otras.

A sí mismo la Corte Constitucional reiteró su posición frente al origen de los recursos del fondo para la reparación de la víctimas del conflicto armado, haciendo alusión a que estos deben estar constituidos por los bienes o recursos que tengan en su poder el victimario o grupos ilegales sin que tenga importancia cuál fue el frente o bloque de estos grupos que efectuaron los actos delictivos, igualmente debe tener recursos procedentes del presupuesto nacional y donaciones nacionales o internacionales. Por lo tanto cada miembro de un grupo armado al margen de la ley debe responder con su propio patrimonio no solo por los daños ocasionados a sus víctimas sino también a las víctimas que haya generado cualquier otro miembro del grupo armado al que este pertenecía antes de poder acudir a fondos del Estado con este fin. Sin embargo esto no exonera al Estado Colombiano de su responsabilidad de manera subsidiaria para la reparación a las víctimas en el caso en que los recursos del victimario sean insuficientes.

La Corte Constitucional durante el año 2007 profiere la sentencia C-095¹¹, en la cual se mencionan los derechos de las víctimas en relación con el principio de oportunidad establecido en

9 Esta tendencia se ve acentuada a partir de la vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, que introdujo en nuestro país el sistema procesal penal acusatorio.

10 Se presentó demanda en contra de los artículos -total o parcialmente acusados- 1º a 13, 15 a 20, 22 a 27, 29 a 34, 36 a 58, 60 a 62, 64 y 71 de la Ley 975 de 2005

11 Se declaró exequible los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 12 y 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, por los cargos estudiados en la presente Sentencia; y la expresión “En los casos previstos en los numerales 15 (...)” contenida en el párrafo 1º del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, por el cargo estudiado en la presente Sentencia, así como el párrafo 3º de la Ley 906 de 2004, por los cargos estudiados en esta Sentencia, salvó la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de Roma”, que se declara INEXEQUIBLE.

la Ley 906 de 2004¹²; estos derechos son: que el Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Penal; una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder; el hecho de que las víctimas tengan derecho a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas; a recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en el Código información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas.

Ahora bien, durante el año 2008, en la sentencia C-1199¹³ se establece una distinción entre reparación y rehabilitación; entendiéndose que la *“reparación es un conjunto integral de acciones encaminadas a borrar o desaparecer los efectos que sobre las víctimas han dejado los crímenes cometidos, lo que sin duda trasciende la dimensión puramente económica, e incluye, como elementos de comparable importancia, otro tipo de acciones, de efecto tanto individual como colectivo, que restablezcan la salud, la autoestima y la tranquilidad de las víctimas y de las comunidades a las que ellas pertenecen”*. (Corte Constitucional, sentencia C-1199/2008)

Entendiéndose con respecto a lo anterior, que la rehabilitación debe ser comprendida como el propósito de procurar la recuperación de la salud, física y mental de las víctimas; siendo evidente entonces que los servicios sociales comunes que presta el Gobierno, así sea a personas que hayan

sido víctimas de los delitos a que se refiere la Ley 975 de 2005, no corresponden a alguna de las acciones a través de las cuales debe procurarse la reparación de las consecuencias nocivas del delito.

Puede verse entonces en esta sentencia hito, que la Constitución resguarda celosamente los derechos de las víctimas, pues como allí se afirma, esto se da incluso frente a eventuales actuaciones o decisiones de las autoridades estatales que pudieran menoscabarlos. Por ejemplo cuando existe la posibilidad de otorgar amnistías o indultos generales por delitos políticos, se advierte entonces que la concesión de esos beneficios no implica exención de la responsabilidad civil a cargo de tales personas, y que en caso de que así se ordenare por ley, el Estado quedará obligado al pago de las indemnizaciones.

Relación entre derechos de las víctimas con la justicia transicional

Ahora bien, para contextualizar la correlación entre los derechos de las víctimas con el concepto de justicia transicional, se debe hacer referencia, a la sentencia C-771 de 2011¹⁴, en la cual dicha corporación afirma que la justicia transicional es un tipo de justicia, con unas características específicas y que debe aplicarse de manera excepcional en algunos escenarios, entendida también como una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos, que busca transformaciones radicales hacia un orden político y social, con el objetivo principal de reconocer a

12 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (Corregida en conformidad con el decreto 2770 de 2004)

13 Se solicitaron ante esta la corte, la declaratoria de inexecutable de ciertas expresiones e incisos que hacen parte de los artículos 2°, 4°, 47, 48, 49, 71 y 72 de la Ley 975 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.”

14 En ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241 de la Constitución Política los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Juan Camilo Rivera Rugeles, María del Pilar Gutiérrez Perilla, Carlos Germán Navas Talero, Iván Cepeda Castro, Soraya Gutiérrez Argüello e Ingrid Vergara Chávez presentaron ante este alto Tribunal demanda de inconstitucionalidad contra sendos fragmentos de los artículos 1°, 4°, 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010, “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”.

las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia.

Es importante mencionar que en esta sentencia se hace referencia a una tensión que se puede presenciar en el marco de la justicia transicional; y es la tensión que se da entre justicia y paz, específicamente en cómo resolver la contraposición entre un derecho a la justicia concebido cada vez más de manera absoluta y la necesidad de prescindir de la persecución penal (amnistías, etcétera) o de garantizar reducciones considerables de pena. (Corte Constitucional, Sentencia C-771/2011)

Es entonces difícil establecer una proporción entre justicia y la preservación de la paz en el marco de una transición; al extremo de que se llega a plantear entonces la famosa frase *“tanta justicia como la paz lo permita”*; lo que lleva a observar la trascendental importancia de la finalidad de la transición, que es la paz, como principal condición para la convivencia social y la subsistencia de un Estado de Derecho. Sin embargo, solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz.

Así mismo, se afirma en esta sentencia hito, que no se hace una referencia directa a la justicia transicional, en el marco del bloque de constitucionalidad, pues este solo se refiere a la preservación de los derechos humanos. Sin embargo, si existen desde el punto de vista de los valores y principios constitucionales y por tanto en los derechos y deberes de los ciudadanos pautas y elementos que al ser ponderados con otros criterios relevantes, permiten apreciar la conformidad entre la noción de justicia transicional y los textos constitucionales. (Corte Constitucional, Sentencia C-771/2011)

La Corte entonces, en esta sentencia afirma que en la Constitución hay tres diferentes refe-

rencias, las cuales representan apoyo para admitir la vigencia de las medidas de justicia transicional.

La más notoria e importante de ellas es la frecuente mención de la paz, como uno de los objetivos principales del Estado Colombiano, para cuyo logro se adopta en 1991 la nueva Carta Política, y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como para el futuro, tan anhelada necesidad¹⁵. Además de que existen abundantes referencias a la paz como propósito central del Derecho Internacional, especialmente en los respectivos preámbulos de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, entre ellos la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

A continuación cabe resaltar que, según lo anteriormente mencionado podría entonces asumirse que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una alternativa válida dentro del marco constitucional colombiano; claro está, siempre y cuando se salvaguarden los derechos de las víctimas.

Es importante también referenciar la Sentencia C-715¹⁶ de 2012 donde se encuentran estipuladas las medidas de atención, asistencia, y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno.

Esta sentencia tiene un contenido fundamental, al mencionar los derechos que tienen las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos de las víctimas, tanto en asuntos de constitucionalidad como de tutela, ha reconocido y protegido de manera pacífica, reite-

15 Mencionados en los artículos 2º, 22 y 95.6 de la carta política.

16 Demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, Ley 1448 de 2011 los artículos que se demandan son 28 y 72.

rada, clara y expresa, los derechos de las víctimas de delitos; a la verdad, a la justicia a la reparación y no repetición, especialmente en casos que contienen graves violaciones de derechos humanos, como el caso de las personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado.

En cuanto a este hecho la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los derechos de las víctimas implican la exigencia de conocer la verdad de lo ocurrido y a que se esclarezcan los delitos que afectan de manera masiva y sistemática los derechos humanos de la población en el marco del conflicto interno, el derecho a que se investigue y sancione a los responsables de estos delitos, y el derecho a ser reparado de manera integral. Estos derechos han sido reconocidos por la Corte como derechos constitucionales de orden superior. Por esta razón la Corte reitera el deber constitucional de reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas, teniendo como base el respeto de la dignidad humana, el cual es a su vez el principio fundante del Estado Social de Derecho.

En este momento del trabajo, se puede apreciar entonces una línea jurisprudencial recta en donde la Corte reafirma sentencia tras sentencia los criterios y los derechos a los cuales está sujeta la víctima; con base en el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

En concordancia con lo anterior, se recalca que las disposiciones legales relacionadas con las víctimas de la violencia, deben interpretarse, de conformidad con la reiterada jurisprudencia constitucional y tomando en cuenta los principios de favorabilidad hacia el entendimiento y restablecimiento de sus derechos, la buena fe, la confianza legítima, la preeminencia del derecho sustancial, y el reconocimiento de la especial con-

dición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las víctimas.

En la sentencia C-250 de 2012¹⁷ se reafirma la línea jurisprudencial con base en el concepto de víctima, pues la Corte Constitucional, define un concepto amplio de víctima; al definirla como:

“[...] la persona que ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste y el delito que lo ocasionó. El daño sufrido no necesariamente ha de tener carácter patrimonial, pero se requiere que sea real, concreto y específico, y a partir de esta constatación se origina la legitimidad para que participe en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia y ser titular de medidas de reparación. Igualmente que se ha entendido que no se ajusta a Constitución las regulaciones que restringen de manera excesiva la condición de víctima y que excluyan categorías de perjudicados sin fundamento en criterios constitucionalmente legítimos.”

Como se ha mencionado en sentencias anteriores, las víctimas en el marco de la justicia transicional, tienen derecho a ser reparadas; es por esto que en la sentencia C-099/13¹⁸, se hace referencia al proceso judicial de restitución de tierras, el cual garantiza de manera adecuada los derechos al debido proceso, a la defensa, a la igualdad y al acceso a la justicia.

Dentro de esta sentencia, se reafirman los conceptos, del derecho a la verdad y a la reparación; en esta medida la Corte menciona unos criterios jurisprudenciales; El primero de estos, es que el derecho a la verdad, se encuentra consagrado en los numerales 1 a 4 de los *“Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”*, y encuentra su fundamento en el principio de dignidad humana, en el deber de memoria histórica y de recordar, y en el derecho al buen nombre y a la imagen.

17 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 y el artículo 75 de la Ley 1448 de 2011 *“por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”* Se concluye entonces que la expresión entre el primero de enero de 1991 y el término de vigencia de la ley, resulta exequible frente al cargo examinados en la presente decisión.

18 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79 (parcial), 88 (parcial) y 132 (parcial) de la Ley 1448 de 2011 *‘por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado y se dictan otras disposiciones’*.

En cuanto al derecho a la reparación, la jurisprudencia de la Corte ha fijado los siguientes parámetros y estándares constitucionales, en armonía con el derecho y la jurisprudencia internacional. El primero de estos es el reconocimiento expreso del derecho a la reparación del daño causado que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, y de que por tanto éste es un derecho internacional y constitucional de las víctimas, como en el caso del desplazamiento forzado; en segundo lugar, está el derecho a la reparación integral y las medidas que este derecho incluye se encuentran regulados por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, aspectos que no pueden ser desconocidos y deben ser respetados por los Estados obligados; y por último menciona que el derecho a la reparación de las víctimas es integral, en la medida en que se deben adoptar distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas.

Durante el 2013 la Corte Constitucional falla una sentencia unificadora, la SU 254¹⁹, la cual, debe ser entendida como una sentencia dominante dentro de los criterios de reparación a las víctimas; pues en esta sentencia se unifican los fallos de diferentes sentencias (tutelas) con respecto al tema y a su relación con la justicia transicional.

En dicha sentencia, la Corte Constitucional ha dejado claro como las instancias internacionales en derechos humanos constituyen una “pauta hermenéutica” en el momento de interpretar los tratados internacionales en relación con la Constitución Colombiana. También deja en claro que la reparación a las víctimas del conflicto armado Colombiano debe abarcar tanto el daño emergente como lucro cesante y su repa-

ración debe ser tanto individual como colectiva, ajustándose en todo momento a los principios de equidad.

Igualmente reiteró su posición frente al delito del desplazamiento, considerándolo uno de los que más daño ocasiona a las víctimas, por su condición de vulnerabilidad extrema, genera una vulneración múltiple, masiva, sistemática y continua de todos los derechos fundamentales de las víctimas.

Según lo expresa la Corte en el análisis final que hace en esta sentencia reconoce que las diferentes vías de reparación a las víctimas del conflicto armado colombiano en especial las de desplazamiento forzado no son ni excluyentes ni subsidiarias las unas de las otras, por lo que no es necesario que se agote el recurso o cumplimiento de una de ellas para que se pueda acudir al cumplimiento de otra, es por ello que los ciudadanos pueden recurrir a la vía administrativa sin haber pasado previamente por la judicial, por lo tanto estas reparaciones pueden ser consideradas complementarias entre sí.

De la misma manera esclarece en favor de las víctimas resultantes de conflicto armado anteriores a 1985, que cumplen con los requisitos establecidos en Decreto 1290 de 2008 que aunque no pueden ser incluidas en el Registro Único de Víctimas tienen derecho a que se les otorgue la indemnización que les corresponde según la vía administrativa y la unidad encargada de esta función es la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. (Corte Constitucional, Sentencia SU-254 del 2013, p. 52-122)

En el tema que refiere a la indemnización a las víctimas la Corte argumenta en esta sentencia que la medida que tome el Estado dentro de su política social con el fin de satisfacer las necesidades materiales básicas de los ciudadanos más

19 Los expedientes de tutela que se revisan: Los casos bajo revisión fueron acumulados por la Corte para ser fallados en sentencia de unificación, por tratarse de situaciones de hecho y de derecho análogas o similares, y por tanto, presentar unidad de materia; en total fueron 27 tutelas.

pobres, no podrán ser tenidas como medidas de reparación frente a las violaciones de los derechos humanos a las que estos fueron expuestos, ya que esto sería inconstitucional y por lo tanto inadmisibile.

Es importante mencionar, que esta sentencia es reconocida en la línea jurisprudencial no solo como dominante sino también como reconceptualizadora, ya que establece como garantía del derecho de igualdad para las víctimas de desplazamiento en el marco del conflicto que se presenta actualmente en Estado Colombiano, tener *EFFECTO INTER COMUNIS* para todos los casos análogos o similares que se presenten a partir de la fecha de la publicación de ésta, al igual que para los casos que se hayan presentado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1448 de 2011, aun si estos fueron negados anteriormente por la anterior Agencia Presidencial para la Asociación Social y la Cooperación Internacional - Acción Social.

Por su parte, en la sentencia C-180²⁰ de 2014 se reafirma que los derechos constitucionales de las víctimas a la verdad, a la justicia, a la reparación y las garantías de no repetición, tienen fundamento en la Constitución en el principio de dignidad humana (Art.1° CP) y el deber de las autoridades de proteger los derechos de todos los residentes en Colombia (Art. 2° CP); igualmente argumenta que los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tienen como propósito facilitar que el conflicto armado interno que viene presentando el país desde hace más de medio siglo llegue a su fin y consecuentemente lograr una paz estable y duradera, con garantías para todos los ciudadanos, con el fin de proteger de la mejor manera estos derechos.

En esta sentencia se refiere la Corte Constitucional a la justicia transicional como el conjunto de herramientas jurídicas, políticas y sociales

que se establecen con el fin de superar la violencia que se está viviendo e implementar acciones, mecanismos y estrategias que posibiliten restituir la confianza y la reconciliación de los ciudadanos, generando el fortalecimiento del Estado Colombiano. Este alto Tribunal hace referencia a lo indicado en la Sentencia por el “caso de la Masacre de El Mozote”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se refiere a situaciones en la cuales un Estado que padece un conflicto armado y no tiene la capacidad de llevar a cabo plenamente toda la reparación que se exige desde los organismos internacionales, se deja claro entonces que ninguno de estos derechos es absoluto, por lo tanto el Estado está en la capacidad de ponderarlos, sin generar que la realización de unos de estos derechos afecten desproporcionadamente los otros. Sin embargo, el Estado colombiano está en la obligación de asegurar a las víctimas del conflicto los derechos a la justicia, la verdad y la reparación; teniendo en cuenta que para lograrlo se requiere utilizar tanto la justicia distributiva como la reparativa simultáneamente. (Corte Constitucional, Sentencia C-180 del 2014)

Con respecto a la indemnización que las víctimas de este conflicto tienen derecho, la Corte Constitucional establece: que siempre y cuando los bienes materiales procedentes del delincuente o el grupo armado al que este pertenezca no sean suficientes para repararlos económicamente o cuando el Estado sea el responsable directo de la violación de los derechos de las víctimas por acción y omisión es su deber asumir esta responsabilidad con sus propios fondos, esta reparación debe ser proporcional a los daños y perjuicios sufridos. Teniendo en cuenta que es responsabilidad absoluta del Estado garantizar una indemnización integral; “...sin embargo esta corte aclara que los recursos estatales deben funcionar solo de forma subsidiaria para las reparaciones a las víctimas”.

20 La ciudadana Maribeth Escorcía Vásquez solicitó declarar la inexecutable del artículo 24, inciso 2°, de la Ley 1592 de 2012 por estimar que desconoce los artículos 13 y 29 de la Constitución Política y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, demanda que fue admitida mediante auto del 2 de septiembre de 2013.

Culminando la línea jurisprudencial, se hace referencia entonces a la sentencia arquimédica C-287²¹ de 2014; arquimédica porque es la sentencia más reciente de la línea jurisprudencial planteada en torno al tema.

En dicha sentencia, se demanda la Ley 1592 de 2012 la cual modifica la Ley 975 de 2005, haciendo referencia al procedimiento especial para la reparación integral a las víctimas en el proceso de justicia y paz, el acceso a la administración de justicia y el reconocimiento del derecho a un recurso judicial efectivo. Para lograr dicha reparación, según esta disposición las víctimas tienen derecho a participar en todas las etapas del proceso. Al hacer la relación de los criterios de la Corte Constitucional frente al tema de justicia transicional, se debe tener en cuenta algunos conceptos, como son los principios de la separación de poderes y la independencia judicial, la cual aunque es muy amplia no es absoluta sino que está limitada constitucionalmente por la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Así mismo, en la sentencia se hace referencia a que en la reparación integral a las víctimas, se adoptarán medidas articuladas de rehabilitación, restitución, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición, estas características son legítimas de la justicia transicional, pues se refieren claramente a la búsqueda de la paz y la consolidación de un Estado social de derecho y más aún cuando se han cometido delitos contra los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, que son los que tienen que ser investigados, juzgados, sancionados y reparados integralmente por la justicia penal. (Corte Constitucional, Sentencia C-287 de 2014)

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado, en que las víctimas no tienen que comenzar un proceso diferente para que sean objeto de una aplicación integral de todas las medidas que el Estado Colombiano ha adoptado al respecto sobre la reparación, el acceso a la justicia y a la igualdad; simplemente debe enviar los expedientes a las unidades administrativas especiales, con el fin de acceder a este derecho.

Es de suma importancia mencionar que durante todo el desarrollo del trabajo, se ha mencionado frecuentemente el bloque de constitucionalidad, pues sin duda hay tratados y convenios internacionales que están relacionados con el tema, y que Colombia los ha ratificado y se encuentran en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, ellos son la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas; y en el marco del Derecho Internacional Humanitario pueden inscribirse; la Ley 5ª de 1960 Aprobatoria Protocolos I, II Y III de Ginebra, el Convenio I, II, III Y IV, el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra; la Ley 67 de 1993 aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas; la Ley 554 de 2000 aprobatoria de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción; la Ley 808 de 2003 aprobatoria del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo; y la Ley 837 de

21 En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Ramón del Carmen Garcés, Ricardo Rosas Viso, Félix Tomás Batta Jiménez, Hugo Montoya Zuluaga y Nini Johana Cardozo Dueñas presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 4, 23, 24, 25, 33 y 41 (parciales) de la Ley 1592 de 2012 Por medio de la cual se “*introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones*”.

2003 aprobatoria de la Convención internacional contra la toma de rehenes.

Después de desarrollado este análisis, se puede apreciar que la línea jurisprudencial, sobre los criterios que ha formulado la Corte Constitucional para reparar a las víctimas en el marco de la justicia transicional es legítima; ya que se evidencia la obediencia al precedente, y es por lo mismo que la línea se ha desarrollado como recta.

Lo anterior, en la medida en que la Corte, ha dado el mismo trato a las víctimas durante el desarrollo de dicha jurisprudencia, generándose una continuidad en los conceptos referentes al tema, reiterándose y reafirmando cada uno de ellos. Es importante también mencionar, que durante el desarrollo de la línea, los derechos de las víctimas se han afianzado, pues estas a través del tiempo les han sido reconocidas y otorgadas mayores garantías. Sin duda en relación con el concepto de la justicia transicional, la Corte también se ha mantenido en la misma posición, afirmando que el reconocimiento de este tipo de justicia es importante para el logro de la paz y en la misma medida para el reconocimiento de los derechos de las víctimas.

Postura Crítica

Resulta fundamental mencionar que la línea jurisprudencial es coherente y persistente en sus puntos conceptuales más esenciales. En este sentido, es evidente que se le ha dado una especial importancia a los derechos de las víctimas, en la medida en que estas se han mantenido como un elemento primordial en el desarrollo de la justicia transicional; de tal suerte que la aplicación efectiva de un verdadero modelo de justicia transicional implica necesariamente la vivencia efectiva de las garantías fundamentales de las víctimas, quienes se erigen dentro del proceso de transición en la parte más endeble de la relación, situación que implica, sin que haya lugar a dudas, la asunción de medidas positivas en favor de las víctimas.

De igual forma, y de manera correlativa, debe tenerse en cuenta que los victimarios tam-

bién deben ser acreedores de diversos beneficios jurídicos que potencien el proceso dentro de un marco de legalidad y proporcionalidad. Es decir, las concesiones en favor de los victimarios deben guardar respeto por los derechos de las víctimas; esta situación implica la existencia de una perfecta armonía entre los derechos en pugna, y en ese sentido, la ponderación se postula como un verdadero medio de justicia.

Desde un punto de vista crítico, también se puede evidenciar que en materia de justicia transicional al Estado Colombiano aún le falta mucho camino por recorrer; pues en primer lugar se pueden evidenciar algunos intentos fallidos como lo son la Ley de Justicia y Paz; con la que se buscaba llevar a cabo los objetivos de verdad, justicia y reparación; sin embargo por el contexto actual del país, no se han cumplido en su totalidad los objetivos planteados, ni se ha obtenido la verdad, ni se ha cumplido con la justicia y ni se han reparado las víctimas; en este punto es necesario advertir que esta situación se ha debido más a la aplicación incorrecta de la ley que ha su misma naturaleza.

Otro intento fallido, conocido como instrumento de justicia transicional es la conocida “*Restitución de tierras a las víctimas*” del conflicto armado, ley que sin duda ha tenido muchos contratiempos; pues en primer lugar es inaccesible para la mayoría de los colombianos por temor a represalias, ya que los grupos ilegales siguen dominando las zonas y la presencia militar es inexistente; en segundo lugar, dicha ley no cumple con los estándares de reparación que se han consolidado en el seno de la comunidad internacional y que se han adherido de manera prevalente al ordenamiento jurídico interno por vía del bloque de constitucionalidad, es decir, irradia la imperatividad en el cumplimiento del Estado.

Lo anterior también incide de manera directa en la consolidación de cualquier modelo de justicia transicional, pues claramente la Corte Constitucional debe ser coherente, como hasta ahora lo ha sido, con las disposiciones del Bloque; en este

sentido deben cumplirse los siguientes criterios: el criterio de satisfacción, el criterio de rehabilitación, las garantías de no repetición, la restitución y por último la indemnización; es importante entonces mencionar que aunque la Corte busca a través de la línea estudiada una reparación INTEGRAL para las víctimas, esta únicamente menciona tres de los criterios ya fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; criterios que son fundamentales para hablar de reparación integral y por ende de justicia transicional. La Corte Constitucional Colombiana aunque menciona mínimamente algunos de estos criterios, no profundiza en su contenido, dejando aun ciertos vacíos en torno a los criterios para llevar a cabo la justicia transicional de una manera completa y efectiva.

El Estado colombiano esta entonces en la obligación de cumplir con los criterios de la justicia transicional, mediante los diferentes criterios anteriormente mencionados; por medio de la satisfacción entendida como algo más personal y simbólico, para que la víctima se sienta a gusto con su nueva situación; mediante la rehabilitación, en donde a la víctima se proyecte nuevamente ante la sociedad a través de un tratamiento médico o psicológico, a través de las garantías de no repetición, elemento que es muy importante ya que es aquí donde se deben llevar a cabo normas y políticas publicas conducentes a que no se repitan las atrocidades; así como la restitución y la indemnización que tienen un aspecto más monetario.

A *Grosso modo* podemos decir que si bien la Corte Constitucional ha propendido por la consolidación de un modelo garante de justicia transicional, aún falta la adecuación integral de los estándares internacionales que son aplicables a las situaciones de conflicto armado. De cualquier manera, es importante señalar que la justicia transicional implica la necesidad de recíprocas concesiones de las partes, pero jamás ello puede significar la renuncia a la justicia, pues a la larga, la justicia transicional es el medio mediante el cual se puede cumplir un sueño, un sueño que ha sido

condenado al olvido eterno que se subsume de la guerra y que se viste de carmesí día tras día, un sueño que se ha engendrado en el vientre de la esperanza patria; un sueño llamado paz.

Conclusiones

Es evidente la magnitud del conflicto armado interno que ha vivido Colombia durante los últimos sesenta años, esto sin duda deja prever no solo el deterioro social sino político del país, se hace fundamental entonces el logro de la paz, para llevar dicho objetivo se hace necesario el desarrollo entonces de una justicia que se establezca fuera de lo ordinario; una justicia alternativa en donde se propugne por reparar los derechos de las víctimas, pero al mismo tiempo se dé un trato adecuado o condescendiente a los victimarios; para que estos sean incentivados a colaborar con la justicia y por ende con el logro de la paz.

Ahora bien, aunque durante el desarrollo de estos hechos se puede presentar una tensión entre paz y justicia, es primordial ponderar dichos valores constitucionales ya que debe tenerse en cuenta que no es posible una paz sin justicia, ni una justicia que no vaya en pro de la paz; es por esto que con la justicia de transición se busca lograr dicho objetivo, que aunque en muchas ocasiones no se pueda lograr totalmente si puede ser más factible que con la justicia ordinaria.

Debe hacerse referencia entonces, a que es importante que se continúen con las diferentes propuestas que vayan encaminadas a la reparación INTEGRAL de las víctimas, y que no solo se les sean reconocidos los derechos a la verdad a la justicia, a la reparación, rehabilitación y satisfacción; si no que además de ser reconocidos sean otorgados de una manera eficiente y oportuna, hecho que sin duda conllevaría en la misma medida al logro de la paz.

Por último, es fundamental mencionar que con el desarrollo de la línea, se pudo apreciar que aunque la Corte Constitucional enfatiza en varios criterios de reparación a las víctimas y por tanto en elementos de justicia transicional, muchos

de estos se quedan cortos a la hora de reparar a las víctimas; pues muchas veces no se mencionan con un enfoque complementario en la jurisprudencia y lo que es peor no se cumplen a cabalidad en la realidad.

Referencias bibliográficas

- Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia C-575 de 2006, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos
- Corte Constitucional; Sentencia C-250 de 2012, Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2007, Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra
- Corte Constitucional, Sentencia C-715 de 2012, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte constitucional, Sentencia 771 de 2011, Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional, Sentencia 099 de 2013, Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa
- Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2006, Magistrados Ponentes: Manuel Jose Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabral, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional, Sentencia C-287 de 2014, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
- Corte Constitucional, Sentencia C-771 de 2011, Magistrado Ponente : Nilson Pinilla Pinilla
- Corte Constitucional, Sentencia C-1199 de 2008, Magistrado Ponente : Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional, Sentencia C-250 de 2012, Magistrado Ponente : Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sentencia C-578 de 2002, Magistrado Ponente : Manuel Jose Cepeda Espinosa

Leyes:

- Ley 1424 de 2010 (Reglamentada por la ley 2601 de 2011) “Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.”
- Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.”
- Ley 975 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”
- Código Civil Colombiano. (2013). Artículos 770 - 774. Bogotá, Colombia: Legis
- Greiff, P. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la justicia transicional. Anuario de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.uis.edu.co/webUIS/es/catedraLowMaus/lowMauss13_1/sextaSession/transicional.pdf
- Greiff, P. (Abril, 2005). Elementos de un programa de reparaciones. Revista semana. Recuperado de: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_1610.pdf?view=1
- Greiff, P. (22 de julio de 2014). Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Naciones Unidas. Recuperado de: http://www.memoriacatalunya.org/assets/pdf/2014_informe_relator_especial.pdf

Salud física o bienestar psicológico como criterios determinantes en el derecho a la imagen corporal y al grado de satisfacción corporal*

Alejandra Cano **

David Bedoya **

Diego Ciro **

Andrés Palomino **

Docente: Juan Carlos Marín Castillo ***

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Alcance que se le da en la jurisprudencia de la Corte Constitucional al bienestar psicológico o a la salud física, como criterios determinantes al reconocer el derecho a acceder a la cirugía plástica de mamoplastia por reducción.

Resumen

La Corte Constitucional, por medio de su jurisprudencia, ha reconocido el acceso a la cirugía plástica de mamoplastia por reducción, aun cuando ésta posee unas connotaciones que implican no solo el aspecto físico, sino psicológico; para llegar a esto se ha valido de consideraciones tales como la salud física y el bienestar emocional derivado de la dignidad “...la demandante tiene una enfermedad que le produce dolor, y la cirugía que aconsejan los profesionales de la salud consultados, es el medio indicado para asegurar que pueda disfrutar de una vida digna, ajena a una forma de trato inhumano, cruel y degradante” (Sentencia T-796, 1998).

Esta línea jurisprudencial se propone establecer si la Corte Constitucional, en su jurisprudencia respecto a la cirugía plástica de mamoplastia por reducción; al pronunciarse favorablemente, le ha dado mayor alcance al criterio relacionado con la salud física o al bienestar emocional, evidenciando gráficamente si nuestro ordenamiento Constitucional, respecto al problema jurídico planteado, le da más importancia a uno u otro; como variables presentes en la materialización efectiva de los derechos que poseen los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Palabras Clave: Línea jurisprudencial, mamoplastia por reducción, salud física, bienestar psicológico, imagen corporal, grado de satisfacción corporal, ponderación, Acción de Tutela, Corte Constitucional.

* Proyecto Integrador de II semestre del núcleo público económico. Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Estudiante de II de la Facultad de Derecho, núcleo público económico. Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

*** Abogado, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia- Director del Núcleo Público Económico, docente investigador del Grupo Pólemos COL111291, correo electrónico: juan.carlos.marin@unisabaneta.edu.co

Physical health or psychological well-being as determining criteria in the right to body image and level of body satisfaction

Abstract

The Constitutional Court, through its jurisprudence has recognized access to plastic surgery for reduction mammoplasty, even if it has some connotations that involve not only the physical but psychological; to reach it has used such considerations as physical health and emotional well-being derived from the dignity "... the applicant has a disease that causes pain, and surgery counseling professionals consulted health, is the means indicated to ensure that you can enjoy a dignified life unconnected to a form of inhuman, cruel and degrading treatment "(T-796, 1998).

This line of jurisprudence is to establish whether the Constitutional Court in its jurisprudence regarding plastic surgery for reduction mammoplasty; In welcoming, it has given greater scope to criteria related to physical health or emotional well-being, showing graphically if our Constitutional system, regarding the legal problem raised, gives more importance to one or the other; as variables in the effective realization of the rights possessed by users of the Social Security System in Health.

Keywords: Jurisprudential line, by reduction mammoplasty, physical health, psychological well-being, body image, body satisfaction degree, weighting, Tutelage, Constitutional Court.

Introducción

El concepto de *cirugía plástica* se ha vinculado a lo *estético* en nuestra sociedad, teniendo históricamente una connotación asociada a la vanidad, y ésta a su vez, se encuentra ligada a una imagen de superficialidad. Hemos encontrado diferentes sentencias de la Corte Constitucional donde se evidencia una posición de rechazo a las acciones de tutela que implican un reconocimiento de lo *estético* como un criterio válido jurídicamente y que automáticamente descarta o anula una respuesta favorable al derecho invocado, mostrando de esta manera que aún se mantiene la idea de banalidad que suscita esta palabra, incluso en el derecho, donde su “*pretensión de corrección moral*” (Bulygin y Alexy, 2001) intenta trazar un futuro de esperanza y bienestar para las personas y los ciudadanos. Al tener esto presente, y no siendo nuestro objetivo fundamentarnos en las sentencias que fallan en contra del derecho invocado; este escrito se enfocará en aquellas sentencias donde el fallo ha sido favorable, y se ha ponderado entre criterios como el bienestar psíquico o la salud física para reconocer el acceso a la cirugía plástica de mamoplastia de reducción.

Con el objeto de tener un panorama más amplio, sobre el marco donde se afirma o se niega la conexidad existente entre salud física y bienestar psicológico y su implicación sobre el “*derecho a la imagen corporal*” (Parilli, 2012); nos planteamos explorar los criterios que usa la Corte Constitucional para legitimar sus argumentos, de manera que se correspondan con los principios de dignidad fundados en la Constitución desde el mismo artículo primero. Igualmente nos disponemos a identificar si el Sistema General de Seguridad Social en Salud, dirige sus esfuerzos para concluir de manera adversa, que los procedimientos de cirugía plástica de mamoplastia de reducción son de carácter estético y no están relacionados con los dos criterios expuestos, o por el contrario, el sistema brinda un servicio de tratamiento y recuperación adecuado

e integral en los casos de mamoplastia por reducción; reconociendo que el paciente tiene derecho a un “*grado de satisfacción corporal*” (Márquez y Garatachea, 2013).

El escrito se estructura en dos capítulos, en el primero de ellos se hace un análisis de los fundamentos que utiliza la Corte Constitucional para establecer la prioridad entre el derecho a la salud física o el bienestar psicológico en los casos del procedimiento quirúrgico en cuestión; y en la segunda parte, se identifica si el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tiene como fundamento la dignidad humana, desconoce el derecho al bienestar psicológico, al impropriamente obstaculizar los tratamientos relacionados con la cirugía plástica de mamoplastia de reducción, dadas las implicaciones de sus costos.

I. Análisis jurisprudencial

a. Definiciones

Para iniciar con el análisis jurisprudencial, es necesario realizar una breve reseña sobre algunos términos que hacen parte de este escrito:

La cirugía plástica, lejos de pensarse como un procedimiento moderno, en un sentido amplio se entiende como:

“...la gran cirugía de las trasplantaciones, con el estudio de los fenómenos biológicos que se observan al trasladar tejidos y órganos de un individuo a sí mismo, a individuos de una misma especie o a individuos de especie diferente”. (Goyanes, 1917) y añade “todas las operaciones de la cirugía, aun las más sencillas, tienen algo de plásticas, puesto que la labor propia del cirujano no es la de mutilar, sino la de reintegrar, la de rehacer las partes orgánicas y su trabajo funcional” (Goyanes, 1917).

Por cirugía estética se entiende que:

“[...] sin duda está incluida en la profesión médica, aunque su finalidad no sea preservar, restablecer o conservar la salud del paciente, sino satisfacer su voluntad en orden a su apariencia... Es preciso observar que el concepto de tratamiento médico no comprende solo las intervenciones terapéuticas o curativas, sino que se refiere también a aquellas acti-

vidas dirigidas a eliminar, atenuar o hacer posible la eliminación o atenuación de un estado anormal del cuerpo o de la mente de una persona, o al mejoramiento exterior de la misma mediante procedimientos que se ponen en práctica por el cirujano.” (Lorenzo y Montero, 2002).

La mamoplastia de reducción se refiere a una “*cirugía de reconstrucción de la mama e incluye un procedimiento para reducirla o reconstruir una o ambas mamas de manera que tengan el mismo tamaño y perfil*” (Miller-Keane, 1992). De manera que nos interesa la reducción mamaria por gigantomastia, dado el cuadro clínico de dolor, mala postura, afecciones respiratorias, infecciones y afectación emocional que sufren los pacientes (tanto hombres como mujeres).

De otro lado, se debe entender por “*derecho a la imagen corporal*” (Parilli, 2012) no solo le da una interpretación desde el contexto de los derechos de autor o la privacidad, sino que lo categoriza como un derecho que se desprende de la dignidad humana, del derecho a la personalidad y lo separa del mero derecho a la intimidad, al aclarar que “*algunas sentencias han incurrido en el error de confundir el derecho a la intimidad con el derecho a la imagen corporal, cuando en verdad se trata de derechos distintos*” (Parilli, 2012) ya que el derecho a la intimidad se refiere generalmente a no ser conocidos por otros individuos en determinados aspectos de nuestras vidas personales. Igualmente, el autor Kevin Thomson también se refiere a la *imagen corporal* como la “*insatisfacción relacionada con algún aspecto de la apariencia física, incapacitante para el paciente en las áreas social y ocupacional*” (Thomson, 1999).

El “*grado de satisfacción corporal*” (Márquez y Garatachea, 2013) es un concepto que se relaciona con la autoimagen y su proyección en la vida social; se mide también por el “*grado de ansiedad social*” (Márquez y Garatachea, 2013). El *grado de satisfacción corporal* se refiere entonces a la satisfacción o la insatisfacción con la forma en

que funcionan o se ven ciertas partes de nuestro cuerpo físico y su conexión con la conducta humana.

El *bienestar psicológico* implica la capacidad de lidiar con nuestras emociones, (no de constreñirlas) sino el sentirnos cómodos al exteriorizarlas y ponerlas de manifiesto de manera correcta. En este contexto, el *bienestar emocional* se encuentra conexo porque involucra “*la autoaceptación, la capacidad de desenvolvernos en sociedad y de llevar una vida normal*” (OMS, 2004), porque es una condición que enlaza el que podamos desarrollar habilidades de aprendizaje y toma de decisiones de forma libre.

El *bienestar físico* se refiere entonces a que el ser humano perciba que sus órganos y la manera en que estos funcionan no están deteriorados o quebrantados, así que se cuenta con la capacidad para realizar las actividades físicas que plantea la vida diaria.

Encontramos pues que a primeva vista, hay significaciones diferentes para las expresiones *bienestar físico y psicológico*; donde el primero se relaciona con la capacidad para realizar un *trabajo* o una acción determinada que implica coordinación y buen funcionamiento de los órganos del cuerpo, mientras que el segundo se refiere a la autoaceptación y a la salud emocional.

Una expresión apropiada para vincular el bienestar físico y el psicológico, sería el *bienestar social*, el cual se refiere a todos los factores que sumados, determinan la calidad de vida y la dignidad humana.

b. Fase de revisión de sentencias y cuadros hermenéuticos

A continuación, se presenta un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional que tienen mayor relevancia para el tema en cuestión y sobre las cuales se va a desarrollar la línea:

Ratio Decidendi Sentencia T-102/1998

Razón de los Hechos	<p>El Juez de en primera Instancia, concede la tutela de los derechos invocados por la accionante, dado que la cirugía ordenada por el médico tratante “<i>tiene fines curativos y de rehabilitación</i>”, que se ajustan en una forma integral al derecho a la salud, al estar de por medio conceptos como la <i>Calidad de vida y la dignidad</i>, estos deben tener una superioridad que garantice una atención integral en salud, sin importar las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud.</p> <p>El Juez de Segunda Instancia, revoca el Fallo de primera instancia, argumentando que existen otros medios tales como la fisioterapia; con los que se pueden dar alivio a las dolencias de la paciente, lo que convierte la cirugía plástica en el último recurso para este fin.</p> <p>Por último, la sala de revisión de la Corte Constitucional revoca el Fallo de segunda instancia y confirma el de primera, a pesar que la cirugía solicitada, a primera vista se consideraba como estética, no se reclama con estos fines, sino con el ánimo de poner fin a los fuertes dolores que padece; desde esta perspectiva, la Corte no solo toma en cuenta la conexidad entre el derecho a la salud con el derecho a la vida, sino que además vincula el Principio de Dignidad Humana y el bienestar físico junto con el bienestar psicológico.</p>
Magistrado ponente	Antonio Barrera Carbonell
Hechos para la Corte	<p>Paciente que sufre de frecuentes dolores de espalda, los cuales según el diagnóstico del médico tratante, se derivan del peso excesivo de sus senos.</p> <p>La EPS se niega a autorizar la cirugía ordenada por el médico tratante, por considerarla de carácter estético.</p>
Problema Jurídico	¿Tiene derecho la demandante a que se le practique la cirugía solicitada?
Derechos violados	<p>Derecho a la seguridad social en Salud: no se considera como un derecho Fundamental de Prestación Inmediata, su aplicación y exigibilidad, dependen de que se cuente con la asignación de recursos económicos dentro del Plan de Desarrollo, por lo tanto se toma como un derecho prestacional.</p> <p>Derecho a la seguridad social: El Estado debe promover a la población en general, el acceso a los servicios de prestación en seguridad social, pero no está obligado a dar una solución especial para un caso particular, sino bajo las condiciones ya reguladas por la normatividad.</p> <p>Derecho a la salud: El derecho a la salud a pesar de no ser un derecho fundamental, cuando está ligado al derecho a la vida, en forma tal que es imposible separar uno del otro, se debe proteger como si lo fuera, pues el derecho a la vida incorpora <i>per se</i> el de la salud.</p>
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Por estar en conexidad el derecho a la salud con el derecho a la vida, el mecanismo para exigir su defensa es la Acción de Tutela.
Perjuicio irremediable	Este es un fallo definitivo de la Corte Constitucional, pues en forma clara y concisa, decide proteger los derechos invocados por la accionante.
Decisum	Se Revoca el Fallo proferido por el Juez de segunda instancia, y se Confirma la decisión de primera instancia.

En esta sentencia, la Corte Constitucional, ratifica su posición respecto a vincular el derecho a la salud con el derecho a la vida, abordado desde la necesidad que tiene el paciente para que se le

practique una cirugía plástica que a primera vista se concibe con carácter estético; para esto la Corte, indica que el derecho a la salud, cuando se encuentra en afectación el derecho a la vida,

debe tener una protección especial y aplicación inmediata y además incorpora a estos el principio de dignidad humana (*como derecho Fundamental a no ser tratado de forma cruel*) y las implicaciones que estos tienen sobre el bienestar físico y psicológico de las personas. Refiere la Corte:

“Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel

(CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana [...]” (Sentencia T-102, 1998).

Ratio Decidendi Sentencia T-119/2000

Razón de los Hechos	La accionante, quien está diagnosticada con una enfermedad que le causa dolores de espalda, después que su EPS le niega la cirugía ordenada por los médicos tratantes y tras haber pasado por el tratamiento Fisioterapéutico sin obtener ningún beneficio, instaura la Acción de Tutela que en primera instancia Falla en su contra, negándole el derecho invocado, puesto que la cirugía requerida se encuentra excluida del POS. La Corte Constitucional, al hacer la revisión de este expediente, teniendo en cuenta consideraciones tales como el derecho a la vida (visto desde el principio de la dignidad) y teniendo en cuenta la jurisprudencia existente en la corporación sobre este tema, revoca el Fallo de primera instancia y concede la Tutela a la accionante.
Magistrado ponente	José Gregorio Hernández Galindo
Hechos para la Corte	La demandante, fue diagnosticada con <i>“severa hiperplasia (aumento de tamaño) mamaria bilateral”</i> , que le produce dolores dorsal y lumbar. El tratamiento con fisioterapia no surtió ningún beneficio. Según el concepto médico, la accionante requiere una cirugía de mamoplastia de reducción para aliviar sus padecimientos. Dicha cirugía fue negada por la EPS por no encontrarse incluida en el POS.
Problema Jurídico	Cuando se halla en juego la vida en condiciones dignas y el derecho a la salud, no se pueden oponer las exclusiones legales de tratamientos y procedimientos médicos o quirúrgicos.
Derechos violados	Derechos a la salud y a la seguridad social: Se toma este en conexidad con el derecho a la vida, pero no desde el riesgo de la muerte, sino desde la dignidad y en no sufrir tratos crueles.
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Acción de Tutela
Perjuicio irremediable	Fallo definitivo, pues la Corte protege los derechos invocados por la accionante, y se sostiene en su jurisprudencia.
Decisum	Revoca el Fallo de primera instancia, y concede la Tutela de los derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la salud y a la seguridad social de la accionante.

En esta sentencia, la Corte Constitucional incluye su jurisprudencia en el asunto abordado, y hace énfasis en la importancia que tiene para este tipo de casos; que tanto las entidades prestadoras de salud (EPS) como los jueces de tutela, tengan

en cuenta antes de negar el acceso a la cirugía plástica de mamoplastia por reducción, la consideración que esta tipo de intervención quirúrgica va más allá de lo meramente estético y se enfoquen en los beneficios que ésta le proporcionaría al bien-

estar psicológico y dignidad del paciente. “Lo que se pretende entonces, es respetar la situación ‘existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad’, ya que ‘al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable’, en la medida en que sea posible.” (Sentencia T-119, 2000).

Ratio Decidendi Sentencia T-1251/2000

Razón de los Hechos	La Accionante, quien se desempeña laboralmente como profesora de Educación Física, después de ser valorada por médicos especialistas en diferentes áreas, a causa del padecimiento de dolor en su hombro y espalda, solicita a su EPS, se le autorice la cirugía de mamoplastia de reducción que según los médicos tratantes, pondrá fin a sus padecimientos; la EPS, niega la solicitud por no cumplir con los términos del POS. El Juez de Tutela, niega el acceso a la cirugía dado que la misma no se encuentra contemplada dentro del POS y además porque la vida de la accionante no corre ningún riesgo, por el hecho de no practicarse dicho procedimiento. La Corte Constitucional, sosteniéndose en su jurisprudencia, decide revocar el Fallo de primera instancia y Tutelar los derechos invocados por la accionante.
Magistrado ponente	Alejandro Martínez Caballero
Hechos para la Corte	La Accionante se desempeña como Educadora en el área de Educación Física y como Instructora de natación. Después de consultar y ser evaluada por profesionales de la salud en distintas especialidades, el cirujano plástico, solicita se practique la cirugía plástica de mamoplastia de reducción para poner fin a los padecimientos de la paciente. La EPS, niega la solicitud porque la cirugía no se encuentra contemplada dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS).
Problema Jurídico	Se trata en este caso de reiterar la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el derecho que tiene la demandante a que se le realice una mamoplastia de reducción.
Derechos violados	Derecho a la salud: se viola este derecho al negar la solicitud de la cirugía de mamoplastia de reducción. Derecho a la vida: Se asume desde la calidad de vida de la persona. Derecho al trabajo: Este derecho se ve afectado dada la profesión de la accionante.
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Acción de Tutela
Perjuicio irremediable	Es un fallo definitivo de la Corte Constitucional, pues se protegen los derechos invocados por la accionante.
Decisum	Se revoca el Fallo de primera instancia y se concede la Tutela de los derechos invocados.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia, concede el amparo pretendido por la accionante, pues aunque la cirugía plástica ordenada por los médicos tratantes y solicitada por la paciente a su EPS, se considera de carácter estético, no se solicita con tal fin, sino con el ánimo de poner fin a un padecimiento que afecta su salud física y sus actividades laborales.

“[...] atendiendo los problemas que viene sufriendo la demandante como consecuencia del problema médico que tiene, y que incluso afecta su autoestima y su labor profesional, considera la Sala que la cirugía que requiere tiene como finalidad esencial, garantizar el derecho a la salud, al trabajo y a la integridad física.” (Sentencia T-1251, 2000).

Ratio Decidendi sentencia T-517 de 2008

Razón de los Hechos	La Corte Constitucional ha afirmado que el derecho a la salud es un derecho de conservación y restablecimiento del estado de una persona que padece algún tipo de dolencia, lo que se relaciona con el principio de dignidad humana, es por eso, que se ha precisado la salud como derecho, no solo cuando el paciente se encuentra en condiciones de peligro, sino también cuando se van a realizar tratamientos contra el dolor.
Magistrado ponente	Clara Inés Vargas Hernández.
Hechos para la Corte	La accionante señala que padece <i>hipertrofia (aumento de tamaño de tejido) mamaria</i> , la cual le genera problemas que afectan su columna y cintura e indica que no tiene los recursos económicos para sufragar el costo de la cirugía que requiere. Afirmó que la accionante tiene un diagnóstico de <i>hipertrofia mamaria</i> , y por tanto le fue prescrita la cirugía plástica de mamoplastia de reducción.
Problema Jurídico	La Sala debe establecer si la negativa de la entidad demandada, vulnera los derechos de la accionante.
Derechos violados	Derecho a la vida como bien jurídico, es decir, este derecho debe ser prioritariamente protegido por todas las Autoridades Públicas. Derecho a la igualdad, porque implica que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, es decir, deben recibir la misma protección y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Acción de Tutela.
Perjuicio irremediable	Fallo definitivo, ya que se concede la protección de los derechos.
Decisum	Se revoca la sentencia proferida por el Juzgado 16 Civil Municipal de Medellín y concede la protección de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social de la señora González Restrepo.

La jurisprudencia en esta sentencia, trata de equilibrar el derecho al bienestar físico y el bienestar psicológico, y enfatiza que el derecho a la vida, a la igualdad y a la dignidad, son bienes jurídicos que requieren mayor protección; de acuerdo al Artículo 49° de la Constitución Política. La Corte se refiere a la prestación del servicio de salud como:

“[...] un propósito real de la acción estatal y de los particulares que presten este servicio, orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad. En este orden de ideas, se hace imprescindible que las entidades prestadoras del servicio público de salud - privadas o pú-

blicas - se convengan del papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho y ofrezcan no sólo un servicio porque así lo disponen las normas y mientras no aparezca una excusa para dejar de prestarlo, sino que en realidad se propongan prestar un servicio integral de calidad, transparente y efectivo [...]” (Sentencia T-517, 2008).

Con esto la Corte Constitucional realiza un desarrollo más profundo y con un carácter humanitario que aclara mucho más el panorama planteado en la sentencia fundadora de esta línea jurisprudencial, pues el fin superior que se persigue, es que estas entidades presten sus servicios de una manera *integral, transparente y efectiva*.

Ratio Decidendi Sentencia T - 584/2010

Razón de los Hechos	<p>El juez en primera instancia negó el amparo de los derechos a la salud y la vida digna de la menor Diana Carolina León Torres, pues en su criterio, el contrato de medicina prepagada firmado por la señora Elizabeth Torres Ortega y la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. Donde está contenida una cláusula que excluye la <i>Mamoplastia de Reducción Bilateral</i>; razón por la cual al negar la autorización en el procedimiento, no está violando los derechos de la asegurada; luego el Juez en segunda instancia confirmó la decisión anterior al considerar que antes de tomar la póliza de seguro de medicina prepagada y que ésta entrara a regir, ya se le habían practicado los exámenes médicos que recomendaban la cirugía de <i>Mamoplastia de Reducción Bilateral</i>. En ese sentido, para esa época ya había una pre-existencia.</p> <p>La sala de revisión de la Corte Constitucional ordena a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A; la práctica de la cirugía denominada <i>Mamoplastia de Reducción Bilateral</i> en los términos prescritos por el médico.</p>
Magistrado ponente	Humberto Antonio Sierra Porto.
Hechos para la Corte	<p>La apoderada expresó que la señora Elizabeth Torres Ortega es tomadora de la póliza de seguros familiar de Salud Familiar Suramericana No. 0819582-1 desde hace más de dos años, de igual forma, manifestó que la menor Diana Carolina León Torres, es afiliada en condición de hija.</p> <p>El Doctor Omar Albarraacín Acosta, hizo un análisis del examen realizado a la joven Diana Carolina León Torres y emitió el siguiente diagnóstico: paciente con cuadro de dolor torácico moderado a severo, con gigantomastia que afecta posturalmente - biomecánicamente la columna torácica y lumbar.</p> <p>El Gerente Regional de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A, negó la autorización de la cirugía requerida, por no estar incluida dentro de la póliza de seguros.</p>
Problema Jurídico	Se debe determinar si la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A, desconoce los derechos a la salud y vida digna de la joven, al negarle la autorización para la práctica de la cirugía <i>Mamoplastia de Reducción Bilateral</i> .
Derechos violados	El derecho a la salud, es un derecho que protege múltiples ámbitos de la vida humana, es un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones en su cumplimiento.
Existencia de mecanismos de defensa judicial	El derecho a la salud por estar en relación con el derecho a la vida, su mecanismo para exigir su defensa es la Acción de Tutela.
Perjuicio irremediable	El fallo es definitivo, ya que la Corte Constitucional le ordena a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A, la práctica de la cirugía denominada <i>Mamoplastia de Reducción Por Gigantomastia</i> .
Decisum	El fallo de ésta sentencia es armónico con nuestra Constitución Política, ya que le ordena a la aseguradora que lleve a cabo la cirugía plástica de mamoplastia de reducción.

En esta sentencia, la Corte Constitucional, evalúa la idoneidad y eficacia de la protección de los derechos Tutelados, y pone en evidencia como nuevamente, los jueces realizan un Fallo con una hermenéutica limitada y le corresponde a la Corte Constitucional en su jurisprudencia, pronunciarse teniendo como referente los conceptos de la OMS, los precedentes y la doctrina;

aunque siga siendo el bienestar físico la constante general para Fallar. Vemos también como se hace difícil para la Corte, reconocer que la mamoplastia reductora, fuera de traer beneficios físicos, también incluye un impacto estético en el paciente y se limita a describirlo como un beneficio emocional que aparece como una extensión del físico.

Ratio Decidendi Sentencia T-570 de 2013

Razón de los Hechos	La Corte Constitucional ha reconocido que la salud es un derecho que cuenta con una gran carga prestacional, así mismo debe garantizarse de manera progresiva y en cumplimiento al principio de no regresividad, ya que toda persona tiene el derecho Constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera y a una vida digna.
Magistrado ponente	Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo.
Hechos para la Corte	La paciente presenta una enfermedad denominada “ <i>hipertrofia de la mama</i> ” y presenta Acción de Tutela en contra de Comparta EPS-S. El médico tratante remitió dicha orden al Comité Técnico Científico de la EPS-S, accionado tras considerar que este procedimiento no está incluido en el POS.
Problema Jurídico	Comparta EPS-S vulneró el derecho a la salud de la accionante al negarle la autorización de la práctica del procedimiento mamoplastia reductora ordenada por el médico tratante.
Derechos violados	Derecho a la vida: el Estado debe garantizar este derecho fundamental y esencial de cada persona, ya que en este caso se está atentando contra ésta, por no suministrar un tratamiento necesario para el paciente. Derecho a la integridad personal: Se relaciona con el derecho a no ser objeto de vulneraciones en la persona física.
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Por estar vinculado el derecho a la salud con el derecho a la vida, el mecanismo para exigir su defensa es la Acción de Tutela.
Perjuicio irremediable	El Fallo es definitivo, ya que la Sala y la doctrina Constitucional amparan ante todo el derecho a la salud física, ya que se trata de una cirugía de mamoplastia reductora y su fin es meramente funcional o reconstructivo.
Decisum	Revoca la sentencia proferida por el Juzgado Quince Civil Municipal de Barranquilla y concede la protección de los derechos a la salud y la vida digna.

En este caso la Corte hace una diferenciación entre las cirugías por fines estéticos y las que toman carácter funcional o reconstructivo, donde lo que importa es proteger la vida del paciente y especifican cuándo este procedimiento es necesario para garantizar el ejercicio del derecho a la salud. La solución es acceder a una cirugía prescrita por el médico tratante para la culminación de un dolor generado por

una enfermedad, ya que el dolor es el síntoma más característico y la reducción mamaria puede proporcionar un alivio definitivo al *padecimiento físico*, que no se consigue al parecer, con medidas como la reducción de peso, ejercicio o fisioterapias. La jurisprudencia de la Corte señala que la persona obtenga del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una solución satisfactoria a sus *dolencias físicas*.

Ratio Decidendi sentencia T-920 de 2013

Razón de los Hechos	El derecho a la salud tiene una doble connotación, como derecho y como servicio público, precisando que todas las personas deben acceder a él, y le corresponde al Estado organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación, atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Lo que se pretende es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “ <i>al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable</i> ”, en la medida en que sea posible ya que la salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional, incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas.
Magistrado ponente	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
Hechos para la Corte	La señora Yaneth Patricia Pérez Arellano, con 44 años de edad, se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en el Régimen Contributivo a Saludcoop EPS. Aduce que presentó dolor dorsal durante varios años, con evolución de aumento mamario, para lo cual se le diagnosticó dorsalgia (dolor en la zona central de la espalda). Agrega la accionante, que la negativa de Saludcoop incide de manera grave en su salud, causándole un deterioro en su calidad de vida.
Problema Jurídico	Debe analizarse si Saludcoop EPS ha vulnerado el derecho a la salud, a la seguridad social, a la vida digna, a la dignidad humana y a la integridad física
Derechos violados	Derecho a la salud Derecho a la seguridad social Derecho a la vida digna
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Por estar vinculado el derecho salud con el derecho a la vida, el mecanismo para exigir su defensa es la Acción de Tutela.
Perjuicio irremediable	El fallo es definitivo, ya que para la jurisprudencia es de gran importancia darle aplicación a la Constitución como norma que fundamenta la validez del ordenamiento jurídico.
Decisum	Confirma parcialmente el Fallo proferido en primera instancia por el juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cartagena el 4 de abril de 2013.

Vemos como se presenta una contradicción entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en contraste con los fallos de los jueces; pareciera que estos últimos desconocen que la salud es “*un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o*

enfermedades” (OMS, 1946). Queda la sensación de una aplicación rígida de las normas por parte de los jueces, donde al encontrarse un procedimiento que no está contemplado en el POS o el POS-S, automáticamente se anula el derecho del accionante.

Ratio Decidendi Sentencia T-142/2014

Razón de los Hechos	El Juez en primera instancia decide no Tutelar el derecho a la vida y el derecho a la salud aunque éste no sea fundamental; al considerar que dichos derechos no se encontraban en peligro. Por último la sala de revisión de la Corte Constitucional, revoca el Fallo proferido por el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena. Para en su lugar Tutelar el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana; además la Corte Constitucional indicó que el derecho a la salud por estar conectado íntimamente con el derecho a la vida es fundamental.
Magistrado ponente	Alberto Rojas Ríos.
Hechos para la Corte	La señora Ana Leonor Olascuaga Garrido padece <i>hipertrofia mamaria</i> , motivo por el cual, su médico tratante le ordenó el procedimiento quirúrgico denominado mamoplastia de reducción bilateral.
Problema Jurídico	La Sala establecerá si la Nueva EPS, ha vulnerado el derecho a la vida digna y a la salud de la accionante, al no realizarle el procedimiento quirúrgico denominado <i>Mamoplastia de Reducción Bilateral</i> .
Derechos violados	El derecho a la salud, a la vida y a la dignidad humana; ya que esta Sala de Revisión revoca el Fallo proferido por el Juzgado Once Civil Municipal de Cartagena, dentro de la Acción de Tutela interpuesta por la accionada contra la Nueva EPS.
Existencia de mecanismos de defensa judicial	Derecho de Petición: La accionada solicita petición ante la Nueva EPS, para que le explicaran los motivos de constante aplazamiento de su cirugía plástica. Acción de Tutela: Tutelar a favor de la accionada, los derechos constitucionales invocados.
Perjuicio irremediable	El fallo es definitivo, ya que la Sala ordena a la Nueva EPS de forma definitiva, que debe realizar la cirugía.
Decisum	La Nueva EPS debe realizar la cirugía, indiferente de la ciudad donde se realice el procedimiento, la EPS debe costear la estancia del accionante y de un acompañante.

Consideramos que la Corte Constitucional fue eficaz pero limitada en su jurisprudencia a favor de la señora Olascuaga, teniendo en cuenta que el derecho a la salud en esta sentencia se relaciona con el bienestar físico como factor principal, mientras que el bienestar psicológico se toma como un efecto agregado del primero.

A continuación, presentamos gráficamente la línea jurisprudencial en la *figura A*, con un análisis dinámico de las sentencias y el Nicho Citacional en la *figura B*.

En esta primera fase del escrito, encontramos que la Corte Constitucional usa en su jurisprudencia tres factores constantes en cada sentencia para legitimar o respaldar sus decisiones. El primero es el *derecho a la vida* como bien jurí-

dico fundamental, el cual se vincula con el *derecho a la salud* y como último factor recurre a la *dignidad*. Aunque se evidencia que hay una tendencia a darle mayor importancia al criterio relacionado con el *bienestar físico* que al *bienestar psicológico*, no se tocan en profundidad temas como las implicaciones emocionales producidas por la distorsión de la *propia imagen* y el alto *grado de disatisfacción corporal* que trae la *hipertrofia mamaria*.

Debemos reconocer que hay una declaración sobre el trato cruel al que es sometido el ser humano al no otorgarle sus derechos. Cabe la posibilidad de que la renuencia de la Corte Constitucional para emitir jurisprudencia que tenga como contenido de fondo los conceptos de *belleza* (*sin la distorsión a la que hoy se encuentra sometida*), *cirugía estéti-*

ca (no como perfección física) sino como se definió con anterioridad, *derecho al grado de satisfacción corporal* y *derecho a la imagen corporal*; ante la cirugía plástica de mamoplastia por reducción, se deba a que es más práctico evitar pronunciarse respecto al polémico

tema que suscita la estética y el choque que se generaría con los intereses de las grandes EPS; pues paradójicamente, en términos económicos, es mucho más costosa la cirugía plástica de mamoplastia por reducción que la mamoplastia de aumento.

PROBLEMA JURÍDICO.

Alcance que se le da en la jurisprudencia de la Corte Constitucional al bienestar psicológico o a la salud física, como criterios determinantes al reconocer el derecho a acceder a la cirugía plástica de mamoplastia por reducción.

Bienestar físico como criterio determinante.	• T-102/1998 Carbonell.	Bienestar psicológico como criterio determinante.
	• T-119/2000 Galindo.	
	• T-1251/2000 Caballero.	
	• T-517/2008 Hernández.	
	• T-584/2010 Porto.	
	• T-920/2013 Chaljub.	
	• T-570/2013 Silva, Correa Cuervo.	
	• T-142/2014 Rojas Ríos.	

Figura A, Análisis Dinámico de las sentencias.

Nicho citacional

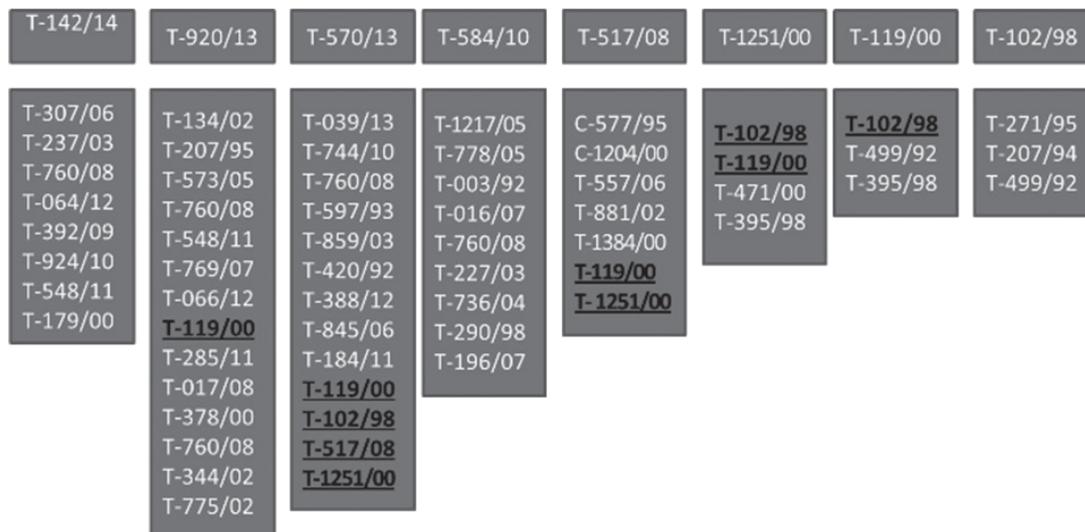


Figura A, Análisis Dinámico de las sentencias.

Evidenciamos también una gran diferencia entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los fallos de los jueces en los diferentes juzgados. Queda la sensación de ser corporaciones opuestas en algunos casos, pues encontramos también sentencias donde el juez reconocía en primera instancia el acceso a la cirugía plástica de mamoplastia por reducción y paradójicamente era la Corte Constitucional quien le revocaba el Fallo y negaba la Tutela; con lo que cabría citar a Robert Alexy cuando se refiere a estas contradicciones al interior de la Corte “una contradicción entre el contenido de un acto y lo que se propone necesariamente con la ejecución de dicho acto... formular una pretensión de corrección es un elemento constitutivo del Derecho y negarla constituye una contradicción con el hecho mismo de formularla” (Alexy, 1998).

Con lo anterior se pone de manifiesto lo que el autor ha llamado la “contradicción performativa” y las fallas conceptuales en la Corte Constitucional al negar caprichosamente algunas sentencias por considerarlas estéticas y reconocer otras argumentando el derecho a la dignidad, la vida y la salud. La afección física y psicológica del usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

se ve sometida entonces a una ponderación en la que puede salir ganador o perdedor, y contará con menores posibilidades aquella persona cuya afectación sea principalmente emocional; a este le aplica entonces la expresión latina *dura lex sed lex*.

II. Sistema general de seguridad social en salud

Al principio de este escrito, nos propusimos identificar si el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que tiene como fundamento la dignidad humana, desconoce el derecho al bienestar psicológico, al impropriadamente obstaculizar los tratamientos relacionados con la cirugía plástica de mamoplastia de reducción, dadas las implicaciones de sus costos.

Luego de realizar el análisis dinámico de las sentencias, se observó una constante acción dilatoria por parte de éstas para desconocer los derechos de los pacientes y generar un impacto social y cultural negativo, al restringir y entorpecer el derecho a la salud, a la vida y la dignidad (en los que se identificó que se apoya la Corte Constitucional).

El despotismo y la cosificación a la que es sometido el paciente del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es comparable con el consumismo y cada sentencia analizada deja entrever que la tendencia en el sistema está dirigida a obtener la mayor ganancia económica y a no retribuir con el cumplimiento de sus funciones. La Acción de Tutela se convierte entonces en la carta de unos y otros, en un juego donde el juez, es quién decide a quien le da la razón.

La línea jurisprudencial también permite concluir que la razón valedera para obligar a que una EPS realice una cirugía plástica de mamoplastia por reducción, es la afectación física y nos preguntamos en qué momento los factores emocionales empezaron a ser considerados como futilidades que se encuentran más relacionados con lo cosmético y por qué, la *autoimagen* y el *bienestar emocional* no se conecta con el derecho a la *imagen corporal* como factores que contribuyen a mejorar la calidad de vida y el *bienestar social*.

Para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es indiferente el dolor físico, el bienestar social, la depresión, la imagen corporal, la satisfacción o disatisfacción corporal, la salud o la dignidad e incluso la vida; el valor omnipresente estará en el beneficio económico que le represente cada usuario.

Pareciera que la estructura general de nuestro sistema de salud, está pensada para dilatar al máximo aquellos procedimientos que le reporten “pérdidas” y dependiendo del tipo de plan que se tenga, habrá un paquete de salud para ricos y otro más especializado en el acetaminofén, para los pobres. Es una relación económica entre el Estado y las EPS, donde el paciente es quien tiene las posibilidades más altas de perder y el Estado intentará siempre por todos los medios, rescatar financieramente a aquellas EPS que por su despilfarro se encuentran en aprietos.

Para finalizar, la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho a la salud; pierden en el caso de nuestro país su fundamento de universalidad, para volverse expresiones difusas, carentes de sen-

tido para las EPS y con un carácter meramente nominal para algunos operadores jurídicos. Entendemos que en buena parte la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reconoce que la salud no es solo ausencia de enfermedad, tal como lo expresa la OMS “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*” (OMS, 1946). Pero no se le da el debido desarrollo y alcance a esta expresión, pues se otorga el derecho a la salud, cuando la enfermedad y el *dolor físico* es tal que se hace imperativo acudir a la Acción de Tutela, y permite concluir el por qué a veces se ve como inmoral el reconocimiento del *bienestar psicológico* como un criterio determinante, pues el paciente deberá demostrar que sufre y que padece dolor, pero no de un tipo cualquiera; debe ser el máximo dolor *físico*.

En este sentido, el Estado realmente es el “*inmenso cementerio, al que van a enterrarse todas las manifestaciones de la vida individual*” (Bakunin, 2009).

III. Conclusión

Podría afirmarse, a la luz del transcurso de este escrito, que la Constitución Política de 1991 siendo pluralista, participativa, democrática, de tipo humanitario, mayoritaria y al mismo tiempo contra-mayoritaria; al fundamentarse en la dignidad (soportada en la doctrina de Kant) como “*derecho a vivir como se quiere, derecho a vivir bien, derecho a vivir sin humillaciones y donde el ser humano es un fin y no un medio*” (Sentencia T-881, 2002), evidencia una tendencia en la Corte Constitucional a reconocer de forma nominal la conexidad existente entre dignidad y *bienestar psíquico*, al darle mayor relevancia al *bienestar físico* y no proferir su jurisprudencia con base en el derecho *al grado de satisfacción corporal* o el *derecho a la imagen corporal*, que en últimas devienen de la dignidad, del campo emocional y repercuten en lo que proyectamos en nuestras relaciones sociales.

Si hablamos de una materialización efectiva de los derechos fundamentales, se podría vincular el concepto de belleza al de *bienestar psíquico*, porque autores como Iris Luna reconocen que la

sensación de belleza es “parte de la experiencia humana” (Luna, 2001) y determina en buena parte el éxito en nuestras relaciones socioculturales.

Consideramos que más allá de acercarse o alejarse del problema planteado en la línea jurisprudencial, con cada sentencia proferida, la Corte Constitucional se legitima o deslegitima y aunque los fallos son favorables, comienza a aclararse un panorama en el que lejos de ser líderes de la justicia nacional, que trabajan por un Estado Social y Constitucional de Derecho, convierten las sentencias en documentos para alimentar controversias, como en el caso del matrimonio igualitario donde la Corte luego de realizar un desarrollo magistral, concluye con la “*unión solemne*” o la adopción de parejas del mismo sexo donde se quedaron “*cortos*” y no abordaron el tema desde los derechos del menor. Paradójicamente, la sentencia T-142 de 2014 tiene como ponente al Magistrado Alberto Rojas Ríos, quién fue tildado por varios medios de comunicación como una “*vergüenza*” (Montalvo, 2014) para la Corte Constitucional y “*la expresión auténtica de esta fallida institucionalidad*” (Montalvo, 2014) debido a todos los escándalos que rodearon su posesión y su carrera.

Tal vez por esto el filósofo Jürgen Habermas los cataloga fuertemente como “*negociadores de valores*” (Habermas, 1998) en su crítica a la ponderación, ya que esto los convierte en una “*instancia autoritaria*” (Habermas, 1998).

Gracias al desarrollo de la línea jurisprudencial, logramos identificar que la palabra clave para hacer que el derecho a la salud sea considerado como fundamental, es la *conexidad* con el derecho a la vida. Nos preguntamos también por qué el derecho a la salud no tiene *per se* esta cualidad de fundamental y necesita ser validado constantemente con el derecho a la vida, cuando realmente de la salud se desprende otra gran cantidad de derechos.

Al indagar en el Derecho Internacional y el Bloque de Constitucionalidad, se encuentra un desarrollo más contundente en recomendaciones como la N°24 de 1999, del Comité para la Elimina-

nación de la Discriminación contra la Mujer “*el derecho a la salud, comprende el derecho al nivel más alto de salud posible dentro de cada Estado*” (ONU, 1999). Este concepto está en armonía con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC-.

La Corte Constitucional es tímida en su jurisprudencia, pues en algunas sentencias hace un desarrollo magistral y en otras falla caprichosamente. Observamos igualmente que las acciones dilatorias en las que incurren las EPS, ponen de manifiesto el desconocimiento y atropello de la dignidad al que someten a los pacientes que requieren la mamoplastia de reducción, quienes en últimas deberán poner sus esperanzas en una Acción de Tutela que posiblemente ratificará y respaldará inicialmente la negativa de la EPS por considerar que el bienestar psicológico nada tiene que ver con la salud o que los procedimientos necesarios son cosméticos; con lo que se refuerza el círculo interminable de la ganancia económica por encima de la dignidad.

Consideramos que la Corte Constitucional y los jueces, se deben amoldar a una nueva realidad social en la que la mamoplastia por reducción no persigue necesariamente los mismos fines que la mamoplastia por aumento, ya que en esta última se habla de una “*psicopatología de la imagen corporal... donde se persigue una belleza sobrevalorada y distorsionada*” (Luna, 2001). Mientras que el concepto de *imagen corporal y grado de satisfacción corporal* aplicados a la mamoplastia por reducción sigan teniendo un carácter superfluo, entonces desde la misma Corte Constitucional se seguirá alimentando la valoración culturalmente equivocada que se hace de la dignidad y el bienestar psicológico desde una “*moral rural y no desde una ética civil*” (Sanabria, 2000).

Referencias Bibliográficas

Corte Constitucional. (1998). **Sentencia T-796/98**. Eugenio Bulygin, Robert Alexy. (2001). **La pretensión de corrección del derecho:** la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación

- entre derecho y moral. Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- Antequera Parilli, Ricardo. (2012). *Las Obras Fotográficas y las Meras Fotografías en la Jurisprudencia Comparada*. En *Colección de Propiedad Intelectual*. Editorial REUS S.A, pp. 408–410.
- Márquez Rosa, Sara – Garatachea Vallejo, Nuria. (2013). **Actividad Física y Salud**. Ediciones Díaz de Santos S.A, pp. 97.
- Goyanes, José. (1917). **Estado actual de la cirugía plástica, sus problemas y sus conquistas**. Establecimiento tipográfico Enrique Teodoro, pp 8.
- R. de Lorenzo y Montero. (2002). La cirugía estética y su responsabilidad, en: **Medicina Legal en Patología Mamaria**. Ediciones Díaz de Santos S.A, pp. 361.
- Miller/Keane. (1992). **Diccionario enciclopédico de enfermería, 5a edición**. Editorial Panamericana, pp. 775.
- Thompson J. Kevin. (1999). **Exacting Beauty**, Washington: American Psychological Association.
- Organización Mundial de la Salud. (2004). **Promoción de la Salud Mental – Informe Compendiado**. OMS.
- Corte Constitucional. (1998). **Sentencia T-102/98**.
- Corte Constitucional. (2000). **Sentencia T-119/00**.
- Corte Constitucional. (2000). **Sentencia T-1251/00**.
- Corte Constitucional. (2008). **Sentencia T-517/08**.
- Corte Constitucional. (2010). **Sentencia T-584/10**.
- Corte Constitucional. (2013). **Sentencia T-570/13**.
- Corte Constitucional. (2013). **Sentencia T-920/13**.
- Corte Constitucional. (2014). **Sentencia T-142/14**.
- Organización Mundial de la Salud. (1946). **Conferencia Sanitaria Internacional**. Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100.
- Alexy, Robert. (1998) **Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo**. Editorial Gedisa.
- Kenai, Etnab. (2009). **Bakunin - Poemas de Utilidad Política 7.3**. Enrique Mena Caviedes.
- Corte Constitucional. (2002). **Sentencia T-881/02**.
- Luna, Iris. (2001). **Mujer, belleza y psicopatología**. Revista Colombiana de Psiquiatría.
- Montalvo Jiménez, Gilberto. (2014). **El Honorable magistrado Alberto Rojas Ríos**. <http://www.eje21.com.co/opinin-secciones-55/71167-el-honorable-magistrado-alberto-rojas-rios.html>
- Habermas, Jürgen. (1998). **Facticidad y Validez**, Introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Editorial Trotta.
- ONU. (1999). **RECOMENDACIÓN GENERAL N° 24 - 20° período de sesiones**.
- Celis, Francisco. (2000). **Hombre Con Hombre Mujer Con Mujer y Viceversa: Colombia gay**. En: *Fabián Sanabria Sánchez, decano gay de la Universidad Nacional*. Editorial Intermedio, pp 125.

Por una vivienda digna con sentido patrimonial*

*Heimy Arango***

*Xiomara Jaramillo***

*Diana Londoño***

*Ivon Moreno***

*Angie Rodríguez***

*Alejandra Salazar***

*Docente: Jorge Franco Vélez****

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

Con este artículo se pretende abarcar la problemática actual del barrio Prado Centro, donde es notable el deterioro de las viviendas declaradas como patrimonio cultural inmueble y la conservación de su entorno. Se profundizará sobre cómo la no preservación de este patrimonio afecta el arraigo y el derecho a la memoria histórica de los habitantes del sector, alterando de la misma manera el valor histórico que para ellos representan y significan sus casas, ya que componen, para quienes la habitan, la referencia clara de una vivienda que como procedentes de esta comunidad los dignifica.

Palabras claves: Patrimonio cultural inmueble, valor histórico, Vivienda Digna, arraigo y memoria histórica.

* Proyecto Integrador de III semestre del núcleo Derecho Privado. Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

** Estudiante de III de la Facultad de Derecho, núcleo de Derecho Privado. Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

*** Abogado, director del núcleo de Derecho Privado I, Docente Investigador del Grupo Pólemos COL0111291. Correo electrónico: Jorge.franco@unisabaneta.edu.co

For a decent housing with patrimonial sense

Abstract

This article is intended to cover the current problems of Prado Centro neighborhood, where the deterioration of housing property declared as cultural heritage and preservation of the environment is remarkable. It will deepen about the lack of preservation of this heritage affects the root and the right to the historical memory of the inhabitants of the area, altering the same way the historical value that represent and signify their homes, since they constitute, for whom live there, the clear reference of a home that dignified them as from this community.

Keywords: Property cultural heritage, historical value, decent housing, roots and historical memory

Introducción

El derecho a una vivienda digna se fundamenta en el compendio de normas que va ligado a otros derechos del individuo y su entorno. La actuación de este derecho debe tener presentes los elementos sociales y culturales de la población en cuestión, es por ello que el patrimonio cultural es transmitido de generación en generación por las comunidades con arraigo para salvaguardar el patrimonio cultural y garantizar el sostenimiento de la pluralidad de la comunidad que lo circunda.

En el presente artículo, se abordará lo concerniente al patrimonio cultural, puesto que este tiene un valor histórico, estético y simbólico que genera sentido de pertenencia a la comunidad, forjando una herencia para las generaciones presentes y futuras. Es indispensable para esta investigación llevar a cabo una recóndita reflexión acerca de la importancia del derecho a la memoria histórica en el patrimonio cultural, que *“vendría a designar el esfuerzo consciente de los grupos humanos por entroncar con su pasado, sea éste real o imaginado, valorándolo y tratándolo con especial respeto”* (Díaz, 2010).

Ahora bien, conviene decir que, en la actualidad, el valor de arraigo se halla notoriamente amenazado por los requerimientos propios de la globalización que impulsa el desarraigo y el desentrañamiento del hombre.

Partiendo de lo anterior, la vivienda digna en el barrio Prado Centro de Medellín se ha visto altamente deteriorada y es necesario, para este proyecto, echar un vistazo a los estándares de conservación y restauración del patrimonio cultural para resguardar los inmuebles que requieren un trato y cuidado especial en dicho sector. Es por ello que se aporta, a este proyecto de investigación, la normatividad internacional, específicamente la Observación General número 4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; con todo y lo anterior, se toman como criterio de interpretación los Tratados para la Protección Cultural, tales como las cartas adoptadas por la Asamblea General del

ICOMOS y las recomendaciones aprobadas por la Conferencia General de la UNESCO.

Aunado a lo anterior, es necesario indicar que la normativa y los mecanismos de control implementados en Colombia hasta la fecha, no han sido suficientes para imposibilitar su progresivo deterioro e inadecuada transformación funcional y constructiva, sin respetar la autenticidad del patrimonio cultural, la importancia histórica y su valor cultural.

De esta manera, se examinará minuciosamente esta problemática por medio de la investigación documental doctrinante, el estudio de las leyes con incidencia al patrimonio cultural y algunos aportes emitidos por los Organismos Internacionales. Del mismo modo, se facilitará la comprensión y valorización de los sitios patrimoniales, fomentando la concienciación pública y el deber de su protección para salvaguardarlo del impacto adverso que se pueda ocasionar.

Contexto histórico del barrio Prado Centro

El Barrio Prado Centro ha sido reconocido como parte histórica del Municipio de Medellín por los ciudadanos que destacan la importancia de las edificaciones, por su relevancia y características patrimoniales, arquitectónicas y urbanísticas, que hacen de este sector una parte importante de la evolución cultural autónoma de la ciudad de Medellín.

En la ciudad de Medellín de finales de siglo XIX y comienzos del XX, se propuso construir un proyecto de vida y vivienda digna particular con la sociedad que para ese entonces la habitaba, impulsados desde la influencia de la arquitectura europea.

El barrio Prado Centro se origina atendiendo al esquema de ciudad jardín, con viviendas muy amplias de una y dos plantas, con retiros preliminares en todos sus sentidos y con antejardines, que hacían que las viviendas no tuvieran una relación tan directa con las calles.

Esta visión ampliaba el horizonte de una vivienda digna y adecuada para las familias, con grandes espacios, en los que destaca el ingenio, el color, la figura y el detalle. En ella se rescataba el jardín, el patio interior, y dotaba a la ciudad de vías sembradas con guayacanes amarillos y rosados, o sanjoaquines enfrente de las grandes mansiones. En sus inicios, el barrio se pensó para ser de alguna manera un gran paradigma de bienestar (Sánchez, 2001). En una sola palabra, eran viviendas que dignificaban la unión familiar las que terminaban siendo el núcleo de la sociedad medellinense.

Se pueden diferenciar varias etapas en la evolución del barrio.

“Una primera etapa comprendería el período que va de 1925 a 1930 en el que se construyen las primeras edificaciones, tal y como fue planeado inicialmente el barrio, con grandes casas de una y dos plantas, con estilos muy europeos y que en ese momento caracterizaban la arquitectura republicana. Se construyeron palacetes de estilo francés, italiano, inglés y californiano” (Olano, 2004).

Por otra parte,

“Un segundo período, se da en los años treinta cuando la recesión económica que se vive en el ámbito mundial obliga a la subdivisión de los grandes lotes y a la construcción de viviendas un poco más modestas, de menor tamaño y de características arquitectónicas más sencillas” (Olano, 2004).

Luego, el barrio Prado Centro comienza con una serie de transformaciones, como la observada en los años 1960, en la que los cambios arquitectónicos modifican la estructura originaria del sector, dando inicio a la demolición de las casas para iniciar la construcción de edificios y calles en el sector; que generó la migración de las familias a otros sectores como Laureles y El Poblado. *“En los años de 1970 con la construcción de la avenida oriental, desestimulando el uso residencial y creando inseguridad en el barrio” (Botero, 1998).*

Es entonces, a partir de los años *“de 1980 donde el barrio pasa a ser más comercial que residencial, teniendo usos diferentes de los originarios inicialmente” (Montoya,*

1993). Prueba de ello es que cuando las autoras de este trabajo realizaron el recorrido por la zona, encontraron que en su mayoría las propiedades han sido modificadas para nuevos fines económicos, en un proceso de sustitución y transformación inadecuada, perdiendo la calidad arquitectónica de los bienes inmuebles declarados patrimonio cultural en el barrio Prado Centro de Medellín.

Actualmente, al realizar el trayecto por Prado se puede evidenciar su evolución y varios aspectos que afectan la calidad de las viviendas, como es el caso de la inseguridad a la cual se ven expuestas las propiedades, que a pesar de contar con el servicio de policía, siguen padeciendo la inclemente abatida de los dueños de lo ajeno. Muchas de las casas que han formado parte de la historia se han visto afectadas por el paso del tiempo, las nuevas construcciones o el estancamiento inmobiliario, como es el caso del palacio egipcio, construido por el arquitecto Nel Rodríguez: sus columnas representan papiros sin abrir, la casa está tapizada con pictogramas y jeroglíficos, brindando una bella vista de su arquitectura.

Por su parte, la casa de Francisco Antonio Zea es devorada cada día por el pasar del tiempo, sus ventanas están tapadas con muros de cemento, las paredes agrietadas y despintadas de sus fachadas y sus aceras son lechos de habitantes de calle. Asimismo, muchas viviendas han perdido su esencia originaria *“de calor de hogar y vivienda dignificante”.*

Vale la pena recordar que lo que para muchos puede ser el ayer, para otros es la construcción de la historia colectiva de una ciudad innovadora como Medellín; es la construcción de principios, valores y tradiciones con sentido colectivo que terminan dignificando la vida de los habitantes y familias originarias de este sector, dejando recuerdos, estilos de vida y una marcada esencia de que una vivienda amplia, con calor de hogar, puede lograr la paz, seguridad y dignidad de los que la habitan.

En el ayer, el Barrio Prado Centro fue mirado como un lugar que otorgaba privilegios socia-

les, especiales y ambientales; un sector favorable, cercano a lo necesario, al lugar de trabajo, al sitio de estudio, al lugar de diversión, cercano al centro; un Prado amplio, generoso y dignificante que estimulaba a mirar el entorno, a complacerse estéticamente en la variedad ecléctica de sus formas, como escasamente puede encontrarse en Medellín.

Marco conceptual e instrumentos normativos y de gestión en pro de la conservación Patrimonio cultural inmueble

Para brindar una definición clara se tomará como referencia el artículo 4° de la ley 397 de 1997, donde la definición de patrimonio cultural recibe una connotación jurídica, así:

“El Patrimonio Cultural de la Nación está constituido por todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular” (Ley 397, 1997).

Con esta enunciación, también se entiende que el patrimonio cultural está dividido en dos, patrimonio inmaterial y patrimonio material. Este patrimonio material, a su vez, está dividido en dos: patrimonio mueble y patrimonio inmueble. El patrimonio inmueble está constituido por edificaciones, sectores urbanos, centros históricos, centros industriales, obras de ingeniería, yacimientos arqueológicos, paisajes culturales, patrimonio natural, plazas y parques.

Teniendo claro lo anterior, se puede definir patrimonio cultural inmueble como aquellas edificaciones, sectores urbanos, centros históricos, centros industriales, obras de ingeniería, yacimientos arqueológicos, paisajes culturales, patrimonio natural, plazas y parques, las cuales gozan de un excepcional reconocimiento histórico.

Memoria histórica

El español José María Pedreño, presidente del Foro por la Memoria, dice que para que esta frase evoque realmente lo que es la memoria histórica, “deberíamos matizarla añadiendo que el pueblo que no conoce su historia no comprende su presente y, por lo tanto, no lo domina, porque son otros los que lo hacen por él” (Pedreño, 2004).

Según Pedreño, la memoria histórica debe ser tratada desde todos los aspectos posibles, mirando los aspectos humanos, culturales y políticos. Sobre los aspectos humanos, señala que como los seres humanos son los que construyen la historia y son los que se ven afectados por la misma, la atención de las personas debe estar entre las cuestiones a resolver en primer lugar. El homenaje, la explicación de la verdad a los familiares, la atención psicológica, el reconocimiento social e institucional y la justicia reparadora, tanto en lo moral como en lo material, la recuperación de la dignidad de estas personas, son tareas que forman parte de la recuperación de la memoria histórica.

Con respecto a los aspectos culturales, Pedreño menciona la investigación histórica y científica para conocer la verdad de los hechos, los libros, las publicaciones, documentales, exposiciones, seminarios, charlas y debates para dar a conocer los hechos, la creación artística como la novela, las películas, las obras de teatro, la poesía, la pintura, la escultura y los monumentos. Y finalmente está la dimensión política de la recuperación de la memoria, que tiene que ver con aspectos institucionales, jurídicos, ideológicos y sociales.

Definición de vivienda digna

La Corte Constitucional ha definido el derecho a la vivienda digna como el dirigido a suplir la necesidad humana de disponer un sitio privado, “sea propio o ajeno, que reviste las características para poder realizar de manera digna el proyecto de vida”. En concordancia con lo dicho por la Corte Constitucional e indicando la correlación

que existe entre la conservación de los bienes declarados patrimonio cultural inmueble con respecto a la historia, el valor y las costumbres de quienes decidieron vivir en Prado Centro, para formar su hogar y su proyecto de vida y cómo la no preservación de este espacio afecta el sentimiento de arraigo de sus habitantes y se desvirtúa para ellos el concepto de vivienda digna.

Una vivienda digna en un lugar adecuado, que brinde las condiciones suficientes orientadas a garantizar las condiciones humanas fundamentales para el goce de su vida digna y desarrollo humano, resaltando la importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, como precepto de dignificación no solo de la vivienda sino también del hogar. Tener una vivienda debe sobrepasar la esfera de lo habitacional, sin que pierdan relevancia las características de infraestructura que se reconocen como un espacio seguro, con buena iluminación, ventilación adecuada, servicios básicos, espacios públicos; como los que se deben rescatar de la infraestructura de los inmuebles declarados como patrimonio cultural del barrio Prado, que se traducen en representación cultural con un gran valor histórico para todos sus habitantes y, por ende, aportan a la historia de la ciudad de Medellín.

Es importante resaltar algunos enunciados normativos que enmarcan la vivienda digna, como la declaración universal de los derechos humanos, y la consagración de la vivienda digna en la Constitución Política de 1991, rica en principios y valores, que pretende garantizar el acceso a una vivienda digna en igualdad de condiciones para todos los colombianos, contemplando el derecho a la vivienda digna como parte del grupo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Además de lo anterior, también existe la ratificación del concepto por parte de la Corte Constitucional Colombiana en numerosas sentencias que promueven y aluden a las características de una vivienda adecuada (o que dignifica) para el ser humano.

En los instrumentos internacionales se describe la vivienda digna para todas las personas; el artículo 25 de la declaración universal de los derechos humanos plantea que la vivienda adecuada hace parte de la subsistencia de la persona, tal y como se indica en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente en su artículo 11 donde, según este criterio, son los gobiernos los encargados de tomar medidas para la garantía de la misma, y es así como la aplicación de pactos y convenciones tanto en el ámbito internacional y local, tiene, como uno de los principales objetivos, lograr una vivienda adecuada para todos, ya que esta se reviste de una gran importancia para el ser humano, siendo este el lugar donde se forma el núcleo de la sociedad: la familia.

En vista de que el derecho a la vivienda existe como un derecho humano reconocido en el derecho internacional, Colombia ratifica el mismo en el artículo 51 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde se establece que la vivienda digna es un derecho de segunda generación para los colombianos; sin embargo, la Corte Constitucional, en su amplia jurisprudencia, ha establecido que la vivienda digna es un derecho fundamental que no necesita estar en conexidad con otro derecho fundamental para poder ser tutelado y que su reconocimiento pueda ser exigido ante un juez.

En Colombia el derecho a la vivienda digna ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Constitucional, donde son las diferentes disposiciones proferidas por la Corte las que evidencian su alcance como derecho fundamental, ya que permite que el individuo cuente con el dominio de un espacio vital mínimo. Este criterio que ha sido desarrollado en la sentencia T- 958 de 2001, donde se menciona que la vivienda digna se entiende como el entorno digno y apropiado dirigido a satisfacer la necesidad humana de disponer de un sitio de vivienda propio o ajeno, que incorpore condiciones suficientes para que quienes habiten allí, puedan realizar de manera digna su proyecto de vida.

Evidentemente, la Corte Constitucional ha podido dilucidar ampliamente a través de muchas sentencias, como la sentencia T- 544 de 2009, la sentencia T-894 de 2005, la sentencia T-760 de 2008, entre otras, que precisan la relación estrecha que existe entre el derecho a la vivienda digna y la posibilidad de vulneración de derechos que intervienen cuando de manera injustificada se niegan su reconocimiento y que el derecho a la vivienda hace parte de un orden de principios y derechos fundamentales que entran constantemente en colisión con otros derechos, que son inherentes y presupuesto esencial para la vida y desarrollo de las personas en igualdad de condiciones, en especial a la población en alto nivel de vulnerabilidad.

Normatividad vigente para Colombia

A continuación se realiza un análisis de la normatividad nacional e internacional, lo que permite tener un concepto jurídico más amplio; todo esto con el ánimo de identificar las disposiciones normativas para la declaración, protección, y restauración de los bienes inmuebles declarados patrimonio cultural. Y de conformidad con lo dispuesto en ello, plantearán cuál es la manera para canalizar y desarrollar las estrategias de beneficio a la dignificación de la vivienda de “los pradianos”, relacionando las responsabilidades de los estamentos normativos, organizaciones sociales y la problemática actual del sector.

La constitución política de Colombia de 1991, en los artículos 70, 71 y 72, hace mención sobre el deber de promover y fomentar todos aquellos bienes culturales materiales e inmateriales “de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias” (Ley 397, 1997). Mencionando además cuales son las medidas y disposiciones, para salvaguardar, proteger y difundir la conservación del mismo, desarrollado en la ley 397 del 7 de agosto de 1997.

La connotación especial citada anteriormente, encaja en el desarrollo del presente trabajo, puesto que es importante reconocer que los bienes inmuebles declarados patrimonio cultural permiten una correcta evolución de los proceso de identidad histórica de las comunidades, como es el caso del barrio Prado Centro; en concordancia con el numeral 6 de la ley 397 de 1997, establece que el Estado es un garante del derecho a la conservación y donde se enfatiza que la comunidad puede enriquecer y difundir su identidad para gozar del reconocimiento y la importancia a nivel cultural. Esta ley permite evidenciar que uno de los principales objetivos es “la protección, conservación, rehabilitación y divulgación de dicho patrimonio, con el propósito de que éste sirva de testimonio de la identidad cultural nacional, tanto en el presente como en el futuro” (Ley 397, 1997), como se desarrolla en el artículo 5 de la misma ley y todos estos bienes son considerados Bienes de Interés Cultural de la Nación (BIC-N).

Es importante aclarar que el Estado, al ser garante de la protección de estos bienes, buscó la modificación y la adopción de nuevas disposiciones con la ley de cultura 1185 de 2008, pretendiendo con esta reforma brindar mayor protección a los bienes patrimoniales, fijando que el patrimonio cultural inmueble debe ser considerado por su valor excepcional para un tratamiento especial y, por tanto, están sujetos a un régimen de salvaguardia, protección, sostenibilidad, divulgación y estímulo.; en esta misma normatividad se realizó la clasificación del patrimonio cultural inmueble en tres grandes grupos:

La primera categorización se da en el Sector urbano, siendo este la fracción del territorio de una población dotada de una fisonomía, características y rasgos distintivos que le confieren la autenticidad patrimonial, cumpliendo con un rol de “ciudad histórica”; a estos sectores comúnmente se les conocen como “centro histórico o sector fundacional”, y pueden estar ubicados en barrios de alguna ciudad, como es el caso del sector de Prado Centro, ubicado en la ciudad de Medellín. La segunda clasificación es el espacio público y la

tercera es el grupo de los bienes de interés cultural arquitectónico.

- Esta clasificación tiene una subdivisión de los tipos de declaratoria que existen frente al patrimonio cultural inmueble y ellas son:
- Declaración de ámbito municipal: es la efectuada por el alcalde, con el concepto favorable del Concejo Departamental de Patrimonio Cultural; aclarando que este tipo de declaración es pieza fundamental dentro del desarrollo de este trabajo.
- Declaración de ámbito departamental: es la declaratoria efectuada por la Gobernación; con el concepto favorable del Concejo Departamental de Patrimonio Cultural.
- Declaración de ámbito nacional: son las efectuadas por el Ministerio de Cultura; con el concepto favorable del Concejo Nacional de Patrimonio Cultural.
- Declaración de patrimonio de la humanidad: la UNESCO efectúa este tipo de declaratorias y su declaración es a nivel mundial.

Son elementos esenciales, dentro de las medidas de fomento que desarrolla esta normatividad, los procedimientos para la declaración de bienes inmuebles de interés cultural según los artículos 7 al 12, para lo que se tienen en cuenta los diferentes requisitos de iniciativa, postulación y actos administrativos inevitables del trámite.

El Municipio de Medellín había empezado a tomar medidas para salvaguardar y proteger este tipo de patrimonio histórico, mediante el Acuerdo 36 de 1982 del 22 de diciembre, llamado popularmente como el impuesto de obra de arte; con el mismo acuerdo la Secretaría de Educación, Recreación y Cultura de Medellín empezó a identificar las entidades y bienes que podrían tener declaración patrimonial. De esta manera se pueden evidenciar las diferentes medidas tomadas por el municipio de Medellín, tales como el Decreto reglamentario 179 de 1983, el cual definió el patrimonio cultural como los inmuebles “[...] tangibles o intangibles que

tienen un significado especial y una permanencia indefinida, que se han producido a través del tiempo como expresiones auténticas del comportamiento humano y su incidencia trasciende espontáneamente a toda la comunidad”.

Pero con la Resolución 653 del mismo año se estableció la diferencia entre los bienes muebles e inmuebles declarados patrimonio municipal, resolución con la que se dio inicio a la declaración de estos bienes, mediante Acuerdo Municipal. Al igual que con el Acuerdo Municipal 038 del 1990, donde se plantearon por primera vez los instrumentos de planificación del barrio Prado Centro en Medellín, realizando una delimitación de conservación del patrimonio cultural inmueble del sector; este mismo Acuerdo Municipal define la necesidad de expedir una reglamentación especial para el tratamiento de estos inmuebles con afectación patrimonial. De conformidad con este último acuerdo se expidió en el año de 1991 el Decreto Municipal 721 de 1991, donde se retoma la delimitación del perímetro patrimonial del barrio Prado Centro y se establece la necesidad de valorar las edificaciones de forma individual para la aplicación de los incentivos propuestos para este tipo de bienes inmuebles; permitiendo una visión de sectores como el barrio Prado Centro, que por el contexto histórico y urbanístico se convierte en un referente de identidad para la ciudad de Medellín.

En el barrio Prado Centro se concentra la gran mayoría del patrimonio cultural inmueble, cuyos componentes adquieren importancia prioritaria para el estudio y propuestas del Plan Especial de Protección Patrimonial propuesto en la ley 388 de 1997.

En este Plan de Protección Espacial se tomaron en cuenta las características de los bienes inmuebles con un contenido de valores de orden histórico, estético o simbólico, que generan una identidad a la comunidad y cuya declaratoria se debe hacer mediante acto administrativo municipal; también se toma en cuenta la aplicación de los incentivos propuestos para este tipo de bienes inmuebles establecidos anteriormente en el decreto municipal 721 de 1991.

El artículo 8 de la Ley 397 de 1997 establece la competencia de las alcaldías municipales para declarar y manejar el patrimonio de ámbito municipal.

En los años de 1999 y 2000 se ratifica el valor patrimonial del sector de Prado Centro, se modifica el perímetro considerado de conservación y se establece la obligación de establecer un plan especial de protección patrimonial para el barrio Prado Centro mediante el Acuerdo Municipal 62 de 1999; también el Plan de Ordenamiento Territorial para el municipio de Medellín, estableciendo los diferentes niveles de conservación del patrimonio cultural inmuebles, haciendo una diferenciación de la conservación interna y la externa. Con la clasificación de las características del inmuebles con declaración, deben ser protegidos, según su categoría de nivel conservacional de acuerdo con el Acuerdo 46 de 2006, donde nuevamente se modificó el perímetro de conservación y se crea el plan de especial de protección patrimonial para el barrio Prado Centro; y en el Acuerdo 57 de 2003 considera la aplicación de exenciones en el pago del impuesto predial para los bienes inmuebles declarados patrimonio cultural.

- En el año 2007, la administración municipal, mediante el decreto 729 del 2007, declara de interés cultural unos inmuebles ubicados en el barrio Prado de Medellín
- Con la creación del plan especial de protección patrimonial, se clasificaron las declaratorias de patrimonio cultural inmuebles en cuatro categorías, distribuidas entre las diferentes categorías un total de 126 viviendas:
- Nivel de conservación integral: son las edificaciones de carácter excepcional o singular, representativas del desarrollo original del barrio.
- 2A, nivel de conservación de tipo arquitectónico 1 (interna y externa): son las edificaciones de características arquitectónicas sobresalientes, tanto interior como en su ex-

terior, representativas de la arquitectura de calidad construida en el momento histórico del barrio.

- 2B, nivel de conservación del tipo arquitectónico 2 (externa): son las edificaciones de valor arquitectónico con características externas sobresalientes, representativas de la arquitectura de calidad construida en distintos momentos de desarrollo humano.
- Nivel de conservación contextual: son las son las edificaciones que conforman grupos relativamente homogéneos, brindan acompañamiento adecuado a la arquitectura más representativa, y contribuyen a generar la calidad de conjunto de las manzanas y el barrio en general.

Es importante aclarar que en el plan especial de protección patrimonial para el barrio Prado Centro del municipio de Medellín, no fue implementado sino hasta el año 2009 bajo la administración del alcalde Luis Alonso Salazar y después en la administración del alcalde Sergio Fajardo se tomaron medidas para salvaguardar el patrimonio inmueble del sector.

De conformidad a todo lo anterior, también es importante mencionar que en el Acuerdo Municipal número 46 del año 2000, en el artículo 78, se menciona cuál es la responsabilidad en la protección de los bienes inmuebles con valor patrimonial, argumentando que en los inmuebles inventariados en el territorio municipal de Medellín como de valor patrimonial es necesario garantizar su conservación y protección, asumiendo que los deberes que se derivan de la atención a los fines de conservación corresponden directamente a la Administración Municipal de Medellín y a los respectivos propietarios de estos bienes inmuebles. La primera será la encargada de identificarlos, catalogarlos y normalizarlos; los segundos serán responsables de garantizar sus buenas condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y realizar las obras de mantenimiento y estructurales que se requieran en ellos.

Sin perjuicio de las sanciones normativas existentes, quienes demuelan inmuebles de conservación, realicen intervenciones sobre los mismos sin la respectiva licencia, destruyan o alteren elementos del espacio público, deberán restituir los elementos alterados de acuerdo a lo establecido en la normativa vigente.

Análisis frente a la normatividad nacional

En el momento de recopilar la normatividad que regula lo referente al patrimonio cultural, las autoras de este trabajo se encontraron con un compendio de tratados y cartas internacionales adoptados e incorporados dentro del ordenamiento jurídico colombiano, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, además el artículo 72 de la Constitución Política que hace referencia a la protección del patrimonio cultural de la nación por parte del Estado, continuando con la ley 1185 de 2008 donde aparecen las sanciones penales, disciplinarias y administrativas; en esta misma Ley se establecen los mecanismos de protección, conservación y salvaguardia del patrimonio cultural y se realiza una clasificación de los tipos de declaratoria que existen frente al patrimonio cultural inmueble, y también se hace referencia a la categoría que se da en el ámbito municipal, porque dentro de esta investigación el tipo de afectación que se está trabajando es la que registra a nivel municipal en los inmuebles ubicados en el Barrio Prado Centro de la Ciudad de Medellín.

Cabe mencionar que no solo el legislativo se ha pronunciado al respecto, la Honorable Corte Constitucional cuenta con material jurisprudencial determinante donde se menciona la importancia de los bienes que cuentan con esta declaratoria, porque son el legado y el reflejo de las costumbres, valores y principios del conglomerado social; como lo es la sentencia C- 533 del 2014 donde se indica que

“La protección del patrimonio cultural de la Nación tiene especial relevancia en la Constitución, pues

constituye un signo o una expresión de la cultura humana, de un tiempo, de circunstancias o modalidades de vida que se reflejan en el territorio, pero que desbordan sus límites y dimensiones” (Corte Constitucional, 2014).

A nivel municipal se debe resaltar el Plan Especial de Protección Patrimonial que enmarca un gran avance, porque se toma desde una perspectiva amplia la categorización de las viviendas que cuentan con afectación al patrimonio cultural inmueble ubicadas en el sector de Prado Centro.

La normatividad destinada a regular el patrimonio cultural en todas sus expresiones hace entender la importancia de conservar y proteger los bienes que hacen parte del mismo porque contempla los diferentes conceptos que lo componen y que trascienden a algo más que lo perceptible a los sentidos, algunos de sus elementos hacen parte de la subjetividad de cada grupo social que encuentran reflejados en estos inmuebles sus relatos de vida.

Luego de analizar la normatividad que reglamenta el tema central del proyecto investigativo, y tras un trabajo de campo realizado con algunos habitantes del Barrio Prado Centro, integrantes de la Junta de Acción Comunal y personal que ha trabajado por la conservación del patrimonio cultural en la Ciudad de Medellín; se encontró que varias de las problemáticas que enfrenta en la actualidad este sector han estado sujetas a las voluntades políticas de las administraciones de turno, donde se ha dado prioridad y recursos a otras situaciones que se presentan en la ciudad y no se ha brindado la importancia que amerita la situación que atraviesa actualmente este sector, considerado como el casco histórico de Medellín. Después de trabajar el tema desde diversos ámbitos, se visualiza el significado de los inmuebles y el entorno en general donde se contempla no solo un aspecto arquitectónico e histórico importante, sino que se logra identificar cómo una vivienda y un barrio pueden reflejar la historia de una sociedad donde se contienen valores que deben trascender de generación en generación, no

es posible pensar en avanzar como sociedad íntegramente si no se preserva el patrimonio cultural de la ciudad.

Para finalizar, es preciso señalar que el inconveniente no es la normatividad que se encuentra vigente porque, si se mira con atención, se encuentra diseñada para abarcar las diversas situaciones que puedan generarse; la problemática real está en las medidas que adoptan las entidades a las que les corresponde esta labor de conservación, además incide que la administración no ha intervenido de manera eficaz en el sector, evidenciando que no existen políticas públicas adecuadas en este tema o que su aplicación no ha sido efectiva dentro del contexto que se viene mencionando. Así, se debe crear un lazo más fuerte entre los habitantes del Barrio Prado Centro y la Administración Municipal, donde se tomen en cuenta las opiniones de las personas que habitan en el sector y se implementen mecanismos que eliminen las excesivas cargas que tienen los propietarios de estos inmuebles, posibilitando que la conservación del sector sea una realidad inminente.

El factor determinante abarca la voluntad de la Alcaldía de Medellín por preservar el barrio Prado Centro, implementando de forma correcta la normatividad existente, y que en el futuro las nuevas generaciones puedan tener una imagen positiva de lo que ha sido la sociedad antioqueña con el transcurrir de los años.

Derecho a la memoria histórica de los habitantes del barrio Prado Centro.

Valor histórico y simbólico del patrimonio cultural inmueble

Para dar inicio a este capítulo, es indispensable pensar en el significado del valor, entendido como la cualidad *“añadida que los individuos atribuyen a ciertos objetos que los hacen merecedores de aprecio”* (Ballart, Fullola & Petit, 1996). Lo citado anteriormente conlleva a un interés por el valor como

recurso de objeto histórico que repercute en las generaciones presentes y futuras, enfatizado desde el punto de vista del valor histórico.

El término de valor histórico comenzó en la presa de Asuán, en el año 1959, puesto que el gobierno de Egipto tomó la iniciativa de construir sobre territorios con gran valor histórico. Después de esto, la Unesco, debido a su preocupación, lanzó una campaña internacional para proteger estos monumentos y a partir de ahí se creó, el *“Comité del Patrimonio Mundial para valorar el coste arquitectónico de muchos edificios que por diversas razones estaban en proceso de destrucción, y proporcionar medios para su protección. El objetivo: preservar el valor histórico, cultural y natural de la humanidad”*.

Dicho valor se ve altamente vulnerado, dado que el barrio Prado Centro se constituye como parte del patrimonio histórico de la ciudad de Medellín, después del terrible paso de la modernidad que cada vez va dejando en cenizas el pasado (como se puede ver en la imagen 12).

Sin embargo, la aplicación de las normas por parte de la Administración municipal de Medellín no proporcionan las suficientes garantías en torno al cuidado y protección que tienen los inmuebles de dicha localidad.

El autor Hernan Kruse introduce en el análisis llamado identidad, cultura, patrimonio y desarrollo comunitario, estableciendo *“no existe pertenencia sin la presencia de un grupo humano ubicado en un territorio al cual se siente arraigado, con su cultura, su identidad cultural y patrimonio, con su sistema de valores, su tradiciones y creencias”* (Citado en Terry, 2011).

Cabe señalar que la problemática del barrio Prado Centro también se ha visto afectada desde el arraigo e identidad de cada uno de los habitantes, viéndose afectado el derecho a la memoria histórica como símbolo del pasado, tal y como se establece en un escrito dirigido por Iván Cepeda que dice que *“Toda persona o comunidad tiene derecho a la memoria, a recordar y ser recordada sin distinciones ni discriminaciones de ningún tipo.”* (Cepeda & Girón, s.f.).

En conclusión, el valor histórico se constituye en un documento intrínseco de la memoria de cada individuo, para la construcción de una cultura, en la medida que posibilita los valores contenidos en la localidad del barrio Prado Centro, que de tal forma el conglomerado social se siente lo suficientemente motivado para trasladarse y conocer la historia de dicha localidad.

El arraigo frente a la dignificación de la vivienda

Según el autor Enrique Ibáñez *“El habitar humano tiene, claro está, un referente físico espacial, pero lo supera, enlazándose con lo social, con un marco cultural y con una vida espiritual propiamente humana”* (Ibáñez, 1984, pág. 13). Allí existe un fuerte lazo entre el ser humano, el espacio y el tiempo, en conexidad con la cultura y su grupo social, por lo que es importante la conservación de su territorio; si se altera cualquiera de estos sentidos, se estaría atentando contra valores de orden del ser humano, tergiversando el concepto de armonía y generando un desequilibrio, tanto en su entorno como en su aspecto espiritual.

Acorde con lo anterior, es necesario mencionar la importancia de la conservación del barrio Prado Centro y las viviendas declaradas como Patrimonio Cultural Inmueble, con la mera intención de respetar el sentimiento de arraigo de sus habitantes, y resaltar cómo la conservación del barrio y la estructura de las casas dignifica para ellos no solo su hogar, sino también su entorno familiar y social, porque los espacios están diseñados para consolidar el concepto de familia, por ser suficientemente amplios para que los niños puedan jugar y divertirse estando seguros; el espacio es suficiente para cada integrante de la familia y la privacidad que cada uno requiera, es la tan bien llamada una *“vivienda adecuada”* porque en sus cimientos hay más que el material que la constituye: son los recuerdos de la infancia, el legado que ha ido pasando de generación en generación y del cual todos debemos apropiarnos, valorar el deseo innato de ellos de regalarnos este espacio como casco histórico de la ciudad de Medellín.

“[...] Allí importa el hombre persona no intercambiable, más que la eficacia en las funciones cumplidas. Pero también hay arraigo social ligado al modo en que el sujeto participa; participación que puede ser pasiva (acceso a bienes y servicios) y también activa” (intervención en los asuntos de la comunidad local y de la sociedad global de pertenencia; Ibáñez, 1984, p. 17).

De esta manera, es tan importante la conservación de los bienes y el derecho al acceso a estos, como la interacción directa que se haya dado entre el hombre y su entorno, su comunidad y sociedad. Son estos algunos de los aspectos que por un largo periodo han dado uniformidad y sentido de pertenencia a una comunidad. Por esta razón, desde la construcción del barrio Prado Centro se ha ido consolidando el aspecto cultural y social, dando espacio a todos aquellos sentimientos que los hace sentir propio este entorno, la preeminencia del arraigo y el valor histórico va más allá de la conservación de las casas, es todo el barrio Prado Centro el que tiene importancia, cada guayacán y cadmio sembrado en los antejardines, las calles y aceras, como se puede ver en la imagen

Prado debe ser lo que era antes, recuperar su calidad de barrio residencial para devolver a sus habitantes la esencia de comunidad, respetando y valorando su espacio, que también es de todos; porque en el recorrido por Prado cada casa tiene una historia que contar; reconocer que este es ante todo un espacio humano, que recuerda lo que fue Medellín y que además da forma a las personas que han decidido llevar a cabo su proyecto de vida en Prado, configurando con ello las características que requiere una vivienda digna.

Se trae a colación la siguiente cita de Ferdinand; donde dice que para los seres humanos *“el área dispuesta y ocupada es entonces herencia común, la tierra de los antepasados respecto de la que todos se sienten y obran como descendientes y hermanos carnales”* (citado en Tönnies, 1979, p. 40). Es en este sentido donde prima la estrecha relación del hombre con su entorno y el área que ocupa. Para los habitantes del barrio Prado este espacio representa más que las edificaciones, pues es el lugar donde han

desarrollado sus principios, valores, costumbres, comportamientos culturales y sociales, allí han crecido y han visto crecer sus hijos; en síntesis, es el espacio donde han decidido formar su familia y cimentar todos sus sueños.

No obstante el amor y reconocimiento, ese sentimiento se ha ido desvirtuando y se encuentra en riesgo por las necesidades del mundo moderno y la globalización en general.

Por ello es primordial que se respete el territorio y el entorno del barrio Prado Centro, ya que éste da sentido al valor de arraigo y lo hace perenne. Ese espacio vital que recuerda lo que es la ciudad, es para Medellín parte de su historia, es un legado, una herencia que se debe preservar y conservar porque conforma un elemento importante de la identidad de sus habitantes y ciudadanos, y ofrece a su vez una mejor cara de la ciudad respecto a los extranjeros. De ahí la importancia de conservar el barrio Prado, a razón de que para Medellín es parte de su genealogía y para sus habitantes representa las bases de un todo (su vivienda, su hogar, su entorno y su comunidad), conformando todo ello parte de su dignidad y la de su vivienda.

¿Y qué se puede hacer?

Con este capítulo las autoras de este trabajo pretenden, después de haber planteado la problemática del barrio Prado Centro, barrio que al margen de sus antiguas raíces y huellas dejadas en el tiempo, hoy es parte fundamental en la dignificación de las viviendas con afectación patrimonial, queriendo ir más allá, contemplando las posibles soluciones orientadas a la protección y conservación del patrimonio cultural inmueble; con propuestas que deben ser desarrolladas por los habitantes del sector y la comunidad aledaña; las distintas administraciones públicas, quienes están llamadas a que las competencias respectivas se ejerzan de acuerdo a lo establecido en la ley, y las instituciones públicas y privadas del sector, quienes deben cooperar en la conservación de estos bienes.

Propuestas de intervención para la Alcaldía de Medellín

Retornar a tiempos de todas esas costumbres y tradiciones de aquellas familias que habitaban el barrio Prado Centro de la ciudad de Medellín, parece ser una locura pues ya no hacen parte de la realidad del barrio; hoy unos pocos de estos habitantes del sector se preocupan y buscan propuestas para la conservación de propiedades que en tiempos pasados tuvieron un valor muy significativo. Ahora bien, el Patrimonio localizado en Prado Centro convive con edificaciones de periodos distintos, con enmarcadas transformaciones que se reflejan a simple vista por los ciudadanos de afuera, dejando así a un lado el barrio residencial de aquellas numerosas familias de clase alta que convivían allí. Esta comuna continúa siendo la más destacada por su valor patrimonial inmueble, con una condición muy favorable y el aumento de conciencia ciudadana de algunos habitantes que aún residen y conservan sus viviendas en el barrio Prado Centro, como se puede ver en las imágenes a continuación.

De las propuestas que se han lanzado a la Alcaldía de Medellín, de las cuales se hace mención y que se puede decir que aún no se han puesto en marcha, son:

- Suspender el proceso de renovación y densificación del área de conservación.
- Erradicar los usos incompatibles como: bodegas, terminales de buses, ventas de pintura y otros oficios contaminantes o que contribuyen al deterioro del patrimonio inmueble como del ambiental.
- Racionalizar los flujos vehiculares, en especial las rutas de los buses. – Mantener la estructura barrial como un bien cultural y como un referente histórico de la memoria urbana del Barrio Prado Centro.
- Retener el interés de los habitantes mediante normas e incentivos, así como contar con su participación para salvar el patrimonio edificado.

- Conservar la estructura urbana arquitectónica y su valor ambiental, mediante la descentralización de los usos que le afecten y del impulso de políticas y programas con la participación tanto de las instituciones encargadas de la conservación del patrimonio cultural inmueble, como del sector privado y propietarios particulares.
- Realizar y crear espacios y sitios públicos que sirvan de escenarios para las manifestaciones de las diferentes artes. – Contar con el marco legal adecuado que permita una ágil y transparente relación Estado-comunidad. - Adecuar el marco legal a las condiciones que exigen el manejo del patrimonio inmueble y cultural.
- Incorporar en el marco legal, los mecanismos necesarios que permitan la participación de la comunidad con la gestión del patrimonio. – Aplicar las leyes y normas existentes y vigentes, tendientes al uso del suelo y conservación del Barrio Prado Centro como Patrimonio de la ciudad de Medellín (Medellín Cultura, s.f.).

A pesar de estas propuestas, la normativa y los mecanismos de control establecidos hasta la fecha han sido insuficientes para impedir el deterioro que están presentado las viviendas del sector, dado que la falta de ese sentimiento propio y sentido de pertenencia por estos inmuebles solo están en espera de una pronta solución.

Propuestas y acciones tomadas por los habitantes de prado centro

Es necesario resaltar las labores de algunos habitantes del sector y manifestar la preocupación de las autoras de este proyecto por aquellas que aún no se han realizado para beneficio y protección de las viviendas del barrio Prado Centro, para así poder rescatar ese valor histórico y cultural de esta comuna de la ciudad de Medellín que se ha visto afectada en diferentes aspectos, donde la parte estructural de las casas han sufrido un grave deterioro ocasionado por el pasar de los años.

La no intervención por parte de la Alcaldía de Medellín, y en algunos casos el descuido de los propietarios de estos bienes inmuebles y otras situaciones subyacentes, terminarían por derrumbar las esperanzas, los sueños e ideales de aquellos habitantes del barrio Prado que todavía guardan un ideal para proteger estos inmuebles como viviendas dignas de permanecer en ellas. No obstante, ya es evidente su agonía y por consiguiente se pretende, a través de las propuestas que están en la Administración, conservar las viviendas declaradas como patrimonio cultural inmueble; para enfocarse en la afectación a nivel Municipal, porque es allí donde se encuentra el eje de la investigación, enfatizando que el ciudadano de afuera y los habitantes del sector se sientan identificados con esta historia.

Por medio del Plan Especial de Protección Patrimonial, y en conjunto con la Alcaldía de Medellín; los habitantes del Barrio han lanzado infinidad de propuestas para subsanar y continuar con la preservación de Prado Centro, para reparar aquellos inmuebles que se han visto afectados, incluso hasta del mismo abandono de estas casas que en alguna época fueron habitadas por grandes y prestigiosas familias que dejaron sus historias, sus costumbres y que desafortunadamente han emigrado del sector.

El deterioro es demasiado notable, sobre todo en sus fachadas, jardines y zonas urbanas del mismo barrio; por estas y muchas más razones que no se logran plasmar en este artículo, se hará una breve mención de estas acciones¹:

- Mantener diversidad funcional sin detrimento de permanencia actividad y calidad residencial.
- Mejorar dotación de espacio público, privilegiando oferta de escala barrial e integración al entorno próximo.
- Preservar un conjunto de vegetación adecuada para el barrio Prado Centro, acorde con

1 Folleto Plan Especial de Protección Patrimonial –Barrio Prado–.

composición florística inicial e identidad del mismo barrio.

- Generar nuevos desarrollos en bordes con actividades de prestigio que contribuyan a la competitividad del barrio Prado Centro y el centro de la ciudad.
- Reconstruir vínculo significativo con el centro tradicional y entornos patrimoniales circundantes.
- Desarrollar experiencias exitosas de reutilización inmobiliaria respetuosa para recuperar el valor comercial y la vigencia funcional del conjunto edificado.

Si bien ante este panorama del barrio Prado, que se ha caracterizado por ser una de las comunas de la ciudad de Medellín, como la más notable por su estructura y construcción de las casas, que bien sería trabajar desde la Administración Municipal y en compañía de los mismos habitantes del sector, en todas y cada una de estas propuestas para lograr ver a futuro el barrio que se sueña, con ese valor cultural, patrimonial y sobre todo con esa conservación de una vivienda digna para aquellas personas que continúan viviendo en estos alrededores, que por ninguna circunstancia quieren dejar o abandonar sus casas.

En el barrio Prado Centro no se han implementado los recursos necesarios para su conservación, y esto ha generado una falta de protección para los inmuebles declarados como patrimonio cultural; esto, en concordancia con la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Bolívar del 6 de febrero del 2013, en el cual indica, tal y como se desprende de los hechos del caso, que *“la conducta omisiva del Distrito de Cartagena ha permitido el deterioro del inmueble, el cual es uno de los más importantes monumentos históricos del mundo”*.

Lo citado anteriormente conlleva, para esta investigación, traer como criterio de interpretación dicha acción popular debido a la interrelación de la facticidad del caso del barrio Prado Centro, puesto que los inmuebles de dicha localidad se han visto altamente deteriorados, tanto

por parte de la administración como por la de los propietarios y solicitar el amparo de los derechos colectivos referidos en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, en el cual establece que “el goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias y la defensa del patrimonio cultural...” (Ley 472, 1998), reconociendo el derecho a la memoria histórica y *“atendiendo a las condiciones evidentes de deterioro es necesario que en Defensa del Derecho Colectivo del Patrimonio Cultural, se garantice la restauración, protección y conservación del bien inmueble,”* (Ley 472, 1998), teniendo en cuenta especialmente la condición que se le reconoce como patrimonio cultural.

Conclusiones

1. Frente a lo desarrollado se puede concluir que existen retos frente a la conservación del patrimonio cultural inmueble municipal, considerando a este como un legado importante para la ciudad de Medellín. Uno de esos retos es hablar de la necesidad de difundir su importancia a los herederos, o sea, propietarios, familiares y a la sociedad, planteando la preservación como una estrategia de planeación, y así también rescatar el papel de este legado y el derecho a la memoria histórica, enmarcado en la dignidad de sus propietarios.

Por otro lado, la conservación de los bienes inmuebles declarados patrimonio cultural municipal debe reafirmar el concepto de respeto al sitio simbólico de naturaleza social y cultural, ya que este tipo de bienes inmuebles tienen un valor histórico, el cual se debe potenciar y destacar a través de la permanencia de este legado; mediante el respeto a su autenticidad, veracidad, y legitimidad, que son el producto de las manifestaciones históricas de la ciudad de Medellín, lo que daría como resultado la interacción entre la ciudad antigua y la ciudad contemporánea.

2. Como resultado de la investigación se puede decir que no solo se está violentando el derecho a la vivienda digna de los habitantes del barrio

Prado Centro, sino que también se está vulnerando la dignidad humana enmarcada en el proyecto de vida de cada persona y familia que habita el sector, debido a la no conservación del entorno en el que han desarrollado todas las etapas de su vida; desapareciendo su legado de vida, entraría a afectar el derecho a la memoria histórica y en este caso particular no solo el de los residentes sino el de la ciudadanía en general. No es posible pensar en que una sociedad pueda avanzar íntegramente si no se conserva la historia. El patrimonio es el testigo que constituye años de identidad, arraigo y pertenencia de un conglomerado social.

3. Después de haber analizado la normatividad que regula el patrimonio cultural inmueble, se encontró que está diseñada a partir de una perspectiva amplia que abarca desde los mecanismos de protección y conservación hasta las sanciones que se pueden imponer en caso de que se atente contra alguno de los inmuebles que cuentan con esta declaración, considerando así que las leyes preexistentes cumplen con las condiciones fácticas más importantes, sin mostrar algún vacío jurídico. Desde ese punto de vista los inconvenientes que se presentan con respecto a la preservación del patrimonio cultural radican en el desempeño inadecuado de las entidades a las que le corresponde la labor de conservación y, en el caso del barrio Prado Centro, a la voluntad de la administración para subsanar las diversas problemáticas que se presentan en el sector, donde las condonaciones en materia de impuestos que se les ofrecen a los propietarios no son ayudas suficientes para el sostenimiento del barrio y donde al brindar más beneficios a los habitantes se podría hablar de una restauración inicialmente parcial y luego total del que se menciona como el casco histórico de la Ciudad de Medellín.

4. Pueden existir leyes y se pueden crear instituciones que protejan el patrimonio cultural inmueble, pero mientras la sociedad no participe activamente en la conservación y protección de estos, los bienes estarán condenados a desaparecer sin remedio en el tiempo. Siendo imprescindible que en la sociedad medellinense se cree una

verdadera conciencia participativa y protagónica que defienda sus raíces históricas.

Referencias bibliográficas

- Arango, R. (2005). El concepto de los derechos sociales fundamentales. Bogotá, Colombia: Legis.
- Alexy, R. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ballart, J.; Fullola, J.; & Petit, M. (1996). El valor del patrimonio histórico. *Completum extra*, 6, II, 215-224. [En línea]. Recuperado: <http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QF-jAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FCMPL%2Farticle%2Fdownload%2FCMPL9696330215A%2F29835&ei=Ndh4VKyeL4ugNsHgg-ZAO&usq=AFQjCNE1RshzbzdNEOr-q9tVLBhWQGjbGA&sig2=s6Q09d0O-vGoRxih8ySxlzw&bvm=bv.80642063,d.eXY>
- Botero, F. (1998). *Historia del Transporte Público de Medellín*. Medellín: Secretaría de Educación y Cultura de Medellín.
- Cepeda, I.; & Girón, C. (s.f.). *El derecho a la memoria*. [En línea]. Recuperado: <http://www.desaparecidos.org/colombia/galeria/derechos.html>
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corradini, L. (2006). “No hay que confundir memoria con historia”, dijo Pierre Nora. *La Nación*. [En línea]. Recuperado: <http://www.lanacion.com.ar/788817-no-hay-que-confundir-memoria-con-historia-dijo-pierre-nora>
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia T-958. M. P: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia T-544. M. P: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia T-894. M. P: Jaime Araújo Rentería.

- Ibañez, E. D. (1984). “La ciudad, su esencia, su historia, sus patologías”. En E. D. Ibañez, “La ciudad, su esencia, su historia, sus patologías” (pág. 13). Buenos Aires: Fades.
- Ibáñez, E. D. (1996). “Sociología del arraigo- una lectura crítica de la ciudad”. En E. D. Ibáñez, “Sociología del arraigo- una lectura crítica de la ciudad” (pág. 17). Buenos Aires: Claridad.
- Tönnies, F. (1979). “comunidad y asociación”. En F. Tönnies, “comunidad y asociación” (pág. 40). Barcelona: Península.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia T-760. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Díaz, P. (2010). La memoria histórica. *Revista Digital Sociedad de la Información*, 19, 1-8. [En línea]. Recuperado: <http://www.sociedadelainformacion.com/19/memoriahistorica.pdf>
- Godet, M. (1995). *De la anticipación a la acción*. Edición Alfaomega. México.
- Olano, R. (2004). *Memorias*. Medellín, Universidad Eafit.
- Orfali, M. (2003). *El arraigo, valor orientador de una política poblacional para la Patagonia*. Buenos Aires, Universidad Católica Argentina. [En línea]. Recuperado: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo61/files/arraigo.pdf>
- Pedreño, J. (2004). ¿Qué es la memoria histórica? [En línea]. Recuperado: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=2032>
- Montoya, J. (1993). Situación posmoderna de la memoria y los signos. *Revista Ciencias Humanas*, 18, 1-37. Medellín, Universidad Nacional.
- Sánchez, L. (2001). *Diversas miradas y encuentros desde y sobre el barrio Prado*. En: Detalles y colores para una ciudad de ladrillo y gris. Secretaría de Educación y Cultura, Medellín. [En línea]. Recuperado: http://www.medellindigital.gov.co/Mediateca/repositorio%20de%20recursos/Ensayo_DetallesyColores.pdf
- Terry, J. (2011). Cultura, identidad cultural, patrimonio y desarrollo comunitario rural: una nueva mirada en el contexto del siglo XXI latinoamericano. *Contribuciones a las ciencias sociales*. [En línea]. Recuperado: <http://www.eumed.net/rev/cccss/12/jrtg.htm>

Pensión de sobrevivencia y sustitución pensional en parejas del mismo sexo*

*Estefanía Botero***

*John Rueda***

*Profesora: Denis Contreras****

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

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

Palabras claves: Concepto de familia, derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, sustitución pensional, seguridad social.

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

** Estudiante de V de la Facultad de Derecho, núcleo de Derecho Privado. Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.

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

Survivor pension and pension replacement in the same-sex couples

Abstract

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

Keywords: Concept of family, heritage and extra heritage rights, pension transfers, social security.

Introducción

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

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

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

Concepto de familia desde la Constitución Política

De acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política (en adelante C.P.) *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.

Como norma jurídica imperante la Constitución Política de Colombia consagra privilegios en un tipo de familia determinado, la constituidas por un hombre y una mujer, dejando a las parejas del mismo sexo por fuera de su contenido, y no teniendo en cuenta que cuando éstas deciden

unirse, tienen como principal objetivo constituir o formar una familia.

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

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

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

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

una mujer, contradiciendo el contenido neoliberal que la Constitución quiso proyectar.

Concepto de familia

La Corte Constitucional en repetidas sentencias se ha pronunciado a cerca del “*carácter maleable de la familia*” el cual se corresponde con un Estado pluralista, multicultural y pluriétnico que justifica el derecho de las personas a establecer una familia “*de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales*”, como por ejemplo en la sentencia C577 de 2011, (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte Constitucional se pronunció, en razón de la diversidad, *la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados*; por lo que “*no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia*”.

Agrega la Corte que:

“En un sentido amplio, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han definido la familia como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos. Desde la perspectiva natural la familia tiene su origen en la unión afectiva que surge entre un hombre y una mujer, mientras que como institución jurídica su fuente primaria es el matrimonio, siendo éste la forma en que la unión es sancionada por el ordenamiento legal preexistente.” (Sentencia C-371/94. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Así mismo, el concepto de familia en Colombia ha estado atado en los últimos años a la noción de diversidad sexual. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la protección Constitucional que debe enmarcar la opción sexual de cada persona, en los siguientes términos:

“[...] bien por razones históricas, culturales y sociológicas la Constitución Política de 1991 no hace alusión expresa a los derechos de los homosexuales, ello no significa que éstos puedan ser desconocidos

dado que, dentro del ámbito de la autonomía personal, la diversidad sexual está claramente protegida por la Constitución, precisamente porque la Carta, sin duda alguna, aspira a ser un marco jurídico en el cual puedan coexistir las más diversas formas de vida humana.” (Sentencia C- 336/08 M. P. Clara Inés Vargas Hernández)

Concepto de familia en el derecho internacional

El derecho internacional a través de distintos instrumentos, declaraciones, pactos o convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales ha contribuido en forma decidida, a afianzar su importancia y protagonismo en el contexto universal, precisamente al referirse a la familia como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*”, y asignarle a cada Estado y a la sociedad misma la responsabilidad de protegerla y asistirle ampliamente. Tal consideración aparece contenida, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 10) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica (art. 17).

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

Concepto de familia en el ámbito civil

Tal como se define en el texto, *Aspectos procesales sobre los derechos de las parejas del mismo sexo,*

“[...] debe entenderse que la unión marital de hecho tiene por naturaleza ser un negocio jurídico donde aflora el acuerdo de voluntades, los requisitos serán los de todo negocio jurídico: capacidad, declaración de voluntad expresa o tácita, objeto y causa. Unidos a éstos estarán los elementos de la familia constituida por la unión marital de hecho, como la cohabitación, singularidad, notoriedad, permanencia y lazos afectivos.” La comunidad de vida estable y singular genera derechos y obligaciones similares a los de la pareja matrimonial. (Quiroz A. 2011)

Por ende,

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

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

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

Este límite constitucional para las parejas del mismo sexo, sigue latente, puesto que la Corte Constitucional se ha pronunciado declarando el concepto de matrimonio entre hombre y mujer exequible, y que su fundamento principal es el concepto de familia en la Constitución Política, como institución básica de la sociedad.

Ahora bien, la Corte Constitucional en repetidas sentencias, reconoce la unión marital de

hecho para aquellas parejas del mismo sexo, reconociéndose en el ámbito civil como un negocio jurídico.

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

Familia desde la religión

Uno de los grandes desafíos de los últimos tiempos es el intento en sociedades secularizadas de cambiar las leyes que durante siglos incluso milenios, han reconocido el plan de Dios para el matrimonio y la familia como se presenta en el orden de la *Creación*, y que constituye un patrimonio común para toda la humanidad gobernada por la ley natural.

Este hecho viene confirmado por la revelación que Dios hizo sobre la creación, el matrimonio y la familia, desde los primeros capítulos del libro del Génesis, al inicio de la Biblia. Allí leemos: *“creó, pues, Dios al ser humano a imagen suya, a imagen de Dios le creó, hombre y mujer los creó. Y los bendijo Dios, y les dijo: «Sed fecundos y multiplicaos y llenad la tierra y sometedla»”* (Génesis 1, 26-28). Y en otro apartado se puede leer: *“por eso deja el hombre a su padre y a su madre y se une a su mujer y se hacen una sola carne”* (Génesis 2, 24)

Por su parte, el constituyente del 91 reconoció la libertad a otros cultos diferentes de la religión católica, es así como contempla el artículo 19 de la C.P, la libertad de escogencia de religión, garantizando así poder profesarla y difundirla.

Se entiende entonces que Colombia es un país donde la religión es influyente en las políticas de Estado, pero no en el grado que lo fue en la Constitución de 1886. Si analizamos otros componentes de la Carta del 91, podemos afirmar que el constituyente intentó separar el Estado de la religión católica.

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

Concepto de pareja

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

Tal y como se explica en la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) la aproximación a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y desde el punto de vista del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido, últimamente se ha afianzado en la jurisprudencia la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo, *“puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior-parejas homosexuales”, cuya efectiva existencia supone, como en el caso de la pareja heterosexual, “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia”.*

Unión marital de hecho en parejas del mismo sexo

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

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

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

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

De este modo el artículo 1° de la Ley 979 de 2005 establece que *los compañeros que han convivido por más de dos años en forma continua podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial: a) ante un juez de familia competente; b) ante notario, y c) ante un*

centro de conciliación, acreditando previamente la unión marital de hecho. Esto conlleva, según la Corte, a que distingamos entre el vínculo principal, en este caso la unión marital, y el vínculo accesorio, que es la sociedad patrimonial de hecho, por lo tanto son dos situaciones diferentes en su declaratoria.

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

Pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo

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

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

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

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

Para poder ser beneficiario de la pensión, los compañeros del mismo sexo deberán acreditar la condición de pareja, para lo cual deberá acudir ante un notario y expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, lo cual fue mencionado anteriormente. Al acreditar esto, podrá reclamar su derecho a la pensión de sobrevivientes. Dado el caso en que dicha pareja del mismo sexo, no hayan acreditado ante notario la unión marital de hecho, el beneficiario de la pensión, podrá solicitar como carga probatoria, los testimonios de terceras personas que acrediten la unión ante notario.

Los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes se pueden dar en forma vitalicia o temporal, para esto se debe de mirar si el compañero(a) permanente quien es el beneficiario, tuviese a la fecha del fallecimiento del causante, 30 o más años de edad, la pensión de sobrevivientes será de forma vitalicia, o si el causante ya era pensionado el beneficiario deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital de hecho con el causante

hasta su muerte y haya convivido con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte.

Y la pensión de sobrevivientes en forma temporal, es para aquel compañero(a) permanente quien es el beneficiario, que a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, el beneficiario mientras viva se le pagará la pensión de sobreviviente máximo hasta por veinte (20) años.

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

Bloque de constitucionalidad

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

Un derecho tan básico y principal a la vez, "LA IGUALDAD" tiene que ser provisto entre otros por un mecanismo de protección que garantice que los derechos fundamentales no sean vulnerados y desconocidos, dicha protección es llevada a cabo mediante la integración de la tutela.

El bloque de constitucionalidad es un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente Constitucionales, fuera del texto de la Constitución redactada en 1991.

La figura del bloque de constitucionalidad se encuentra claramente contenida en el artículo 93 de la C.P., y señala claramente que

"Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, reconoce los derechos humanos y prohíbe su limitación aún en los estados de excepción y termina rezando: los derechos y deberes consagrados"

"En esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

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

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

Gabriel Mario Restrepo, profesor colombiano de Derecho Constitucional, dice al respecto del bloque constitucional, que este consiste en asumir que existe un conjunto de normas que sin estar consagradas expresamente en la Constitución Política de Colombia, hacen parte de ella por la decisión de un Juez o por expresa disposición del constituyente, en este sentido, estas normas son consideradas con rango constitucional y por lo tanto gozan de garantía Constitucional a los efectos de parámetro del control constitucional de las leyes.

La Corte Constitucional en la sentencia C-574 de 1992, (M.P. Ciro Angarita Varón) se pronuncia al respecto diciendo que

“[...] a través del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se puede inferir que los valores y principios incluidos en el texto constitucional son de carácter universal e inherentes a la persona y tienen como función la de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución.”

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

Aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Declaración, en su artículo 7o. expresa que

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

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

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, al respecto, dispone que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en lo conducente (art. 22, aptdo. 2) que:

“Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El legislador colombiano ha hecho una interpretación del artículo 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, que han traído como consecuencia que se ha dejado de reconocer la garantía constitucional que tienen las parejas del mismo sexo a no ser discriminadas en razón de su orientación sexual.

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

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

Pronunciamientos de la Corte Constitucional

Sentencias anteriores de la Corte Constitucional se pronuncian sobre la sexualidad y dice al respecto: sexualidad constituye la intimidad de cada persona, la cual debe ser respetada por todos y garantizada por el Estado.

En el año 2009 se evidencian mayores progresos en cuanto al derecho a la igualdad de las parejas del mismo sexo con relación a las parejas heterosexuales, así:

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

(Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009):

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

vicción de que la persona fallecida conformaba unión marital de hecho.

Discriminación frente a los proyectos de ley

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

Como respuesta a algunos sectores de la sociedad que se oponían al reconocimiento de los efectos patrimoniales en parejas del mismo sexo, en el año 2004 la entonces senadora Piedad Córdoba, presentó el proyecto de ley 113 en el cual se analiza la existencia de un número significativo de uniones afectivas entre personas del mismo sexo, y de su actual discriminación y desprotección frente a la ley. Su objetivo era, en consecuencia, avanzar en el reconocimiento de estas uniones como manifestaciones legítimas de pareja, y mediante este proyecto se logra el reconocimiento de las uniones de las parejas del mismo sexo y sus efectos patrimoniales, pero no se logra el reconocimiento civil de las mismas.

En el año 2006 se presentaron los proyectos de ley 130 y 152. Estos proyectos de ley contenían dos importantes medidas en materia de pro-

tección social para las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

(Escobar C & Zapata K. 2008)

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

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

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

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

La Constitución de Colombia tiene influencia de Francia, inclusive desde la época de Napoleón III, al cual se le atribuye el pensamiento

conservador, dado a que sus ideas eran enfocadas en la Iglesia Católica; así mismo algunos planteamientos hechos por los españoles orientados al establecimiento de esta fe como oficial, influyeron en el clima político, jurídico y social colombiano. Ambas corrientes tenían como base de su regulación a la Iglesia Católica ya que ésta era el elemento de cohesión del orden social, en el que, la iglesia se encargaba de formar a buenos ciudadanos y creyentes, para así reconstruir el orden divino que se plantea dicha religión, al punto que la educación fue asumida por la Iglesia Católica para mantener el orden social por medio de la obediencia interpuesta por Dios.

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

Derecho comparado

A través del procedimiento de revisión de las tutelas y del control de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha logrado en repetidas ocasiones, que muchos de los derechos de las parejas del mismo sexo sean reconocidos.

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

como Argentina y México, para que las personas del mismo sexo puedan gozar del derecho a la no discriminación.

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

No podría ser admisible que a un segmento de la población se le exijan todas las obligaciones naturales de un ciudadano y en cambio no disfrute de todos los derechos y garantías de que goza el resto de la población, y no cabe duda que estaría bien ponderar en este caso, la primacía de la realidad sobre la forma, pues si bien la forma no da el reconocimiento civil que merece la comunidad LGBTI, la realidad es que aunque es una minoría, también ésta cada día reclama más atención y reconocimiento por parte del Estado Colombiano.

Con respecto al reconocimiento que se ha hecho en algunos países de Europa, Estados Unidos y dos Latinoamericanos, sobre el derecho que tiene las parejas del mismo sexo, a contraer matrimonio y por ende a constituir una familia en el ámbito civil, Carolina María Escobar Arango y Katherine Zapata Ortega (2008) hacen un análisis al respecto en su monografía, Derecho a la Seguridad Social para las parejas del mismo sexo, así:

“Dinamarca fue el primer país en el mundo en reconocer legalmente a las parejas de gays y lesbianas,

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

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

Uno de esos estudios es el realizado por la Doctora Elina Moustaira sobre **Matrimonios del mismo sexo: Un estudio comparativo de la realidad jurídica en varios países** (2006), donde se muestra que en Holanda, la ley del 21.12.2000 era la primera ley (en el mundo) en permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo.

Ninguna regla del Código Civil belga mencionaba explícitamente que el matrimonio era permitido solamente a las parejas del sexo dife-

rente. Sin embargo, ambas —jurisprudencia y teoría belgas— consideraban siempre que parejas del mismo sexo no podían contraer matrimonio civil. Además, en los trabajos preparatorios del Código Civil belga, era claramente mencionado que la consecuencia principal de una unión matrimonial consistía en procrear.

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

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

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

1. La estructura federal de los Estados Unidos es la razón por las existentes diferencias entre los Estados, en cuanto a los derechos de matrimonio. Los asuntos del derecho de familia las regla cada Estado en acuerdo con sus propias leyes, contrario, en los países de Europa que han legalizado las uniones del mismo sexo, los centralizados sistemas de gobierno

han asegurado la uniformidad de reglamentos en cada uno.

2. En los Estados Unidos, los jueces han jugado un rol mucho más significativo en comparación con los jueces en Europa, a ese proceso. Quizás esto pueda explicar el descontento del pueblo de los Estados (Hawái, Alaska) en los cuales las decisiones de tribunales han “legalizado” el matrimonio del mismo sexo. En los Estados europeos que han legalizado las uniones del mismo sexo por legislación, no se observó hasta ahora un tal descontento.
3. En los Estados Unidos, las parejas del mismo sexo están “reconocidas” tácitamente en varias formas, es decir tienen ya muchos de los asociados con el matrimonio privilegios y cargas, el derecho de adoptar niños incluido. Un tal reconocimiento “funcional” podría considerarse como un camino alternativo para la legalización del matrimonio.

Analizando los dispuesto por *Human rights and constitutional protection. A brief study on same-sex marriage in mexico and incomparative perspective*, se puede poner de manifiesto que México a través de su distrito federal, se convirtió en el décimo cuarto país del mundo en dar reconocimiento legal a la unión de parejas del mismo sexo el 4 de marzo del 2010, llegando más a delante incluso a igualar todos los derechos civiles de las parejas del mismo sexo, con las compuestas por hombre y mujer, permitiendo a las primeras la adopción.

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

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

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expre-

sado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

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

El no reconocimiento civil de las parejas del mismo sexo, atenta indiscutiblemente contra el principio de la dignidad humana, aquella que indica que *el individuo debe poder vivir su proyecto de vida sin verse sometido a humillaciones*, además esta misma falta de reconocimiento termina violando la autonomía de la voluntad de las parejas homosexuales, generando con esto un impacto negativo dentro de esta minoría, pues de esta manera se ven discriminados por el propio Estado quien se supone será el encargado de proteger y respetar a todos sus ciudadanos frente a cualquier agresión, en este caso discriminación; y genera un impacto negativo hacia afuera, porque de esta manera todas aquellas personas que de alguna manera sienten que las parejas del mismo sexo no deben de gozar de los mismos derechos que las conformadas por hombre y mujer, no ven por qué sea tan prioritario acatar una orden que no se encuentra consignada en un código, como debería estar en el Código Civil.

Conclusiones

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

Lo que no es entendible, es que el concepto de familia tal y como se define hoy, donde las creencias que desde la sociedad se tienen, son totalmente diferentes a los que se tenían un siglo atrás, donde la familia no sólo se conformaba de un padre, una madre y los hijos, sino que este núcleo fundamental de la sociedad se ha diversificado y se entiende por esto hoy en día, que puede

ser conformada por un padre y sus hijos, abuela y nieta, tío y sobrina entre otros; de ahí que sea inadmisibles que dicho concepto no sea aplicable en todo su contexto a las familias conformadas por personas del mismo sexo. Esto denota que la aplicabilidad de los derechos humanos tal y como han sido planteados desde la declaración de los Derechos Humanos, El pacto de San José de Costa Rica y que la propia Constitución Colombiana pregona, carecen no de contenido, pues el mismo es muy claro y contundente, sino, en cambio han sido interpretados al antojo del legislador y de las instituciones encargadas de velar y proteger la aplicación de estos de manera adecuada y eficaz.

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

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

Las diferentes religiones que libremente profesan sus cultos y que tiene la capacidad de dirigir a sus feligreses en el proceso electoral, han tenido un significado fundamental en el ordenamiento jurídico de Colombia, prueba de esto es como algunas campañas políticas se han valido del poder de convocatoria de los dirigentes y de las comunidades de diferentes cultos religiosos.

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

pareja, lo cual les ha permitido que se les reconozcan derechos como los de la seguridad social, bajo el concepto civil de unión marital de hecho, teniendo así la calidad de beneficiario para acceder a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional para parejas del mismo sexo.

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

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

Una forma de erradicar la discriminación que por siglos han sufrido en Colombia las personas cuya orientación sexual es el gusto por personas del mismo sexo, sería el reconocimiento por parte del Estado, de que esta minoría de la población pueda adoptar cualquier opción de vida, más cuando ésta hace referencia a la decisión de conformar junto a otra persona, una familia.

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

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

Referencias bibliográficas

- Arenas, G. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá: Legis.
- Ceballos, P.A, Ríos, J.V. & Ordóñez, R.M. (2012). El reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista. Bogotá. Estudio Socio Jurídico.
- Código Civil Colombiano C.C.C. Ley 57 de 1887. Arts. 113, 115. Abril 15 de 1887 (Colombia)
- Colombia Diversa. (2007). Análisis de los costos potenciales de la extensión de la afiliación de parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social. Bogotá.
- Diccionario Hispano Americano de Derecho. Edición 2008, pg. 1650. Grupo Latino Editores.
- Escobar C & Zapata K. (2008) Derechos a la seguridad social a parejas del mismo sexo. Tesis de grado, Facultad de Derecho. Medellín: Universidad Eafit.
- Forero, C. & Cárdenas, D.E (2009). Perspectiva de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Bogotá. Estudios en derecho y gobierno.
- González, C & Borrás, A. (2004). Parejas De Hecho y Matrimonios del Mismo Sexo en La Unión Europea. Madrid: Marcial Pons.
- Human Rights and Constitutional Protection. (2011) A brief study on same-sex marriage in México and in comparative perspective. UNAM.
- Moustaira, E. (2006), Matrimonios del mismo sexo: Un estudio comparativo de la realidad jurídica en varios países. Obtenido de: <http://users.uoa.gr/~emoustai/Moustaira-matrimonio.pdf>

- Navia, F. (2000). *Del Daño Moral Al Daño Fisiológico: Una Evolución Real*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Parra, J. (2008), *Derecho de Familia* (pp.32), Bogotá: Temis.
- Quiroz, O., (2011), *Aspectos procesales sobre los derechos de las parejas del mismo sexo*. Bogotá. Universidad Católica de Colombia.
- Restrepo, C., Sánchez, S.M & Tamayo, C. (2010), *Derecho y Diversidad Sexual*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Restrepo, G.L. (2011). *Los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo un análisis a partir del derecho de igualdad frente a los compañeros permanentes en Colombia a partir del año 2005*. (Tesis de especialización) Universidad de Medellín.
- Rincón, G.H. (2013). *Derechos de las parejas del mismo sexo y personas homosexuales*. Bogotá.
- Ruiz, D.J. (2012). *Formación religiosa católica en la familia colombiana: de la libertad a la responsabilidad*. Bogotá. Universidad Santo Tomás.
- Saffon, M.P & García, M. (2011), *Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*. Bogotá. Estudio socio jurídico.
- La BIBLIA, (Génesis 1, 26- 28).

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008. (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Abril 16 de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007. (MP. Rodrigo Escobar Gil; Febrero 07 de 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-029 de 2009. (MP. Rodrigo Escobar Gil; Enero 28 de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 051 de 2010. (MP. Mauricio González Cuervo; Febrero 02 de 2010).
- Constitución Política de Colombia [C.P.C]. Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Arts. 42, Julio 04 de 1991 (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-521 de 2007. (MP. Clara Inés Vargas Hernández; Julio 11 de 2007)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-574 de 1992. (MP. Ciro Angarita Barón; Octubre 28 de 1992)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Julio 26 de 2011)
- Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Civil. Ref.: Exp. No. 25286-3184-001-2007-00152-01. (MP. Edgardo Villamil Portilla; Julio 29 de 2012).

Condiciones de justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela: análisis de dos escenarios constitucionales de aplicación*

*Mckenzie Karina Torres Bru***

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

La evolución conceptual que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales han tenido dentro del derecho colombiano, en gran medida, se ha forjado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual mediante sus sentencias ha marcado varios criterios a favor de la justiciabilidad de estos derechos, que en principio no podían ser exigidos por medio de la acción de tutela pues eran concebidos como normas programáticas y esa herramienta constitucional solo es aplicable a los derechos fundamentales, años más tarde la misma Corte fue reestructurando esta posición y empezó a explicar las condiciones en las que excepcionalmente estos derechos podían ser exigidos por vía de tutela en este texto se presentan dos escenarios constitucionales en los que la Corte ha viabilizado la herramienta de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Palabras claves: Corte Constitucional, Tutela, Sentencias, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, justiciabilidad.

* Este texto es un resultado del proyecto titulado “*Tutela Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, desarrollado en mi calidad de “*Joven investigadora*” del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en Convenio con la Universidad de Medellín.

** Mckenzie Karina Torres Bru estudiante de 9 semestre de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, integrante del semillero Humana Iuris, karitorres2792@hotmail.com celular: 301-4723869

Terms of justiciability of ESCR through the tutelage: analysis of two constitutional scenarios of application.

Abstract

The conceptual evolution Economic, Social and Cultural Rights have been in Colombian law largely forged by the jurisprudence of the Constitutional Court, which through its judgments has set several criteria for the justiciability of these rights, which in principle could not be required by the tutelage as these were conceived as simple programmatic standards and this constitutional tool only applies to fundamental rights, years later the Court itself was restructuring this position and began to create certain exceptional cases in which these rights can be required by way of protection.

Keywords: Constitutional Court, Guardianship, Judgments, Economic, Social and Cultural Rights, justiciability.

Introducción

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también llamados de segunda generación durante algún tiempo, les fue negada su ius fundamentalidad por considerarlos enunciados programáticos que debían alcanzar los Estados con el pasar del tiempo de acuerdo con el principio de progresividad. En la teoría del doctrinante Robert Alexy los DESC tienen una triple proyección¹:

- A. Derecho a protección
- B. Derecho a organización y procedimiento
- C. Derechos a prestaciones en sentido estricto derechos sociales fundamentales.

Refiriéndonos a la tercera categoría es decir, derechos a prestaciones en sentido estricto de derechos sociales fundamentales aquí el titular del derecho tiene la facultad de exigir judicialmente la efectividad de su derecho.

Después de muchas sentencias que hablan sobre los derechos prestacionales en Colombia la corte ha unificado criterios y manifestó lo siguiente acerca de estos:

“La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones. “El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica”.

Lo anterior quiere decir, que estos derechos deben ser exigidos en la manera en que el Estado cuente con la capacidad presupuestal para desarrollarlos a través de leyes que el legislativo expida, por consiguiente aquí nace la obligación estatal de brindar las condiciones materiales para el disfrute real de estos derechos y que no se queden en abstracto en simples normas de papel. Aquí los ciudadanos juegan un papel fundamental ya que son estos los que deben estar pendientes y fiscalizar que se vayan cumpliendo con estas obligaciones. No es sano que en un Estado social de derecho los jueces simplemente decreten las prestaciones que deben ser cumplidas por el Estado y así dejar a un lado las demás funciones de los otros órganos del poder público, eso debe ser una excepción, ya que el juez al momento de reconocer dicha prestación debe tener en cuenta condiciones de viabilidad presupuestal y legal que por su puesto están a cargo del legislativo.

En el caso de Colombia estos fueron incluidos como plenos derechos en la Constitución de 1991, pero a raíz de su ubicación en el texto, al principio se tornó confusa su fundamentalidad, ya que un sector de la doctrina internacional, como por ejemplo E.W. Vierbag, afirmaba que estos no eran derechos fundamentales ya que no se encontraban ubicados dentro del título con este nombre, otros como Pedro Gabriel Mendivil Guzman, consideraban que si lo eran a pesar de no estar ubicados dentro del título “*de los derechos fundamentales*”, la Corte Constitucional posteriormente aclaró esto y dijo que se ubicaron de esta manera los derechos por cuestión metodológica, pero que en la constitución hay más derechos fundamentales que los que aparecen dentro del título, esto se aclaró en la sentencia T-571 de 1992.

A raíz de lo anterior a principios de los años 90, en nuestro país era impensable que un juez por medio de una acción de tutela, que es el mecanismo de protección exclusivo para los derechos fundamentales pudiese ser empleado para garantizar

1 Robert Alexy, Teoría de los derechos Fundamentales, Paginas 435 a 501.

un Derecho Económico, Social y Cultural (en adelante DESC) pero con el paso del tiempo la Corte fue desarrollando algunos criterios para que esta acción procediera facilitando justiciabilidad de estos derechos. En el presente artículo referenciaremos el desarrollo jurisprudencial en torno a este tema, a partir del estudio de dos escenarios constitucionales determinado por la eficacia de la Acción de Tutela como mecanismo de Protección del Derecho a la seguridad social y a la vivienda digna, ambos considerados derechos de segunda generación por la doctrina de derechos humanos.

En la presente investigación se realizó una línea jurisprudencial con las sentencias proferidas por la Corte Constitucional Colombiana tendientes a la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, para analizar cuáles son las condiciones de justiciabilidad de estos derechos, partiendo de la jurisprudencia colombiana. Esta metodología de análisis nos permite establecer cuáles son los criterios jurisprudenciales que son manejados por los jueces colombianos al momento de dirimir una controversia en la que se involucra un derecho de segunda generación.

Diferentes escenarios de justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela

Al realizar un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de DESC, se han identificado dos escenarios de justiciabilidad muy favorables, tendientes a su protección por vía de acción de tutela. Aunque en principio en Colombia era impensable que un juez brindara protección a un derecho como por ejemplo el de la seguridad social a través de la tutela, al pasar los años este criterio ha ido evolucionando, hasta llegar al punto de que un individuo pueda interponerla en caso de verse su derecho. En este orden de ideas, el problema jurídico que se planteó en esta investigación fue ¿Cuáles son las condiciones de justiciabilidad de los DESC a través de la Acción de Tutela en Colombia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana?

Se identificaron inicialmente dos escenarios constitucionales en los cuales se ha desarrollado la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, el primero relacionado con el derecho a la Seguridad Social y el segundo con el derecho a la Vivienda Digna, para el primero se identificó la sentencia T-730 de 2012 como arquimédica, y para el segundo la T-530 de 2011, ya que en cada una de estas se describe de manera completa la evolución que han tenido estos derechos a través de la jurisprudencia para lograr una protección excepcional por vía de tutela. De cada una de ellas se realizó un proceso de ingeniería de reversa, el cual consiste en mirar cada una de las sentencias que fueron citadas en las arquimédicas y luego las que fueron citadas en las anteriores, al final tenemos un nicho citacional que son todas las sentencias referenciadas en las anteriores, que tratan el tema estudiado.

Primer Escenario Constitucional: La Acción de Tutela como mecanismo de Justiciabilidad del Derecho a la Seguridad Social

Analizando el primer escenario se evidenciaron dos posiciones extremas del Alto Tribunal Constitucional, en primera instancia no admitía la posibilidad que los DESC fueran justiciables a través de la acción de tutela y el segundo se inclinaba por la tesis que estos derechos si son justiciables mediante la herramienta constitucional.

La segunda tesis, parte de la T-406 de 1992 como fundadora, fue en este pronunciamiento con ponencia del Magistrado Ciro Angarita Varón que por primera vez la Corporación se refiere a la posibilidad de exigir el cumplimiento de los DESC a través de Acciones de Tutela.

Se plantea el criterio que existen derechos fundamentales de aplicación inmediata y otros que no lo requieren, los primeros no requieren de una norma que los desarrolle y por ende su protección de debe dar de manera directa, a contrario *sensu* los que no lo son no pueden ser exigidos de manera directa como es el caso de los

DESC; pero a pesar de esto la Corte afirma que hay derechos que aunque pertenezcan a esta categoría son de aplicación inmediata como es el caso de los derechos del niño art 50 C.P, art 53 de los principios fundamentales de los trabajadores, etc. Frente a la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, estableció que esta solo procede en el evento en que con ocasión de estos se esté vulnerando un derecho fundamental, y ante el vacío legislativo frente al desarrollo de determinado derecho entra a intervenir y de ser necesario requerir a las autoridades necesarias para la protección del mismo.

Los hechos motivadores de la sentencia se dieron en la ciudad de Cartagena de Indias, donde se presentó un caso que involucra los conceptos mencionados con anterioridad, en el barrio Vista Hermosa las Empresas públicas de Cartagena iniciaron la construcción de un alcantarillado pero por cuestiones presupuestales no lo terminaron, dejando destapado gran parte de la obra y produciéndose con esto la propagación de olores ofensivos que afectaban flagrantemente el derecho a la salubridad de los habitantes del sector y de barrios aledaños. Ellos iniciaron acciones constitucionales contra las Empresas públicas, pero el Tribunal superior de Bolívar denegó la protección a este derecho por no ser un derecho fundamental y la acción de tutela únicamente es aplicada a los derechos ubicados en el título I de la Carta política.

Analizando la postura del Tribunal de Bolívar, la Corte afirma que no es descabellada, ya que para la época era el concepto que se manejaba respecto a este tema, pero en la revisión de esa tutela ampara el derecho a la salubridad pública como un derecho fundamental debido a que con su conculcación se estaba poniendo en peligro el derecho a la vida, salud y debía prevenirse un daño irremediable a los habitantes de Vista Hermosa y barrios aledaños. Por otro lado, si en su momento se aprobó la realización de la obra era porque contaban con el presupuesto necesario para la construcción de la misma, por ello no es un argumento válido por parte de las Empresas

públicas de Cartagena decir que no tenían los recursos disponibles para culminar la misma. Con esta sentencia se empieza a escribir una nueva historia en Colombia respecto a la justiciabilidad de los DESC y se habla del principio de conexidad con derechos fundamentales.

Años más tarde en la que puede considerarse sentencia consolidadora de línea la T-417 de 1997, la Corte entra a resolver un caso en el cual se involucran los derechos a la salud, seguridad social e igualdad de un particular que trabajaba en el Congreso y padecía SIDA, el cual fue valorado y se determinó que había perdido en un 100% su capacidad laboral por lo que necesitaba la pensión de invalidez, pero el fondo al cual estaba afiliado nunca respondió si la otorgaba o no motivo por el cual el interesado acudió a la Defensoría del Pueblo para que requiriera al Fondo a responder si la otorgaba o no, a lo que respondió que para hacerlo debían valorar nuevamente al señor. Al realizarla el resultado fue que el particular había perdido la capacidad laboral en un 29.33% y este porcentaje es muy bajo para poder acceder a dicha pensión por lo que la niegan; el peticionario luego de agotar la vía gubernativa interpuso una acción de tutela como mecanismo transitorio para la salvaguarda de sus derechos.

En primera instancia, el juzgado octavo de Santa Fe de Bogotá en sentencia del 9 de diciembre de 1996, ordena la protección de los derechos a la vida, dignidad humana, salud e igualdad del peticionario y prescribió al Fondo, en un término de 48 horas prestar los servicios de salud al accionante. Consideró el juzgador de instancia que la enfermedad que padece el peticionario es muy agresiva y va terminar acabando con su vida, por tanto no se puede negar la relación directa que existe entre el derecho a la salud y la vida en el caso concreto.

Esta sentencia fue apelada y al ser dirimida ante el Tribunal fue revocada, sustentando su decisión en que el derecho a la salud es un derecho prestacional el cual debe ser desarrollado por medidas legislativas y que la tutela no es el

mecanismo idóneo para su protección, ya que la Constitución le brinda a este otros medios para que invoque el acceso al mismo. Frente a esto la Corte se pronunció diciendo que si bien es cierto que esta le ha dado el carácter de derechos pres-tacionales al de la salud y seguridad social, que tienen mecanismos de protección diferentes a la acción de tutela, esta si puede ser invocada para la protección de estos siempre que se vulnere un derecho fundamental y que no existe medio de protección idóneo o que existiendo se cause un perjuicio irremediable. En el caso concreto si existe un mecanismo el cual es la vía contenciosa administrativa y en efecto el particular la inicio pero es indiscutible que existe un daño irremediable que debe ser prevenido a través de la tutela, por lo cual la Corte resuelve revocar la sentencia de segunda instancia y confirmar la de primera modificando que se tutelan los derechos como mecanismo transitorio.

En el caso concreto se ve como el juez de primera instancia accede a proteger los derechos del peticionario por considerar que este se encuentra en un estado de menoscabo y necesita la protección inmediata de sus derechos debido a su grave condición de salud, y luego en segunda instancia el tribunal lo revoca porque los derechos que busca proteger no son derechos fundamentales si no de contenido programático y no es la tutela el mecanismo idóneo para ello, por la simple ubicación de los derechos dentro de la Constitución, desconociendo la relación de los mismos con la dignidad humana y el mínimo vital. Afortunadamente la Corte en labor hermenéutica logra dar el carácter de fundamental del derecho a la salud de esta persona y se gesta uno de los primeros casos en los cuales por medio de una acción de tutela se ampara el derecho a la salud, el cual para aquellos años era considerado un derecho de segunda generación no fundamental.

En sentencia 102 de 1998 también consolidadora de línea e inclinada hacia el extremo más favorable en cuanto a la justiciabilidad de los DESC por vía de tutela, cuyo magistrado ponente fue el doctor Antonio Barrera Carbonell, se

debió el derecho a la salud y seguridad social de una señora quien necesitaba una mamoplastia, debido a que tenía fuertes dolores lumbares producidos por el peso de sus mamas, el médico le recomendó someterse a este procedimiento quirúrgico pero la E.P.S Coomeva se lo negó porque consideró que esta operación es de carácter estético y no se encuentra contenida en el plan obligatorio de salud; razón por la cual la señora interpuso una acción de tutela por violación de su derecho a la salud, vida digna, integridad personal y seguridad social.

En primera instancia esta fue aceptada, y se ordena dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo a la E.P.S realizar el procedimiento a la accionante; ya que decir que esta no puede practicarse debido a que no se encuentra dentro del pos no es un argumento válido para colocar en riesgo la vida digna y el derecho a la salud de esta persona, además que la atención médica es integral por lo que se deben agotar todos los medios válidos para llegar a este fin. Así como también es cierto que las normas que limitan el pos son normas de un grado inferior a la constitución donde se encuentra protegida la vida digna y calidad de vida de las personas.

Esta decisión fue apelada por la E.P.S., y en segunda instancia se revocó el fallo, argumentando el juzgador que la salud solo podía ser protegida mediante la acción de tutela cuando estuviera en conexidad con la vida, y que en el caso concreto la accionante tiene muchas opciones para intentar mejorar su salud y solo si estas no le dan un resultado satisfactorio puede someterse a la mamoplastia.

En su turno la Corte al revisar la presente tutela, habla acerca de las dos dimensiones del derecho a la salud, diciendo que esta tiene una dimensión prestacional y otra fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida; pero dentro del sistema de seguridad social el derecho a la salud tiene el carácter de prestacional, es decir está sometido a un desarrollo legislativo y operativo así como a unos medios económicos que ayuden a su regulación. Esto sin

desconocer que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso de todos los habitantes a este servicio, pero dice la corte que esto no debe ser entendido de tal manera que el Estado tenga la obligación de brindar un *“tratamiento exclusivo a cada particular”*.

Pero el sentido de todo lo anteriormente dicho cambia cuando el derecho a la salud se encuentra en conexidad con un derecho fundamental como por ejemplo el derecho a la vida, ya que el derecho fundamental subsume al prestacional porque lo que importa es la defensa de la vida que es un derecho supremo frente al otro, en este evento hablamos de la transmutación de un derecho que en principio es prestacional por su relación directa con un derecho fundamental pasa también a serlo. Al final la Corte considera que se vulnera la dignidad humana de la accionante al privarla de la solución para que deje de padecer esos intensos dolores producto del peso de sus mamas, y someterla a eso es un trato cruel y degradante prohibido por la constitución que es una norma superior a la que regula el P.O.S, por ello la corte revoca la sentencia de segunda instancia y confirma la de primera donde se ordena practicar la mamoplastia a la accionante.

Nos centramos entonces en el caso del señor Cesar Medina debatido en la sentencia SU 623 de 2001 la cual fue una sentencia modificadora de la línea, en relación con la tesis que venía manejando la Corte en materia de Justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela, quien interpuso esta acción constitucional contra Comfenalco E.P.S, por negarle el acceso a la seguridad social al no poder inscribirse como beneficiario de su pareja permanente por ser un hombre, vulnerando con esto su derecho a la salud, seguridad social, igualdad, libre desarrollo de la personalidad. El juez que conoció la tutela, la deniego por considerar que la E.P.S actuó de acuerdo a la ley, ya que el ser beneficiario de los servicios de seguridad social solo aplica a parejas heterosexuales y a la ley aún no había regulado esto y es tarea del legislador regular todo lo concerniente a este derecho.

Al realizar la revisión de esta tutela la Corte avala el actuar del juez y confirma el fallo, argumentando que en el caso concreto al accionante no se le está vulnerando el acceso a la seguridad social puesto que él puede ser afiliado a este si labora para alguna entidad, o lo puede hacer como trabajador independiente, y si no tiene los recursos para ello el Estado cuenta con el régimen subsidiado de salud al cual puede afiliarse sin ningún costo. Con relación al derecho de igualdad dice la Corte que fue el legislador quien coloco el criterio de familia para determinar quién puede o no ser beneficiario, por tanto se escapa de su competencia aplicar lo contrario, omitiendo con ello su deber de salvaguardar el derecho de igualdad y no exclusión de esta población discriminada.

Frente a la anterior decisión hubo un salvamento de voto de algunos magistrados, dentro de estos el Dr. Jaime Araujo Rentería, el cual planteaba una tesis diferente y más incluyente para las parejas homosexuales, argumentando que el carácter progresivo de este derecho no debía ser entendido como circunstancia de exclusión temporal de este derecho para algunas personas, que si bien es cierto el presupuesto condiciona el cumplimiento y la ampliación de la cobertura del mismo, pero que no debe ser pretexto para excluir personas ya que esto es discriminatorio y la seguridad social es un derecho universal basado en la solidaridad. Por otro lado el hecho de tener una pareja del mismo sexo no es excusa para que este no pueda ser beneficiario de los servicios de seguridad social que su pareja pueda brindarle, ya que esto va contra la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derecho de igualdad ya que ninguna norma constitucional ni legal dice expresamente que en razón del sexo se excluirá a tal persona de brindarle los servicios de salud por el contrario este debe ser garantizado a todas las personas por ser un derecho humano. Siendo esta sentencia bastante regresiva en materia de justiciabilidad de los DESC, no se puede desconocer que el salvamento de voto planteado en ella es bastante positivo y amplió el concepto de familia que años posteriores sería debatido por el tribunal constitucional.

Otra población frente a la cual el derecho a la seguridad social y de salud debe ser tomado como fundamental es frente a los niños, ya que sus derechos son especialmente protegidos, por ello no puede utilizarse el argumento de derecho prestacional para desconocer la protección del mismo; es de recordar la sentencia de tutela 016 de 2007, cuyo magistrado ponente fue el doctor Humberto Sierra Porto, la cual es una sentencia hito dentro de esta línea jurisprudencial, en el cual se analizó el caso de una niña llamada Angie Katherine quien tiene 11 años de edad y tiene una protuberancia carnososa en su rostro la cual ha crecido con el tiempo y le genera molestias a la menor debido a su peso. Su madre la llevo a valoración médica, cuyo diagnóstico fue someter a la menor a una cirugía plástica para retirar las protuberancias a lo que su entidad medica Cosmitet L.T.DA. Se negó debido a que el P.O.S (Plan Obligatorio de Salud) no cubría operaciones estéticas, por lo que la madre de la menor interpuso una acción de tutela para la protección del derecho a la salud, a la vida e integridad física de su hija.

El juez denegó la tutela, las protuberancias que tenía la niña no comprometían ningún órgano, ni función de su cuerpo por ello la misma no era urgente y tampoco podía realizarse por no estar contemplada dentro del P.O.S ni en contrato celebrado con la entidad prestadora de estos servicios. Sin lugar a dudas una posición bastante sesgada y contradictoria de la constitución, ya que en reiteradas ocasiones la corte ha reafirmado la obligatoriedad de proteger el derecho a la salud y más en el caso de los menores. Frente al caso concreto la Corte ordena la realización del procedimiento a la menor y trae la fundamentalidad del derecho a la salud que a pesar de estar ubicado en el capítulo de derechos económicos, sociales y culturales es un derecho fundamental el cual requiere de unas erogaciones presupuestales para su ejecución pero que esto no debe ser tomado como pretexto para su no protección. En esta sentencia nacieron dos categorías conceptuales, una la categoría de derecho fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales y por

otro lado las vías que se pueden agotar para su efectivo cumplimiento. La primera categoría se hace exigible al Estado colombiano debido a los compromisos que adquirió al momento de firmar y ratificar tratados y pactos internacionales en materia de derechos humanos, por ello no debe distinguir entre derechos de primera o segunda generación al momento de brindarle protección, esto en relación con el principio de dignidad humana el cual es pilar de nuestro Estado social de derecho. Por ello cito el artículo 22 de la Convención Universal de derechos humanos en el cual se refiere a la garantía de los derechos DESC: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”*

El PIDESC también se refiere a ello diciendo: *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”*.

Los derechos económicos, sociales y culturales son indeterminados en el sentido que no se ha establecido cuales son las prestaciones necesarias para su satisfacción en las políticas que los regulan, esto ha sido tomado como pretexto para negar en muchas ocasiones la iusfundamentalidad de estos derechos en determinados casos concretos, respecto a esto la Corte a manifestado su absoluto desacuerdo.

Pasando a otro tema, la justiciabilidad del derecho a la seguridad social a través de la acción consagrada en el artículo 86 constitucional no es aceptada en primer orden, ya que este debe ser dirimido a través de la jurisdicción ordinaria laboral, sin embargo la Corte ha delimitado tres casos en los cuales esta procede y son las mismas eventualidades que sean planteado para los DESC en general es decir: transmutación de un derecho, conexidad con un derecho fundamental

y afectación del mínimo vital. Respecto a la conexidad, se emplea para la protección de un derecho que no siendo fundamental si no se le brinda una protección inmediata vulnera derechos fundamentales, como por ejemplo no atender a una persona enferma pone en riesgo su derecho a la vida, aquí quiero hacer la salvedad que por ser la jurisprudencia de 1992 a un no se había reconocido el carácter de fundamental del derecho a la salud, si no que apenas se aplicaba la conexidad para su tratamiento como fundamental.

Sin embargo, cuando el peticionario de dicha acción es una persona que ha sufrido disminuciones de orden físico, sensorial, síquico, según el artículo 47 constitucional estas deben recibir un trato privilegiado y la subsidiaridad de este mecanismo debe ser visto en un segundo plano ya que se trata entonces de derechos que están en cabeza de personas en estado de indefensión las cuales merecen un trato prioritario atendiendo al principio de igualdad real y material; ya que si se les obliga a someterse a un proceso ordinario se estaría vulnerando su dignidad humana teniendo en cuenta su situación de salud.

En el presente escenario constitucional, se tiene a la sentencia de Tutela, T-730 de 2012 como sentencia arquimédica de esta línea jurisprudencial cuyo magistrado fue el doctor Alexei Julio Estrada, en la cual la Corte habla sobre los derechos prestacionales y el derecho a la seguridad social. En esta sentencia se decidieron dos casos similares, dos jóvenes quien por separado interpusieron una acción de tutela por la violación del derecho a la salud y seguridad social, ya que ambos eran beneficiarios de la pensión de sobreviviente de sus padres la cual el Instituto de Seguros Social no está realizando los pagos en el primer caso porque el joven ya había terminado los estudios y había perdido la calidad de estudiante, y en el segundo caso porque el muchacho había cumplido la mayoría de edad y no estudiaba, olvidado que este sufría de epilepsia y tenía un retardo mental.

Frente al primer caso, el juez decide tutelar sus derechos y expresa que a pesar que el joven

termino académicamente sus estudios este no ha perdido su calidad de estudiante ya que para poder acceder a su título profesional de abogado debe realizar una monografía o la judicatura pues era estudiante de derecho. Esta decisión fue impugnada por ISS y en segunda instancia el superior la revoca por considerar que este no tiene la calidad de estudiante ya que para serlo debe estar matriculado en una entidad educativa y él no lo está, por otra parte no se consideran sus derechos vulnerados ya que él trabaja eventualmente como mesero y esto le genera ingresos para sostener su familia.

En el segundo caso, Luis Fernando quien padece retardo mental y sufre de epilepsia dejó de recibir sus mesadas por parte del Instituto de Seguros Social por haber cumplido la mayoría de edad, por ello su hermano envió una comunicación a la entidad para que motivaran su decisión, pero nunca respondieron; por ello interpuso una acción de tutela por la vulneración de los derechos de salud, seguridad social, mínimo vital, la cual fue aceptada pero lo por el derecho de petición no por los demás derechos que son de vital importancia para la vida de Luis Fernando.

Al realizar la revisión de ambas tutelas la Corte entra a detallar las condiciones de justiciabilidad del derecho de seguridad social, diciendo que el Estado colombiano tiene el compromiso de garantizar este derecho a los particulares tal como se comprometió al suscribir la Convención Americana de derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aquí entonces por medio de la figura de Bloque de Constitucionalidad todos estos instrumentos internacionales son aplicables al caso concreto, debido a que al estar firmados y ratificados por Colombia están al mismo nivel de la Carta Magna. Este derecho protege a las personas que se encuentran imposibilitadas mental o físicamente para obtener las condiciones adecuadas para llevar una vida digna; por ello a través de medidas legislativas y partidas presupuestales el Estado debe desarrollar este derecho irrenunciable ya que todos los derechos constitucionales son fundamen-

tales y no es válido negar su iusfundamentalidad por el hecho que se tengan que invertir unos rubros para el desarrollo de uno de ellos.

Dice la Corte en esta sentencia la T-730 de 2012, que la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cuál es el contenido prestacional constitucionalmente determinado. Pero si se crean las medidas legislativas que los regulen las personas si pueden acudir a la acción de tutela para su protección cuando se encuentren amenazados o hayan sido conculcados. Sin embargo, en caso que el Estado por un tiempo prolongado no haya desarrollado dichas medidas legislativas puede el juez a través de la tutela amparar estos derechos que por una omisión legislativa se encuentran en peligro o ya fueron conculcados y más tratándose de personas que tienen una especial protección constitucional como pueden ser los discapacitados, personas de la tercera edad, niños, mujeres en estado de embarazo etc.

Al fallar los casos la Corte resuelve revocar los fallos y tutelar los derechos de la salud, seguridad social de los jóvenes partes del caso, ya que estos demostraron una dependencia económica de sus padres fallecidos y que esa mesada pensional les garantizaba mínimamente una vida digna, por ello se ordena el pago de las mesadas a los accionantes.

En esta sentencia la Corte maneja sin inconvenientes la protección del derecho a la seguridad social a través de la acción de tutela, se ha decantado ya su iusfundamentalidad y no hay lugar a dudas sobre ello. Hay que destacar la posición que asume en algunos casos el juez de segunda instancia en el primer caso y el de primera instancia en el segundo, ya que no consideraba la vulneración de los derechos al mínimo vital, educación y otros derechos de los peticionarios. Actualmente la Corte Constitucional está manejando una tesis progresista frente a la protección de los DESC a través de la acción de tutela, la posición radical manejada anteriormente donde se decía “que los

únicos derechos que pueden ser protegidos a través de este mecanismo son los derechos fundamentales ha quedado superada.

Actualmente se tiene entonces que la Corte ha ampliado el ámbito de procedencia de la acción de tutela frente al derecho de seguridad social, y que ya no es mirado como un derecho de segunda generación que se debe justiciabilizar a través de la vía ordinaria, no quiere decir esto que ahora todos las controversias respecto a este deberán solucionarse por medio de esta acción constitucional, pero si debe analizarse el caso concreto y mirar si es procedente amparar el derecho o no.

Segundo Escenario: La justiciabilidad del Derecho a la vivienda digna a través de la Acción de Tutela

El derecho a la vivienda digna es otro escenario constitucional donde se ha logrado la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela como uno de las formas para exigir su efectividad, ya que mediante esta acción constitucional en múltiples casos que mencionaremos a continuación se ha logrado la exigencia directa de derechos de segunda generación, alguno por su conexidad con derechos fundamentales, otra por la transmutación de un derecho o por la vulneración del mínimo vital de las garantías constitucionales.

Este escenario empieza con la sentencia T 308 de 1993 como sentencia fundadora de línea cuyo magistrado ponente fue el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional en sus inicios da los primeros criterios de derechos fundamentales y al respecto dice que no todos los derechos son fundamentales y que por ello no son susceptibles de protección por vía de tutela los DESC, sin embargo derecho como el de la salud de los niños se le dada ese tratamiento cuando con su vulneración o amenaza se colocaran en riesgo derechos fundamentales de niños y niñas. Al referirnos propiamente al derecho a la vivienda digna, este no es un derecho fundamental por

ello no es susceptible de protección por vía de tutela siendo un DESC este derecho debe ser desarrollado progresivamente, sin embargo cuando ya el Estado ha garantizado este a través de una política pública por ejemplo adquiere fuerza normativa directa y la persona tiene derecho a exigir el cumplimiento de su derecho frente a una vulneración la cual bien podría hacerlo por medio de la tutela ya que se parte de la vulneración del núcleo esencial del derecho en cuestión, ya al estar en cabeza del asociado un derecho subjetivo es procedente justiciabilizarlo por medio de esta acción constitucional.

Los hechos motivadores de esta sentencia se basan en el caso del señor Javier González Sierra quien interpuso una acción de tutela contra el Batallón Sucre, ubicado en la ciudad de Chiquinquirá, Boyacá por violación de los derechos de la salud, integridad, vida digna, ambiente sano, y solicita que se traslade este batallón a un sitio despoblado y lejos de la urbanización la Esperanza de la cual él es residente. Los inconvenientes surgen ya que en este lugar se practica tiro al blanco y no hay un muro que separe los dos lugares y al estar tan cercanos pone en grave peligro la vida de su familia y la de los demás moradores de dicha urbanización.

El juzgado segundo Municipal de Chiquinquirá concedió la tutela y ordenó al Batallón tomar las medidas necesarias para minimizar el ruido que despliegan sus prácticas, y de no ser así clausuraría el lugar. El juez hizo una aclaración frente a los derechos protegidos por esta vía constitucional, que si bien el derecho a la vida es un derecho absoluto, este no comprende solamente el derecho a vivir si no vivir dignamente y este se extiende para proteger otros derechos como el de la salud y el ambiente sano que en principio son derechos prestacionales pero al estar relacionados con la vida en este caso concreto son amparados mediante de esta acción constitucional.

Afirma la Corte que si bien es cierto que el derecho a la vivienda digna es un derecho prestacional el cual no es en principio exigible de manera directa por medio de la tutela, cuando la persona entra a gozar de este derecho su contenido esencial debe ser protegido a través de dicha herramienta constitucional, como es el caso de los habitantes de la urbanización la Esperanza quienes fueron favorecidos con un plan de vivienda desarrollada por la administración del municipio.

Una población la cual ha sido bastante golpeada por la violencia y a la cual se le han vulnerado múltiples derechos dentro de los cuales se encuentra el de la vivienda digna es la población desplazada en Colombia; por ello el Estado colombiano tiene la obligación de restablecer el orden socioeconómico e implementar políticas públicas tendientes a la garantía y mejoramiento de los derechos de sus habitantes, en especial de la población desplazada por estar en condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta para garantizar el principio de igualdad real dentro de este Estado social de derecho.

En la sentencia consolidadora de línea **T-602 de 2003** la Corte Constitucional, indica criterios tendientes a la obligación de protección que tiene el Estado con esta población y reconoce el amparo de derechos económicos, sociales y culturales de una mujer y su familia, quienes fueron víctimas del conflicto armado, desplazamiento por lo cual a través de la acción de tutela piden el amparo y reconocimiento de su derecho al trabajo y a una vivienda digna.

Frente esta situación, la Corte ha definido el término de “vulnerabilidad” como *la población en situación de desplazamiento sufre un dramático proceso de empobrecimiento, pérdida de libertades, lesión de derechos sociales y carencia de participación política.*² Por ello se deben medir los índices de vulnerabilidad con el fin de adoptar las medidas idóneas para mitigar esta situación y contribuir con la estabilización

2 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

socioeconómica de la población en general, pero con mayor importancia de grupos vulnerables en general tales como: niños, personas con discapacidad, adultos mayores entre otros.

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de la población desplazada, existe el principio de restablecimiento, *el cual consiste en el mejoramiento de la calidad de vida de la población desplazada y, para lograrlo, las acciones del Estado, de la cooperación internacional y del sector privado, en desarrollo de alianzas estratégicas con el Estado, deben orientarse a contrarrestar los riesgos de empobrecimiento y exclusión social.*³ En aras de garantizar este principio constitucional de los desplazados internos, el Estado colombiano ha forjado muchos proyectos como por ejemplo el de “vivienda de interés social, para mitigar la carencia de vivienda digna de la población con prioridad para los desplazados, entre otros proyectos sociales que buscan el mismo fin, es decir contribuir al restablecimiento de esta población en condiciones de vulnerabilidad.

En los hechos concretos de esta sentencia, la Corte analiza el caso de una mujer de la tercera edad, cabeza de familia, desplazada por el conflicto armado, la cual fue forzada abandonar su casa en compañía de su hija y nietos, los cuales llegan a la ciudad y no tienen vivienda, trabajo ni las condiciones mínimas para tener una vida digna. Ella intenta acceder a los planes que el gobierno nacional tiene para la población desplazada en materia de vivienda y de empleo pero no lo logra conseguir debido a que las entidades en cargadas del desarrollo de estos solo le dan la información pertinente, pero no han prestado el debido acompañamiento para que la actora pueda acceder realmente a los beneficios, mientras tanto vive en condiciones muy precarias en compañía de sus familiares. Por ello decide instaurar una acción de tutela para que se ordene tanto a la Red de Solidaridad Social como al INURBE resolver en el

menor tiempo posible todo lo relativo a su acceso a un proyecto productivo y a la asignación en su favor de un subsidio de vivienda y realmente se restablezcan sus derechos.

El juez 51 Penal del Circuito de Bogotá denegó la tutela, basándose en que lo realizado por las entidades encargadas del desarrollo de esas políticas públicas habían actuado conforme a lo establecido en las normas y reglamentos que regulan el tema, y en el caso que estas actuaren de manera diferente frente al caso particular de la actora, se estaría generando una discriminación. Aquí la controversia gira en torno a que la accionante quiere que su hija la sustituya en los beneficios que ella debe recibir por ser desplazada, pero las entidades no lo permiten por es ella quien aparase inscrita en el registro de población desplazada, y si se permite esto se estaría contrariando el principio de legalidad ya que la normatividad indica que los beneficios los debe recibir es la persona inscrita en dicho registro. Sin embargo el juez ordenó a las entidades demandadas explicar por escrito paso por paso a la accionante todo lo pertinente para poder acceder a los servicios prestados por ellas.

Al respecto, la Corte ha dicho que:

*“todas las autoridades que diseñan y operan la política pública de atención al desplazamiento, en los diferentes tipos de intervención, tales como la provisión de subsidios de vivienda o la facilitación de condiciones de autosostenimiento, en el plano local y en el nivel de los nuevos diseños de la política, deben tener muy en cuenta los enfoques participativo y poblacional, así como el enfoque de derechos. Siendo necesario precisar que el enfoque poblacional es mutuamente complementario respecto del enfoque participativo, toda vez que aquel exige una especificidad en el ejercicio participativo que dé cuenta de las diferencias sustanciales conaturales a cada uno de los miembros del grupo poblacional atendido –niños y niñas, mujeres, personas de la tercera edad, grupos étnicos”*⁴

3 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

4 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

En el caso en cuestión, considera la Corte que el juez de instancia tuvo en consideración la situación especial de la actora, es decir al ser esta una mujer de avanzada edad, por ello solicito a las entidades que por escrito explicaran paso por paso todo los datos pertinentes para que la actora pudiera acceder a los servicios que ellas prestan. Respecto al registro único de población desplazada, tiene como único fin permitir que las personas en condición de desplazadas puedan acceder a todos los programas que el Gobierno Nacional ha diseñado para esto, mas no conferir a quien aparezca en el registro el Status de desplazado. Por ello no avala la corte la negativa frente a la petición de la accionante es darle la capacitación que ella debe recibir a su hija quien también es desplazada.

Por otro lado la población desplazada merece un trato diferencial debido a su situación de vulnerabilidad, así como velar por el restablecimiento de estos derechos por ser este un Estado Social de derecho en el cual se debe garantizar el mínimo vital a la población y más en una sociedad tan desigual como la colombiana. En esta sentencia en particular T-602 de 2003, la Corte reconoce la fuerza normativa de principios que integran el bloque de constitucionalidad, diciendo:

“Los Principios Rectores, pueden, entonces (i) ser normas relevantes para resolver casos específicos, y (ii) tener verdadero rango constitucional, si son preceptos que reiteran normas incluidas en tratados de derechos humanos o de derecho humanitario. El uso (i) denota que ciertos principios o algunos de sus párrafos hacen parte de lo que la Corte ha denominado bloque de constitucionalidad en sentido lato, mientras que el uso (ii) denota que algunos de entre ellos forman parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, ya que tienen jerarquía constitucional e, incluso, sirven de parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes. De manera que los derechos consagrados en la constitución colombiana deberán ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia cuyas disposiciones son recogidas o reiteradas en los principios, en particular según la interpretación que de ellos han

hecho los órganos autorizados para interpretarlos; y, adicionalmente, el intérprete deberá preferir la interpretación de principios y normas constitucionales, fundidas en un sólo corpus normativo, que sea más favorable al goce de los derechos de los desplazados”.

Mediante la ley 387 de 1997 se reglamenta la política pública tendiente a las viviendas para la población desplazada, se establecen las acciones y medidas que debe promover el Gobierno Nacional para generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras rurales o urbanas. “El comité del PIDES también se ha manifestado frente a la protección a la garantía del mínimo vital de los derechos económicos, sociales y culturales a un en tiempos de conflicto, dentro de los cuales se destaca que los desplazados tiene derecho a un nivel de vida adecuado.”⁵

Al resolver el caso la Corte afirma que hay una vulneración a los derechos de la actora, derecho al mínimo vital, vivienda digna, debido a que no cuenta con los niveles mínimos de sus derechos económicos, sociales y culturales así como tampoco se tuvo en cuenta su condición de persona de la tercera edad, por ello la corte revoca la sentencia proferida por el Juzgado 51 del Circuito de Bogotá, y ampara los derechos vulnerados a la actora y ordena a las entidades involucradas, primero si la actora decide retornar al campo que se gestione lo necesario para ello, o si bien prefiere quedarse en la ciudad que en un plazo de seis meses se le dé una solución de vivienda adecuada, así como también dentro del mismo término incluir a la actora y a su familia en un proyecto productivo integral, garantizar su derecho a los servicios a la salud, educación para la actora y su grupo familiar.

En el anterior caso como se pudo notar el juez de primera instancia no amparaba las peticiones de la accionante por considerar que si actuaba de manera diferente frente a este caso concreto estaría contrariando el derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta política,

5 La Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

frente a esta situación, en varias sentencias como por ejemplo la tutela **T-034 de 2004**, la cual es una sentencia reconceptualizadora de línea la Corte ha manifestado que no se puede hacer una aplicación ciega del artículo 13 constitucional, es decir no tener en cuenta condiciones diversas de la población y pretender tratar a desiguales como iguales:

“El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes.”

Esta sentencia en particular aborda toda la temática del derecho a la igualdad para la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, en el entendido que las decisiones del juez deben estar direccionadas con los lineamientos del derecho de igualdad siempre que las situaciones sean iguales, y aplicar un trato desigual proporcionales a las diferencias que existen; pero esto debe estar objetivamente justificado porque de no ser así sería vulnerado el derecho de igualdad.

Con la sentencia hito T-585 de 2006 se da el status de derecho fundamental al “derecho a una vivienda digna “en el caso de la población desplazada por la violencia; por tanto puede ser amparado a través de la acción de tutela. Así como también es obligación de las entidades que manejan las políticas públicas de desplazamiento asesorar de manera efectiva a esta población en todo lo pertinente para poder acceder a los bene-

ficios que el Gobierno nacional les brinda por su especial condición.

Se analizan ciertas situaciones de poblaciones vulnerables como por ejemplo la marginación de la población desplazada que es “la situación que sin ser elegida por el individuo, le impide acceder a aquellas garantías mínimas que le permiten la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales.⁶ Por esta y otras razones la población desplazada cuenta con una especial protección constitucional, y el Estado y sus entidades tienen la obligación de desarrollar planes estratégicos y políticas públicas tendientes al mejoramiento de las condiciones de vida digna de esta población, y el presupuesto destinado para ello tiene mayor prioridad que el gasto público social en general.

Al analizar la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda digna, a groso modo se puede decir que es un derecho Desc, que requiere de una prestación del Estado, pero al tener este relación directa con el principio de dignidad humana podría tomarse como derecho fundamental; frente a este último punto la Corte en sentencia **T-223 de 2003**, expreso que “un derecho es fundamental siempre que esté dirigido a lograr la dignidad humana y se traduce un derecho subjetivo.”⁷ Sin embargo no reconoce absoluta discrecionalidad al juez para decidir si un derecho es o no fundamental, pues este debe hacer un estudio y de precedentes, las leyes, tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y las interpretaciones de los mismos.

Para que el derecho a la vivienda digna puede ser tratado como derecho fundamental debe cumplir con los siguientes requisitos: se haya definido su contenido por vía normativa, es decir se expida una ley que lo regule, cuando su no satisfacción vulnere o ponga en grave peligro otros derechos de carácter fundamental, cuando se re-

6 Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>

7 Corte Constitucional. Sentencia T 223 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-223-03.htm>

clame su protección por injerencias arbitrarias de entidades estatales o particulares.

Una sentencia de vital importancia para la justiciabilidad de los DESC por medio de la acción de tutela, sentencia dominante de la línea T- 585 de 2008, en la cual la Corte afirma que la Corte afirma que no le está permitido al juez de tutela negar el amparo a un derecho prestacional por el simple hecho de su naturaleza ni tampoco recurrir a la conexidad para negar la posibilidad del amparo; por el contrario debe el juez analizar si lo que se pretende amparar pertenece a la faceta de defensa o prestacional del derecho y si se busca la efectividad de un derecho subjetivo cuya protección constitucional sea necesaria debido a las condiciones de debilidad manifiesta en la que se encuentre su titular.

En esta jurisprudencia se aborda el derecho a la vivienda digna, el cual en múltiples ocasiones se le negó su iusfundamentalidad debido a que es un derecho prestacional el cual debe ser desarrollado progresivamente por el Estado teniendo en cuenta las condiciones presupuestales y legislativas disponibles en cada momento. Esta misma suerte la tuvieron derechos como: al trabajo, salud, educación, seguridad social, a los cuales en principio se les clasificaba como derechos asistenciales de los cuales no se podían derivar derechos subjetivos.

Luego llevó el concepto de la conexidad, lo cual le permitió al juez de tutela amparar por vía de tutela los derechos de segunda generación en los casos en que estos estuvieran en conexidad con derechos fundamentales. Pero luego esa interpretación se quedó corta, y en aras del principio de igualdad real se empieza a ampliar el criterio de aplicación de la tutela a los derechos económicos, sociales y culturales, y ahora además se tiene en cuenta la afectación al mínimo vital y condición de debilidad manifiesta de las personas que accionen la protección de sus derechos prestacio-

nales a través de la acción de tutela, ejemplo de lo anterior es la protección que se le ha dado al derecho a la salud de personas que por sus escasos recursos económicos se les ha amparado su derecho a través de esta acción constitucional aun cuando su afectación no perjudique derechos fundamentales por estar estas personas en condiciones de debilidad manifiesta y el juez carga al presupuesto del Estado la prestación concedida.

Pasamos entonces a la sentencia arquimédica de este escenario constitucional para la justiciabilidad de los DESC por medio de la tutela, sentencia T-530 de 2011, en que la Corte Constitucional mantiene una postura bastante alejada de la que inicialmente adoptó frente a la justiciabilidad de los DESC a través de la acción de tutela por considerar que estos no eran derechos fundamentales debido a su carácter prestacional.

En ese orden de ideas ya no le es permitido al juez constitucional negar el amparo a un DESC por ser este un derecho prestacional no fundamental ni alegar la conexidad para negar la admisibilidad del amparo.⁸

Conclusión

Analizando los resultados de la línea jurisprudencial realizada acerca de las condiciones de justiciabilidad de los DESC en Colombia se puede decir que en principio no era permitido proteger un DESC por vía de tutela, ya que en la interpretación normativa era muy cerrada y esta solamente era permitida para la protección directa de derechos fundamentales, sin embargo con las primeras sentencias de la Corte Constitucional se empieza a ampliar el panorama y se permite que excepcionalmente esta proceda como mecanismo para justiciar un Derecho Económico, Social y Cultural. Respecto a lo anterior al realizar un estudio jurisprudencial de algunas sentencias de la Corte Constitucional, se identificaron dos escenarios constitucionales tendientes

8 Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-530 de 2011. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-530-11.htm>

a la exigibilidad de los DESC por vía de tutela y son el derecho a la seguridad social y el derecho a la vivienda digna.

El primero la Corte decanta ciertas posturas sobre estos derechos, algunas no tan proteccionistas pero la mayoría avalan la postura de proteger estos derechos excepcionalmente con la acción de tutela siempre que se vea en peligro ciertos derechos fundamentales, a través de las mismas se logró el reconocimiento de la iusfundamentalidad del derecho a la salud, el cual en principio no era tutelable por ser un derecho prestacional pero con el desarrollo jurisprudencial de la Corte se tomó su relación directa con la vida y la dignidad humana y por consiguiente su protección por vía de tutela.

Cuando el peticionario de dicha acción sea una persona que ha sufrido disminuciones de orden físico, sensorial, síquico, según el artículo 47 constitucional estas deben recibir un trato privilegiado y la subsidiaridad de este mecanismo debe ser visto en un segundo plano ya que se trata entonces de derechos que están en cabeza de personas en estado de indefensión las cuales merecen un trato prioritario atendiendo al principio de igualdad real y material; ya que si se les obliga a someterse a un proceso ordinario se estaría vulnerando su dignidad humana teniendo en cuenta su situación de salud.

El Estado colombiano tiene el compromiso de garantizar el derecho a la salud de los particulares tal como se comprometió al suscribir la Convención Americana de derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Este derecho protege a las personas que se encuentran imposibilitadas mental o físicamente para obtener las condiciones adecuadas para llevar una vida digna; por ello a través de medidas legislativas y partidas presupuestales el Estado debe desarrollar este derecho irrenunciable ya que todos los derechos constitucionales son fundamentales y no es válido negar su iusfundamentalidad por el hecho que se tengan que invertir unos rubros para el desarrollo de uno de ellos. Por otra parte, es menester recordar

que otro de los casos planteados por la corte para que un derecho Desc pueda ser justiciabilizado por medio de una acción de tutela es cuando este se encuentre como derecho subjetivo en cabeza de un asociado.

Pasando al derecho de vivienda digna, la Corte ha realizado una clasificación de ciertos integrantes de la sociedad que merecen una protección especial por parte del Estado, y son las personas en condiciones de vulnerabilidad, como lo son los desplazados, mujeres en estado de embarazo, niños y ancianos; respecto a los derechos económicos, sociales y culturales de la población desplazada, existe el principio de restablecimiento, por ello se debe buscar el mejoramiento de las condiciones de vida de dicha población en estado de vulnerabilidad, tomando medidas idóneas por las entidades estatales encargadas de ello, y la comunidad en general para tratar de minimizar las brechas de la desigualdad social. En aras de garantizar el principio constitucional de los desplazados internos, el Estado colombiano ha forjado muchos proyectos como por ejemplo el de “vivienda de interés social, para mitigar la carencia de vivienda digna de la población con prioridad para los desplazados, entre otros proyectos sociales que buscan el mismo fin, es decir contribuir al restablecimiento de esta población en condiciones de vulnerabilidad.

Aunque por regla general del derecho a la vivienda digna no es un derecho fundamental si no prestacional, si está en cabeza de una persona en estado de vulnerabilidad la cual ha tenido el derecho, este puede ser tutelado por acción de tutela, porque de no ser así se estaría vulnerando el núcleo esencial de su derecho.

Actualmente en Colombia se sigue manejando la regla general que los DESC no son derechos fundamentales si no excepcionalmente fundamentales y que de igual manera se pueden justiciar por medio de la tutela, pero la Corte ha ampliado el escenario y las posibilidades para que esto ocurra, ya que la tesis de la ubicación de los derechos en la constitución para definir la fundamentalidad

de un derecho ha sido superada, de igual manera existen ciertos integrantes de la población los cuales por sus condiciones de vulnerabilidad merecen una protección directa de sus derechos como lo son los desplazados, niños, ancianos, mujeres en estado de embarazo los cuales gozan de una protección especial constitucional.

Colombia ha ido avanzando poco a poco en sus compromisos de progresividad respecto a los DESC, no obstante es necesario que esta posición permea otras instancias, específicamente el poder legislativo y ejecutivo, de manera que las normas y las Políticas Públicas sean mucho más acorde con el principio de progresividad.

Referencias Bibliográficas

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T -205 de 1997. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-205-97.htm>

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-602 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-602-03.htm>

La Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-034 de 2004. Recuperado en: http://camacol.co/sites/default/files/base_datos_juridico/SENTENCIA_CORTECONSTITUCIONAL_NACION_T_0034_2004.pdf

Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-585-06.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 223 de 2003. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-223-03.htm>

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T-530 de 2011. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-530-11.htm>

Corte Constitucional. Sentencia de tutela T 402 DE 1992. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-402-92.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 417 de 1997. Recuperado en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-417_1997.html

Corte Constitucional. Sentencia T 102 de 1998. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-102-98.htm>

Corte Constitucional. Sentencia SU 623 de 2001. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/su623-01.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 712 de 2012. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-730-12.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T 308 de 1993. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-308-93.Corte%20Constitucional.%20Sentenciahtm>

Corte Constitucional. Sentencia T 585 de 2008. Recuperado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-585 -08.htm>

La laboralización de los internos como expresión intrínseca de la dignidad humana y su función resocializadora*

Roberto Carlos Castelló Flórez
Rubén Darío Galván Meléndez
Anelys García Arrieta
Lía Raquel Martínez Paternina

Recibido: abril 13 de 2015
Aprobado: mayo 13 de 2015

“..No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se repunte como cosa (...) éste descubrimiento es el secreto mágico que cambia los ciudadanos en animales de servicio; que en mano del fuerte es la cadena que liga las acciones de los incautos y los desvalidos. Este es la razón por la que en algunos gobiernos que tienen toda la apariencia de libertad está la tiranía escondida o se introduce en cualquier ángulos desde el legislador..”

CESARE BECCARIA

Resumen

El presente artículo analiza de manera coherente y sistemática los elementos jurídicos relevantes que permiten construir un verdadero sistema penitenciario y carcelario laboralizado, cuyo núcleo esencial es la Dignidad Humana como garantía inherente de las personas privadas de la libertad. La *laboralización, la dignidad y el sistema penitenciario* se instituyen –desde una perspectiva jurídica– como criterios principales para lograr la real efectividad de lo que hoy denominamos *trabajo digno penitenciario*. El campo de interés está centrado en la manera en cómo la Laboralización puede representar la herramienta maestra a través de la cual se logre obtener la resocialización de los internos y consecuentemente, la dignidad de su persona. Para tales efectos, los autores atienden a pronunciamientos jurisprudenciales, doctrinales y legales especialmente los derivados de la nueva ley 1709 de 2014. La metodología utilizada comprende un objeto jurídico, un tipo de investigación documental y un método inductivo de investigación.

Palabras claves: Laboralización, internos, dignidad humana, resocialización, sistema penitenciario y carcelario.

* Semillero Paradigmas del Derecho

The laborization of internal as an intrinsic expression of human dignity and its resocializing function

Abstract

This article analyzes in a consistent and systematic manner the relevant legal elements for building a true labourization prison system, whose core is the essential human dignity as inherent security of persons deprived of liberty. The labourization, dignity and corrections are instituted from a legal perspective as the main criteria to achieve real effectiveness of what we now call prison decent job. The area of interest is centered on the way how the teacher can represent labourization tool through which it succeeds in obtaining the prisoners to society and consequentially, the dignity of his person. To that end, we care for jurisprudential and legal doctrinal pronouncements especially under statute 1709 2014. The methodology comprises a socio-legal object, a kind of mixed research and an inductive method for obtaining results.

Keywords: Labourization, internal, human dignity, social rehabilitation, prison system.

Introducción

Concebir desde la academia el término *Labo-ralización* como una actividad inherente a la Dignidad Humana de las personas privadas de la libertad cuya teleología se circunscribe a comportar la resocialización de los reclusos, es casi uno de los grandes retos dentro del orden jurídico colombiano. Y es que, hablar de la Dignidad Humana enmarcada dentro de un sistema con gran impacto en nuestra sociedad, como lo es el sistema penitenciario y carcelario, es desde luego uno de los aspectos con mayor relevancia para expirar el gran problema que invade el funcionamiento adecuado del Estado Social de Derecho, a lo que nosotros denominamos la plenaria interminable entre el tecnicismo de la norma y el pragmatismo que connota su teleología.

Hoy por hoy, Colombia atraviesa una de sus peores crisis carcelarias, la expedición de una norma que pretende redefinir el sistema y lograr el mayor grado de efectividad respecto de aquellas disposiciones que para efectos de comparación solo alcanzaron mantenerse incólume dentro de la perspectiva teórica sin reflejar resultados tangibles. Esto es, sin materializar el proceso que genera el producto de la interacción entre el Derecho sustancial y la realidad social.

Es por ello, que existe la imperiosa necesidad de tomar el control respecto a una problemática que atañe a todos y que solo puede ser calificada como *efectiva* cuando el “*hombre pierda la ilusión de que se puede obtener por fuerza la justicia en este mundo*” (Carnelutti, 1989. p. 149).

Teniendo como fundamento lo mencionado con antelación, el presente artículo es un documento que pretende desarrollar un tema supremamente relevante en la actualidad y muy poco desarrollado desde lo académico. El objetivo principal obedece a analizar el alcance, la imperatividad y la efectividad de la laboralización de los internos como expresión intrínseca de la dignidad

humana instituida como factor de resocialización como fin de la pena. Para ello, realizaremos un estudio abreviado respecto a lo que comporta las nociones básicas de la dignidad humana de los internos, el derecho al trabajo de los mismos, la relación ineludible entre el trabajo y la dignidad –trabajo digno de los internos- y finalmente criterios que permitan explorar sobre la efectividad de la dignidad en los centros penitenciarios y carcelarios.

El diseño metodológico utilizado comprende un objeto jurídico, en efecto, se pretende analizar un asunto que inmiscuye el derecho como ciencia y sus fuentes. El tipo de investigación es Documental, como quiera que, en la utilización de bibliografías se otorgó prelación a aspectos meramente dogmáticos. El método de investigación es inductivo, toda vez, que debemos estudiar un aspecto desde su generalidad con la teleología de expresar formalmente conclusiones particulares.

I. Nociones de la dignidad humana de las personas privadas de la libertad

La Dignidad Humana como expresión intrínseca del hombre

Desde los antecedentes históricos que germinan la concepción de la Dignidad Humana hasta aquellos que han logrado absolver su redefinición, la Dignidad ha sido reconocida como garantía *intrínseca*¹ de la persona. Y es que, si no existiera al menos un precepto que propugnara por el respeto de este pilar fundamental, el mundo actual estuviera inmerso en una especie de *mega crisis* humanitaria que pondría en riesgo inminente la vida del hombre.

Empero, el proceso por lograr el bienestar social y la justicia mundial, hoy por hoy se han constituido como un nuevo horizonte –de perspectivas radicales y sostenibles– frente a las

1 Para efectos de búsqueda externa, consultar el texto *De la Dignidad Humana y de los Derechos Humanos* del autor Ilva Myrian Hoyos Castañeda (2005). Pág. 78.

conspiraciones de carácter general. Es por ello, que actualmente podemos hacer referencia a un sin número de garantías humanas, fundamentales y constitucionales inherentes al hombre, máxime cuando existen instrumentos nacionales e internacionales que permiten su teorización y posible materialización y efectividad.

La dignidad humana ha sido reconocida nacional e internacionalmente por medio de aquello que se instituye en nuestro constitucionalismo colombiano como *bloque de constitucionalidad*, definido como la extensión normativa que comportan los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Es así, como el ordenamiento jurídico crea un fenómeno de invención constitucional que pone en funcionamiento la ejecución de los Derechos Humanos.

Los Instrumentos internacionales y textos jurídicos positivos ingleses, fueron los primeros documentos encargados de regular y establecer la importancia suprafundamental de la persona en el mundo. Sin embargo, no era suficiente el solo hecho de proclamar la relevancia del hombre dentro de un estado de indefensión, vulnerabilidad y ostensible transgresión de su persona. Es por lo anterior que nace la imperiosa necesidad de expedir declaraciones o convenciones que instituyeran el sentido específico e independiente de los Derechos Humanos, constituyéndose como antecedente imborrable de la memoria demiúrgica del *Homo*.

Desde entonces, la dignidad humana se concibe como fundamento *intrínseco* del hombre. En efecto, pertenece a la esfera íntima y esencial de la persona humana, lo que constituye un pilar vital para el funcionamiento adecuado de la sociedad y el mantenimiento de la misma, toda vez, que se proclama como *pieza angular* de los Derechos humanos.

Concepto de Dignidad Humana

El término Dignidad proviene del latín *dignitas* -*ātis* que significa cualidad de digno o merecedor. El diccionario de la Real Academia Española lo define como “*la cualidad de digno, excelencia, realce*”. Por su parte, la palabra Humano proviene del latín *humānus* que significa para la Real Academia Española lo “*perteneciente o relativo al hombre*”.

Unificando criterios, la Dignidad Humana es la cualidad especial que categoriza al hombre como ser digno, excelente o simplemente un ser aristotélicamente virtuoso.

En términos propiamente jurídicos, la Dignidad Humana es definida como un derecho humano, fundamental y constitucional, un valor y principio del ordenamiento jurídico, concebido como el fundamento de los derechos humanos y más polémicamente desarrollada como fundamento de la universalidad de los Derechos Humanos. (Meyer, 1992. p. 27). Es una garantía absoluta de la persona humana, toda vez que es un derecho universal, inherente, irrenunciable, inalienable y obligatorio. Es un Derecho cuya regulación pertenece a las normas de *Ius cogens*², esto es, “*normas imperativas del derecho internacional general, reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados, como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una disposición ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter*”. (Monroy, 2002. p. 99)

En este mismo sentido, señala el doctrinante Carlos Villán Duran con cita expresa del artículo 57 de los dos convenios de Viena sobre los derechos de los tratados: “*Las normas del ius cogens constituyen un núcleo duro, inderogable bajo cualquier circunstancia o excepción. Protegidas por normas imperativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que generan para los Estados obligaciones erga omnes*”. (Villán, 2002. p. 91)

2 Respecto al término *Ius Cogens*, el doctrinante Marco Gerardo Monroy Cabra en su libro *Manual de Derecho Internacional Público* (2002), establece que las normas del *ius cogens* hacen relación al objeto lícito, al orden público internacional y son principios aceptados por la comunidad internacional en su conjunto. Así las cosas, será nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional. Son normas del *ius cogens* las normas de derechos humanos, derecho internacional humanitario, prohibición del uso de la fuerza, cumplimiento de los tratados internacionales, principio de buena fe etc. Pág. 99

Millán Puelles concibe la dignidad humana como:

“La dignidad de la persona es una redundancia intencionada cuyo fin estriba en subrayar la especial importancia de un cierto tipo de entes, sin embargo, es conveniente hacer uso de esta expresión para manifestar que la persona humana está llamada a ser más perfecta”. (Millán, 1948. p. 457)

La Dignidad Humana garantizada a los Reclusos

El elemento central de la relación entre el Estado y las personas privadas de la libertad se concibe en el respeto por la Dignidad Humana. Y desde luego, lo anterior se encuentra demostrado en la Ley 1709 de 2014 por medio de la cual se modifica el sistema penitenciario y carcelario de Colombia, donde en su artículo 4 prescribe “en los establecimientos de reclusión prevalecerá el **respeto a la dignidad humana**, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral (...)”.

De lo anterior se infiere razonablemente y sin lugar a expresar duda alguna. Primero, la relevancia que comporta la dignidad humana de los internos desde un contexto legal; Segundo, la prelación que inmiscuye su proyección carcelaria a nivel nacional y tercero, por supuesto la axiomática y culminante relación de esta garantía con los demás derechos constitucionales de los reclusos, en efecto, el Estado Social de Derecho en el que hoy descansa nuestro sistema se encuentra instituido principalmente por el respeto a la dignidad humana.

Manifestamos –desde una perspectiva personal– los tres aspectos antes referenciados, debido a la transcendencia que connota una garantía que logró deslumbrar victoriosa de las cenizas de la segunda guerra mundial, para imponerse como un verdadero pilar del hombre en su integridad. Es por ello que, desde el ámbito penitenciario han existido intentos cuya teleología enmarcan

la redefinición de la dignidad humana de los reclusos, logrando una relación ineludible entre la Dignidad y las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

La Honorable Corte Constitucional –máximo tribunal de la jurisdicción constitucional– por medio de la sentencia T – 126 de 2009, establece que los derechos de los reclusos, entre ellos la dignidad, deben ser garantizados atendiendo a unas reglas mínimas de tratamiento carcelario adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobado por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Las cuales son:

1. El derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos.
2. El derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana.
3. El derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal.
4. El derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas.
5. El derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable suficientes y adecuadas.

Así pues, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha añadido a la anterior enumeración de los mínimos a satisfacer por los Estados, ocho nuevas reglas, las cuales son:

1. La adecuada iluminación y ventilación del sitio de reclusión.
2. La provisión de los implementos necesarios para el debido aseo personal de los presos.
3. El derecho de los reclusos a practicar, cuando ello sea posible, un ejercicio diariamente al aire libre.

4. El derecho de los reclusos a ser examinados por médicos a su ingreso al establecimiento y cuando así se requiera.
5. El derecho de los reclusos a recibir atención médica constante y diligente.
6. La prohibición de las penas corporales y demás penas crueles, inhumanas o degradantes.
7. El derecho de los reclusos a acceder a material de lectura.
8. Los derechos religiosos de los reclusos.

Nuestro criterio

Atendiendo al pronunciamiento jurisprudencial expresado por la Corte Constitucional respecto a la Dignidad Humana entendida y garantizada por medio de las reglas mínimas de los reclusos. Consideramos que efectivamente la dignidad carcelaria no puede ser comprendida desde una interpretación gramatical o exegética de su terminología particular, debido a las características que implican su universalidad y coexistencia armónica.

La Universalidad, expresada en dos sentidos, el primero como un Derecho de los internos que debe ser aplicado en su integralidad. Su ejecución es de obligatorio cumplimiento y su aplicabilidad debe estar reflejada en el sistema universal de derechos humanos. Y el segundo, como un Derecho que se debe garantizar a todas las personas sin distinción alguna que afecte su igualdad.

En términos generales, la dignidad humana de los internos es un derecho *erga omnes* o como lo refiere Pablo Manilli en su obra *Manual Interamericano de Derechos Humanos*: “Un derecho con universalidad uniforme que rige para todo el mundo y del mismo modo”. (Manilli, 2012. p. 11)

Por último, *la Coexistencia*, porque es un derecho que existe y a la vez se relaciona con otros, en efecto, es una garantía que armoniza todo el sistema, ya que se encuentra relacionada con todos los derechos del ser humano sin lugar a contradicciones.

II. Nociones del derecho al trabajo como función resocializadora de la pena

Tradicionalmente, se ha concebido el derecho del trabajo como aquel conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre el empleador y el trabajador, por un lado para una mejor efectivización de la producción industrial y por otro, para la satisfacción de una necesidad en la prestación del servicio. Pues bien, el derecho al trabajo en términos generales, implica una relación armónica entre los sujetos de la relación laboral, que en un principio son empleador y trabajador, entre los cuales deben existir los tres elementos esenciales para que se configure la relación laboral, los cuales son actividad personal, subordinación y remuneración.

“*El trabajo es un valor del ser humano, del individuo, con la característica de ser un valor fundamental*”. (López Fajardo, 2010. p. 2). En ese sentido, todas las personas por el simple hecho de ser tal, ostentan la disposición de derechos fundamentales como lo es el trabajo, para el buen ejercicio y desenvolvimiento de su vida en sociedad.

Según Eugenio Pérez Botija, el derecho al trabajo como punto de referencia del ser humano, refleja las tres dimensiones a través de las cuales se proyectan los principios básicos de la constitución de un pueblo, “*a) Una dimensión político-jurídica b) una dimensión político-económica c) una dimensión político social*”. (Pérez, 1960. p. 70).

Lo anterior denota la incidencia política y jurídica que connota el derecho al trabajo penitenciario en la evolución y desarrollo de la sociedad y del derecho mismo. Sobre el particular, valga tener de presente no solo la significación a nivel nacional, sino también aquella que comporta una extensión en América Latina y el Caribe, máxime cuando se trata de una garantía que guarda íntima relación con los objetivos trazados para el milenio en congruencia con el desarrollo de la economía.

Es aceptado –para los fines de este cometido– manifestar que, de los ocho (8) objetivos de

desarrollo del milenio y las dieciocho (18) metas conjuntas creadas por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, solo uno de ellos propone alcanzar de manera eficiente y radical un *trabajo decente* para todas las personas. Al respecto, el objetivo número uno (1) establece lo siguiente: “Erradicar la pobreza extrema y el hambre”, para lo cual en su meta 1.B se prescribe: “Alcanzar empleo pleno y productivo, y **trabajo decente para todos**, incluyendo mujeres y jóvenes”.

Así las cosas, la anterior determinación nos merece dos comentarios. El primero, de interpretación teleológica. El segundo, de interpretación gramatical. Con relación al primero, se debe considerar que el objetivo No. 1 de desarrollo del milenio concibe el derecho al trabajo (desde su finalidad) como una garantía internacional instituida como el mecanismo pertinente, conducente y útil para lograr, de forma sostenible y duradera, la estabilidad financiera, las condiciones económicas básicas, la calidad de vida adecuada, la dignidad humana integral y desde luego, el progreso tanto laboral como personal del hombre en el mundo; permitiendo de esta manera, acabar con la pobreza extrema y el hambre invade la sociedad. Con relación al segundo, si realizáramos una interpretación gramatical o exegética del objetivo y su meta conjunta, más aun cuando manifiesta la expresión “*trabajo decente para todos*”, sin lugar a dudas deduciríamos que el derecho al trabajo pleno y productivo debe ser observado desde los lentes de la generalidad, toda vez que es un derecho que produce efectos *erga omnes*³, esto es, una garantía que debe aplicarse para todas las personas, sin distinción o excepción alguna a sexo, nacionalidad, cultura, estirpe o condición.

Es en el argumento anterior, donde encuentra total fundamentación y validez el denominado *derecho al trabajo penitenciario*. En ese orden de ideas,

son muchos los sectores que permean el derecho del trabajo y que debido a los debates actuales de la humanidad se han visto criticado y dimensionado por los doctrinantes. Un tema que ha generado trascendental importancia es el relativo al *Derecho laboral como pilar fundamental de la función resocializadora*, es un aspecto de amplia regulación pero de poca ejecución por parte de las autoridades estatales que le concierne dicha función.

En el ámbito del Derecho internacional, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 10.3 establece: “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados*”. Por consiguiente, Se han trazado unas líneas verticales que buscan como primera medida, que la función de la resocialización tenga efectos positivos en la readaptación del individuo en sociedad y debe ser el Estado quien a través de una buena política criminal logre el cumplimiento de esos objetivos.

Colombia es un Estado Social de Derecho, soportado en un principio supra fundamental como lo es la dignidad humana; el hecho de que un individuo por distintos factores haya cometido un delito y en consecuencia se le imponga una pena, no implica dicha facultad exorbitante del Estado a través de sus autoridades, una restricción irracional de los demás derechos fundamentales de ese individuo. Al respecto la Corte constitucional ha expresado lo siguiente:

“La condición de persona privada de la libertad como consecuencia de una sanción penal, sin importar el delito cometido, no acarrea la pérdida de la dignidad humana, aun cuando determinados bienes jurídicos le sean suspendidos y otros limitados. Esto se relaciona directamente con la proporcionalidad de la pena, que a la vez se encuentra delimitada por los fines resocializadores del castigo”. (Sentencia C - 865/12).

3 El término *Erga Omnes* significa –desde el punto de vista jurídico– frente a todos ó con respecto a todos. Para efectos de profundizar sobre su contenido y alcance de esta expresión, documentos como “*el concepto de obligación erga omnes, Ius cogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos*” Escrito por Alicia Cebada Romero en el año 2002. Y “*Normas del ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos*” Escrito por José Acosta Estévez.

En tal sentido, puede el trabajo penitenciario por sus particularidades teleológicas, significar una conversión y readaptación positiva del individuo, para cuando en fechas futuras quede en libertad, en razón del cumplimiento a cabalidad del eje central en la resocialización. La Corte en la Sentencia C - 009 de 1993 precisó lo siguiente:

“Las garantías laborales consagradas en la Constitución protegen también al preso, quien no pierde su carácter de sujeto activo de derechos y deberes por el hecho de encontrarse privado de la libertad. Si las normas laborales son aplicables a los reclusos con las limitaciones del régimen carcelario, con mayor razón deben serlo las disposiciones constitucionales.

Igualmente en esta sentencia, la Corte ha señalado que:

“La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección”.

Por otro lado, el Estado Colombiano a través de sus autoridades competentes deben propender por crear estrategias jurídicas para el cumplimiento ineludible e inexorable del trabajo penitenciario como función resocializadora, con respecto a esto, El Título VII de la Ley 65 de 1993 regula, específicamente, lo referente al trabajo carcelario y determina en el artículo 79 que *“el trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización.* Luego entonces, se reafirma la tesis de la relevancia jurídica que tiene el trabajo penitenciario como pilar fundamental de la resocialización y que en armonía con otros ejes como el de la educación y la enseñanza puede reflejar una verdadera y certera readaptación del individuo, materializando así los postulados de los fines de la pena.

Lo anterior permite inferir que en un Estado Constitucional, Democrático, protector de derechos fundamentales, *“el propósito fundamental no*

puede ser el de vengar con la pena la acción cometida por el recluso” (Sentencia C-1325/05), sino más bien, como se ha manifestado en reiteradas jurisprudencias constitucionales, se debe buscar la no reincidencia del individuo en el delito, es más una política criminal de prevención que de sanción.

Entre tanto, la actividad laboral desempeñada por los reclusos se desarrolla dentro del marco de la situación especial de sujeción y subordinación en la que se encuentran, de ahí que en principio, los vínculos que surgen como consecuencia de las labores prestadas por los internos no pueden equipararse a aquellos que se derivan de una relación laboral en el sentido estricto del término. Por consiguiente, sin descartar las posibilidades de diversas formas de relación laboral y, por lo tanto, de remuneración, el trabajo carcelario cumple un objetivo primordial de resocialización de los reclusos. Es decir, se sobre entiende que el trabajo penitenciario no es una relación laboral neta, como quiera que, en principio no concurren los tres (3) elementos fundamentales de la misma, no obstante, sirve de sustento en el interno para redimir su pena o en su defecto indemnizar a la víctimas de la comisión de su delito.

El artículo 82 del código penitenciario y carcelario establece, por lo demás, que:

“(…) A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad constatará en cualquier momento, el trabajo, la educación y la enseñanza que se estén llevando a cabo en los centros de reclusión de su jurisdicción y lo pondrá en conocimiento del director respectivo”

III. El aspecto sinalagmático de la dignidad humana y el derecho al trabajo: el trabajo digno de los internos

Para efectos de contextualizar al lector en lo que respecta a la tercera parte del presente artículo, se hace imperativo desde el contexto académico

concebir la relación sinalagmática existente entre la Dignidad Humana y el Derecho al trabajo –lo que quisimos denominar trabajo digno de los internos-. Como se había expresado en el fragmento inicial del presente documento, la dignidad humana se encuentra investida de coexistencia, toda vez, que es un derecho que existe y a la vez se relaciona con otros; es en esta característica natural donde se encuentra el fundamento teórico que forja la reciprocidad vinculante entre la dignidad y el trabajo.

Por consiguiente, basta pensar en la existencia axiomática de una garantía absoluta como la dignidad, para considerarla como aquella que ostenta el poder exclusivo de ser omnipresente entre de la generalidad de los derechos del hombre. Lo que al mismo tiempo, permite inferir razonablemente la generación de un bien jurídico que se instituye como la piedra angular del Estado Social de Derecho.

El trabajo digno materializado en los centros penitenciarios y carcelarios de Colombia como objeto de la presente investigación, obtiene su fundamento en dos lineamientos constitucionales y jurisprudenciales. El primero hace referencia al objeto concreto de protección del trabajo digno carcelario; y el segundo, al marco especial de sujeción del trabajo carcelario entre el Estado y los Reclusos.

Ahora bien, hasta el presente estadio de la investigación pregonamos la vinculación ineludible entre la dignidad de los internos y el derecho al trabajo que por ley corresponde operar. Sin embargo, resultaría menester realizar el siguiente interrogante, ¿Cómo podría ser digno un trabajo cuya praxis implica estar privado de la libertad?, y esta pregunta, es entre otras cosas aquella de donde emana pregonado el horizonte eminentemente seductor de la vertiginosa mente surrea-

lista de los investigadores. Para dar respuesta a ella debemos poner en funcionamiento los dos lineamientos constitucionales y jurisprudenciales antes referenciados.

1. El objeto concreto de protección

La Corte Constitucional mediante la sentencia CCT-881/02, establece que la Dignidad Humana debe ser entendida desde el objeto concreto de protección a través de tres dimensiones. “*el vivir bien, el vivir como se quiere y el vivir sin humillaciones*”. Adecuando el aspecto jurisprudencial al contexto del presente artículo, el trabajo realizado por un recluso privado de su libertad en un centro penitenciario o carcelario del país se constituye como *digno* en la medida en que aquel sea ejecutado conforme a los preceptos constitucionales y jurisprudenciales vigentes en el orden jurídico colombiano. Esto es, aquellos que obedecen a los posteriores componentes:

Primero. **El Trabajo desde la perspectiva del “*estar bien*”**: Este lineamiento determina que la labor realizada por una persona privada de la libertad será *digna*, cuando existan las condiciones materiales concretas de dignidad laboral. Esto es, el conjunto de circunstancias tangibles y meramente cuantitativas que permitirán al recluso la realización de un trabajo adecuado. Lo anterior surtirá efectos, mediante la dotación de herramientas, instrumentos, materias primas necesarias, locales aptos para trabajar, elementos de protección en contra de accidentes y enfermedades laborales que garanticen la seguridad y la salud, la inclusión de un sistema cuyo fin este encaminado a la prestación de los primeros auxilios en casos de emergencia⁴, la realización de capacitaciones internas que logren incentivar a la población carcelaria a la actividad laboral y por supuesto, a la resocialización como fin de la pena. Estas con-

4 Las condiciones concretas de dignidad laboral, así como la “*dotación de herramientas, instrumentos, materias primas necesarias, locales aptos para trabajar, elementos de protección en contra de accidentes y enfermedades laborales que garanticen la seguridad y la salud, la inclusión de un sistema cuyo fin este encaminado a la prestación de los primeros auxilios en casos de emergencia*”. Fueron obtenidas teniendo como base el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo Colombiano, en el cual se prescriben las obligaciones especiales del patrono.

diciones materiales concretas de dignidad laboral deben ser proporcionadas y periódicamente vigiladas por el Estado como organización social, política y jurídicamente asentada en el territorio a través del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Segundo. **El Trabajo desde la perspectiva del “estar como se quiere”**: Esta dimensión comprende que la labor realizada por una persona privada de la libertad será *digna*, cuando se emplea la autonomía del recluso la cual se determina según sus propias características. Consiste en la facultad humana de las personas privadas de la libertad en la toma de la decisión libre, voluntaria, autónoma e independiente, exenta de cualquier vicio que obstruya el consentimiento personal en la realización de un trabajo determinado en los centros penitenciarios y carcelarios. Determinar la forma en que se pretende efectuar un trabajo sin imposiciones establecidas por el Estado.

El Trabajo desde el ámbito del “*estar como se quiere*”, implica la “*capacidad de actuar y autodeterminarse sin que sea necesaria la autorización, el mandato o el ministerio de una tercera persona ajena a la situación*”. (De la vega, 1980. p. 20)

Finalmente, **El Trabajo desde la perspectiva del “vivir sin humillaciones”**. Para la Corte Constitucional, El “*vivir sin humillaciones*”, es entendido como la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, la integridad física y la integridad moral. Para tales efectos, señala La Corte:

“*La intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”*. (Sentencia C-881/02).

2. El marco especial de sujeción

La Corte Constitucional por medio de la Sentencia C- 126 /09, prescribe que las relaciones especiales de sujeción entre las autoridades

carcelarias y reclusas poseen implicaciones constitucionales. Estas implicaciones deben estar ajustadas a las disposiciones normativas vigentes en el ordenamiento jurídico.

Teniendo como fundamento lo establecido jurisprudencialmente, además del lineamiento relativo al *objeto concreto de protección*, el trabajo ejecutado por una persona privada de la libertad será *digno*, cuando dicha labor sea regulada por un marco especial de sujeción que según la Corte Constitucional comporta seis (6) elementos:

1. La subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado).
2. Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial. Esto es, (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales).
3. Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la Ley.
4. La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización).
5. Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado.
6. Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).

IV. Aspectos laborales de la ley 1709 de 2014: “hacia la efectividad del trabajo digno de los reclusos”

Desarrollar asuntos cuyas premisas fundamentales obedezcan al término de la efectividad, es uno de los grandes retos de la sociedad actual. Y es que, cuando hablamos sobre la efectividad indiscutiblemente estamos en presencia de una plenaria –en muchos casos interminable– entre el tecnicismo de la norma y el pragmatismo que implica su entrada en vigor o su vigencia en el orden jurídico.

Ahora bien, en lo que concierne a los aspectos laborales que instituye la Ley 1709 de 2014 –por medio la cual se modifican algunos artículos del código nacional penitenciario y carcelario– manifestamos de forma expresa la aceptación total respecto al concepto de efectividad proporcionado por el magistrado constitucional Humberto Sierra Porto en el trigésimo congreso colombiano de Derecho Procesal. En éste, adujo que “la efectividad es el producto de la interacción entre el derecho sustancial y la realidad social”.⁵ Sin embargo, actualmente figuran innumerables críticas acerca de la puesta en marcha de un nuevo sistema penitenciario y carcelario que desde luego se impone desde el ámbito institucional para lograr un fin considerablemente cuestionado y socialmente reprochado que comporta la garantía constitucional de la Dignidad Humana de los internos y como consecuencia de ello la efectividad de los derechos humanos y garantías fundamentales dentro de las cuales nos es objeto el derecho al trabajo digno

La expedición de la Ley 1709 de 2014 representa una de las disposiciones normativas con mayor relevancia a nivel nacional, entre otras cosas porque, además de modificar sustancialmente el sistema penitenciario y carcelario, introdujo garantías pertenecientes al *Ius cogens* del Dere-

cho Internacional y derechos personifican la base donde se encuentra cimentado el Estado Social de Derecho.

Empero, en el desarrollo del presente documento solo haremos referencia a los criterios laborales que de alguna manera pretenden dar efectividad al trabajo digno de las personas privadas de la libertad.

El trabajo penitenciario

El artículo 55 de la Ley 1709 de 2014 establece que el trabajo penitenciario es un derecho y una obligación social que goza en todas sus modalidades de la protección especial del Estado. Todas las personas privadas de la libertad tendrán derecho al trabajo en condiciones donde se materialice dignidad y justicia. Este trabajo se constituye como medio terapéutico con la teleología de cumplir con la resocialización como fin de la pena. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Estará organizado atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Y finalmente a *grosso modo* la función de coordinación será desarrollada por el gobierno nacional.

De lo anterior se infiere varios lineamientos de conveniencia académica. El primero, posee una esencia eminentemente constitucional en virtud del artículo 25 superior que prescribe la naturaleza mixta del trabajo, esto es, la esencia garantista que concibe el trabajo como un derecho humano y la esencia imperativa que concibe el trabajo como una obligación o un mandato que configura la ecuación procesal de ser un imperativo hipotético. El segundo, hace referencia a la universalidad del trabajo desde su paradigma garantista el cual supone un cumplimiento *erga omnes* de fundamentos suficientes enmarcados en la multiplicidad funcional

5 El concepto del término “efectividad” fue manifestado por el conferencista Humberto Sierra Porto en su intervención denominada “proceso y seguridad jurídica” en el Trigésimo Congreso Colombiano de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Cartagena de Indias.

de los valores, principios y derechos. El tercero, denota el carácter finalista del trabajo penitenciario, para sus efectos, describe la actividad laboral como mecanismo terapéutico, toda vez, que pretende iniciar un proceso de tratamiento del interno reflejado en sus actitudes humanas para la sociedad, logrando en gran magnitud la ejecución de la resocialización como objetivo de la pena tal como implanta el artículo 4 del código penal. El cuarto, aduce a la libre determinación de los internos respecto a la escogencia del trabajo penitenciario en disponibilidad y su realización en condiciones de dignidad humana, atendiendo a los fundamentos expuestos en la parte tercera del presente escrito, que observan el objeto concreto de protección y el marco de especial sujeción. Por *último*, el quinto lineamiento para regular el elemento funcional que cumple el Estado por medio del ministerio de justicia con la prerrogativa de incentivar a la integración y participación en las actividades laborales.

Evaluación y certificación del trabajo

Otro de los aspectos relevantes de la Ley es la evaluación y certificación del trabajo. El artículo 56 de la Ley 1709 de 2014 establece que las actividades laborales realizadas por las personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios y carcelarios del país surtirán dos procedimientos compatibles y no excluyentes:

1. La evaluación: Consiste en un proceso donde se califica el trabajo penitenciario. Esta evaluación es realizada por un junta interna de cumplimiento la cual estará organizada bajo la coordinación del subdirector del centro penitenciario y carcelario o quien figure como delegado del director.
2. La certificación: Es el proceso cuyo fin comporta la regulación de las jornadas de trabajo penitenciario. Es realizado por el director del establecimiento, por medio del denominado “sistema de control de asistencia y rendimiento de labores”.

Programas laborales y contratos de trabajo

La Ley 1709 de 2014 en su artículo 57 se encarga de definir el concepto de programas laborales, “*son todas aquellas actividades dirigidas a redimir pena que sean realizadas por las personas privadas de la libertad*”. Estas actividades laborales en virtud del principio de legalidad deben estar formalizadas por medio de Contratos de trabajo. En el acto jurídico de índole laboral figuran como sujetos contractuales la persona privada de la libertad y el establecimiento penitenciario o los particulares a efectos del desarrollo de las actividades y programas laborales. La celebración de los contratos de trabajo está bajo la coordinación de la Subdirección de Desarrollo de Habilidades Productivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Sistema general de seguridad social

Una de las garantías legales más influyentes dentro del orden jurídico colombiano con la expedición de la Ley 1709 de 2014 es aquella que introduce el sistema general de seguridad social en el sistema penitenciario y carcelario para aquellos internos que realizan actividades laborales. En efecto, en el parágrafo del artículo 57 expresa:

“Las personas privadas de la libertad que desarrollen actividades derivadas del trabajo penitenciario, serán afiliadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) al Sistema General de Riesgos Laborales y de Protección a la Vejez en la forma y con la financiación que el Gobierno Nacional determine en su reglamentación”.

Teniendo como fundamento lo mencionado con antelación, reviste masiva importancia la creación de esta norma, como quiera que, importa la protección legal a aquellos internos quienes realizando sus actividades de trabajo penitenciario son víctimas de enfermedades o accidentes laborales que obstruyen el desarrollo físico o psicológico y como consecuencia de ello proceder a los estudios, valoración y calificación de posibles pérdidas de capacidad laboral. Además y siguiendo con el hilo conductor, se protege a

las personas privadas de la libertad de hechos naturales como la vejez incluyéndolas como sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 13 de la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad *stricto sensu*.

El manejo de la remuneración

Finalmente, el manejo de la remuneración es el último aspecto regulado por el Ley 1709 de 2014, el artículo 58 parte de una premisa mayor que encuentra su contexto en la prohibición del manejo interno de dinero en los establecimientos carcelarios, para tales efectos el legislador expresa:

“Se prohíbe el uso de dinero en el interior de los centros de reclusión. El pago de la remuneración se realizará de acuerdo a lo que disponga el Gobierno Nacional en reglamentación que expedirá dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la presente ley. La administración de la remuneración será realizada conjuntamente entre la persona privada de la libertad y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”.

En lo que respecta a la pena principal de multa, la Ley establece lo siguiente:

“Cuando la persona privada de la libertad haya sido condenada a una pena accesoria de multa y/o exista un monto pendiente de pago proveniente del incidente de reparación integral, se descontará el diez por ciento (10%) del salario devengado para dichos fines siempre y cuando exista orden judicial al respecto o la persona privada de la libertad expresamente autorice dicho descuento”.

Conclusiones

Teniendo como fundamento todos y cada uno de los argumentos expuestos en el fragmento teórico del presente artículo, los investigadores proceden a describir los siguientes criterios de finalización:

1. La dignidad humana es una garantía que comporta coexistencia universal, lo que permite la conexión ineludible con otros dere-

chos inherentes a la persona como individuo de la especie humana.

2. El elemento central de la relación entre el Estado y las personas privadas de la libertad se concibe en el respeto por la Dignidad Humana. Ello se demuestra en la Ley 1709 de 2014 por medio de la cual se modifica el sistema penitenciario y carcelario de Colombia, donde en su artículo 4 prescribe “en los establecimientos de reclusión prevalecerá el **respeto a la dignidad humana**, a las garantías constitucionales y a los Derechos Humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral (...)”
3. El trabajo realizado por un recluso privado de su libertad en un centro penitenciario o carcelario del país se constituye como *digno* en la medida en que aquel sea ejecutado conforme a los preceptos constitucionales y jurisprudenciales vigentes en el orden jurídico colombiano. Esto es, aquellos que obedecen al **objeto especial de protección** que concibe el trabajo desde tres dimensiones, “*el estar bien, el estar como se quiere y el estar sin humillaciones*”. Y el **marco especial de sujeción** que regula la relación de subordinación entre el Estado y las personas privadas de la libertad.
4. La expedición de la Ley 1709 de 2014 representa una de las disposiciones normativas con mayor relevancia a nivel nacional, entre otras cosas porque además de modificar sustancialmente el sistema, introdujo garantías pertenecientes al Ius cogens del Derecho Internacional y derechos que desde cualquier perspectiva en que sea interpretado personifican la base donde se encuentra cimentado el Estado Social de Derecho.

Referencias bibliográficas

- Beccaria, C. (2012). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Carnelutti, F. (1989). *Como se hace un proceso*. Bogotá: Temis.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Objetivos del desarrollo del milenio en América latina y el Caribe: Objetivos, metas e indicadores ODM. Obtenida el día 30 de julio de 2015 en la página web: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/mdg/noticias/paginas/6/35556/P35556.xml&xsl=/mdg/tpl/p18f-st.xsl&base=/mdg/tpl/top-bottom.xsl>
- Corte Constitucional. Sentencia T - 429 de 2010. Obtenida el 04 de abril del 2014 en la página web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-429-10.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 865 de 2012, obtenida el día 04 de abril de 2014, en la página web: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-865-12.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 1993, obtenida el día 04 de abril de 2014 en la página web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-009-94.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T-126 de 2009. Obtenida el día 04 de abril de 2014 en la página web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-126-09.htm>.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1325 de 2005, obtenida el día 04 de abril de 2014 en la página web: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1325-05.htm>.
- Corte Constitucional: Sentencia T- 881 de 2002: Obtenida el día 18 de octubre de 2013 en la página web <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>.
- De la vega, A. (1980). *Bases de los derechos de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Obtenido en la página web: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.
- Hoyos, I. (2005). *De la dignidad y los otros derechos*. Bogotá: Temis.
- Ley N° 65. Diario Oficial 40999 de la República de Colombia. Bogotá, 20 de agosto de 1993.
- Ley N°1709. Diario oficial No. 49.039 de la República de Colombia. Bogotá, 20 de enero de 2014.
- Lopez, A. (2010). *Elemento de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Profesional Ltda.
- Manili, P. (2012). *Manual interamericano de Derechos Humanos: Teoría general, historia, recepción en las constituciones nacionales Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Doctrina y ley.
- Millán, A. (1948). *Voz “la persona”, en léxico filosófico*. Madrid: Rialp.
- Monroy, M. (2002). *Manual de Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis.
- PATRICE MEYER BISCH (1992). *Le corps des droits de l’homme, l’indivulitecomme principe d’interpretation et de mise en oeuvre des droisd- l’homme*, Fribourg, Editorial Universitaires.
- Pérez, E. (1960). *Curso de Derecho al Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Villán, C. (2002). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta.

Los derechos políticos en el sistema interamericano de derechos humanos

*José Miguel Fonseca Martínez**

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

“La libertad es un derecho que tiene todo hombre a ser honrado, a pensar y a hablar sin hipocresía. Un hombre que obedece un mal gobierno, sin trabajar para que el gobierno sea bueno, no es un hombre honrado. Un hombre que se conforma con obedecer a leyes injustas y permite que pisen el país en que nació los hombres que lo maltratan, no es un hombre honrado.”

José Martí.

Resumen

Un sistema democrático se caracteriza por ser garante de los Derechos Humanos de sus habitantes, de allí que existan cuantiosas entidades o instituciones nacionales e internacionales de protección de los mismos. Tanto así, que en la carta de la Organización de los Estados Americanos se plasma dicha relación entre ambos conceptos bajo el principio de Democracia Representativa. En ese sentido, los Derechos políticos contemplan un punto en las distintas disposiciones internacionales con el objeto de amparo y salvaguarda de los Derechos reconocidos. Toda vez que se espera alcanzarán Estado ideal, *pro-homine*, que le permita al ciudadano; al pueblo, del cual emana el poder público, participar en la toma de decisiones y ocupar cargos gubernamentales.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derechos Políticos, Democracia, Sistema interamericano de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos.

* Estudiante de la Universidad Libre, Cartagena de Indias D.T y C. Integrante del semillero de investigación “Estado y Derechos Humanos”. Bajo la coordinación del Dr. Mario Echeverría Acuña como líder de la línea Sociología de los derechos humanos en el grupo Sociología e Instituciones política a cargo de la Dra. Elizabeth.

The political Rights in the Human Rights Interamerican System

Abstract

A democratic system is characterized as a guarantor of human rights of its citizens; there exist large national and international organizations and institutions to protect them. So much so that in the Charter of the Organization of American States that relationship between the two concepts under the principle of representative democracy is plasma. In this sense, political rights contemplated a point in the various international regulations for the purpose of protection and safeguarding the rights recognized. Any time are expected to achieve an ideal state, pro homine. That allows the citizen; the people from whom emanates the government, participate in decision-making and occupying government posts.

Keywords: Human Right, Political Rights, Democracy, Inter-American Human Rights System, American Convention on Human Rights.

Introducción

El reconocimiento de Derechos Políticos ha sido un tema ampliamente debatido a lo largo de la historia, tanto así que, hoy por hoy, merece un acápite especial en los diferentes tratados internacionales y demás normas que moldean la estructura social en un Estado democrático. En este sentido, y considerando que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”. Nace el reconocimiento de una garantía que va a permitir el desarrollo social de un Estado, de esta manera, las personas que exponen su voluntad a través de “elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Sin embargo, estos Derechos son constantemente vulnerados por los Estados al desconocer el reconocimiento del mismo mediante las diferentes actuaciones administrativas que coartan la libertad para el ejercicio de los Derechos Políticos, lo que pone en manifiesto un poder abusivo y arbitrario del aparato estatal.

A raíz de estas situaciones surge la necesidad de homogeneizar criterios y adoptar estándares internacionales referentes a las garantías mínimas de protección de la personas en consideración de su dignidad y calidad de seres humanos. Los Derechos Humanos se constituyen entonces como esa raíz generadora de una sociedad universal democrática y “pro homine”.

El presente artículo tiene como punto inicial del debate unas nociones generales de Derechos Humanos, que ayudaran al lector a un mejor entendimiento de la temática en relación a la exposición de los diferentes instrumentos internacionales referentes a protección de los Derechos Políticos que se esbozaran en desarrollo del mismo. En este sentido se hace necesario realizar un detallado análisis del concepto y elementos de los Derechos políticos, para luego entrelazarlos con el concepto de democracia a nivel general, para finalmente estudiar su salvaguardia en el sistema

interamericano y el caso colombiano especialmente, pues como anteriormente se mencionó, cuando se habla de Derechos políticos la primera imagen que llega a la mente podría ser la Democracia y, veremos que estos dos conceptos no son distantes ni disimiles entre sí, pues el reconocimiento del primero es propio de las sociedades y Estados garantes de los DDHH.

1.- Los Derechos Políticos.

Nociones generales

Cuando hablamos de derechos políticos, hacemos referencia a las titularidades de las que se desprenden los mecanismos por medio de los cuales la ciudadanía se ejerce. Y, como veremos más adelante, esta noción está vinculada estrechamente al concepto de democracia que se maneje. Tradicionalmente, la cuestión de los derechos políticos, su consagración y los medios para su traducción en actividades concretas, ha sido un tema de derecho constitucional, pero lo cierto es que, en la actualidad, los derechos políticos son una categoría en el marco de los derechos humanos y, derivada de la doble faceta que caracteriza a los derechos humanos en general, merecen una consideración en dos planos: constitucional e internacional.

1.2.- Los Derechos Políticos en el Plano Constitucional Colombiano.

a.- El Preámbulo de la constitución política de Colombia 1991.

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente.

b.- En los principios fundamentales:

- ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.
- ARTÍCULO 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.
- ARTÍCULO 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.
- ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:
 - Elegir y ser elegido
 - Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
 - Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

- Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
- Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
- Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
- Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de la Administración Pública.
- ARTÍCULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La parte resaltada con negrilla que más tarde viene a repartirse ampliamente en los artículos expuestos posteriormente, establece que el Estado Colombiano se compromete con sus asociados a velar y garantizar el desarrollo y cumplimiento de los derechos que él mismo ha aceptado como fundamentales y universales, y que además caracterizaran al asociado Colombiano como tal, pero no solo eso, sino que es necesario comprender al leer este preámbulo que todo esto se derivara del apartado que aparece subrayado, y es del ejercicio soberano que otorga poder a un delegado, que será como dice aquella frase de cajón, “del pueblo y para el pueblo”, es decir que, el pueblo colombiano tiene la facultad desde el poder constituyente (que es el mismo pueblo y fuerza máxima adicionada materialmente a las tres “ramas del poder público”) para elegir a quienes harán parte del poder soberano y quienes direccionaran el

país, y que bajo la protección de Dios procuraran garantizar algo que de entrada aceptaron como obligación y no como facultativo de sus actividades, los derechos humanos, fundamentales, así por regla de tres podríamos decir que la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz, el orden político, económico y social, son una disposición de orden democrático que se ejerce a través de un derecho político; cuando el colombiano vota decide el futuro de su país y de sus condiciones de vida que están delimitadas por los derechos humanos que el Estado se obligó a proteger, así la regla de tres tendrá o no el resultado correcto partiendo de la operación maestra que realice el accionante del derecho, derecho mismo que establece secundariamente la constitución, por lo que estamos subrogados a la culpa de además no elegir al indicado, si es que lo hubiere, a soportar la carga de no tener derecho a los derechos que por derecho nos corresponden.

2. Los Derechos políticos en el ámbito internacional

Con el término “*Derechos Políticos*” se hace alusión al conjunto de condiciones que permiten al ciudadano participar en la vida política, y tiene como elemento teleológico la consolidación de la relación del Estado con los ciudadanos.

Son Derechos personalísimos que se adquieren con la nacionalidad, bien sea por nacimiento o naturalización; y la mayoría de edad.¹ Estos Derechos son una garantía constitucional propia de los Estados democráticos. Elementos constitutivos de los Derechos políticos:

- Derecho de voto: Se refiere al derecho que tienen los ciudadanos de elegir a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos.
- Derecho a ser electo: Es el derecho que tienen los ciudadanos a postularse para ser elegidos con el fin de ocupar determinados cargos públicos.
- Derecho de participar en el gobierno y de ser admitido a cargos públicos: Es el derecho que tienen los ciudadanos de participar en las instituciones del Estado y de tener acceso y ser admitido a todos los cargos y funciones públicas.
- Derecho de petición política: Se refiere al derecho de dirigir peticiones a las Cámaras, o a los órganos ejecutivos, y de exponer sus necesidades a fin de influir en la legislación política.
- Derecho a asociarse con fines políticos.
- Derecho de reunirse con fines políticos. Estos dos últimos derechos se enmarcan dentro de los de carácter colectivo, referidos al derecho de organización, asociación y reunión política, generalmente a través de partidos políticos y sindicatos.

3. Los Derechos Políticos en el Sistema Universal de protección de DDHH.

En el marco del Sistema Universal, la incorporación de los derechos políticos tiene lugar con el siguiente marco jurídico internacional de protección de los Derechos Políticos, estos son tratados o reconocidos en los siguientes instrumentos internacionales²

1 En cuanto a la identificación de estos derechos políticos, ni la doctrina ni el constitucionalismo latinoamericano comparado coinciden plenamente sobre este extremo. En términos generales, y sin la pretensión de efectuar una enumeración exhaustiva, pueden mencionarse los siguientes con su respectivo significado. - Daniel Zovatto. Doctor en Derecho Internacional, Universidad Complutense de Madrid y Maestría en Diplomacia, Escuela Diplomática de España. Maestría en Gerencia Pública en, John F. Kennedy School of Government, en Harvard University. “Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina”.

2 Extraído del Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina © Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral 2007. - *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America* © International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2007. -Derechos políticos como Derechos Humanos. Sonia Picado.

La siguiente declaración de Derechos supone un marco jurídico mínimo *pro-homine* al cual deben sujetarse todos los Estados firmantes de las distintas disposiciones, toda vez que se espera una armonía entre dada la fuerza vinculante de las mismas con el ordenamiento jurídico interno de cada país.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21: 1) Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; 2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 20: 1) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; 2) Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25: Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2 y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; tener acceso, en condición de igualdad, a las funciones públicas de su país.
- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales, art. 11: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad

de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

- Primer Protocolo a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Individuales, art. 3: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a celebrar elecciones libres a razonables intervalos de tiempo por medio de voto secreto, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión de la opinión de las personas en la elección del Poder Legislativo.
- Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, art. 13: Todo ciudadano tiene el derecho de participar libremente en el gobierno de su país, sea directamente o a través de sus representantes libremente elegidos de conformidad con las disposiciones legales; todo ciudadano tiene el derecho al acceso a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad para todas las personas ante la ley.
- Convención Americana de derechos Humanos, art. 23: 1) Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones su país;
- La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso legal.

Conclusiones

La Convención americana de los Derechos Humanos, en adelante CADH, es un tratado general que detalla una serie de Derechos Humanos

y obligaciones que asumen los Estados parte, es decir, los que la han ratificado, en este sentido, los Estados que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para conocer de manera subsidiaria los casos de presunta violaciones de Derechos Humanos, una vez que la parte que se considere afectada hubiese agotado los recursos que provee el ordenamiento jurídico interno y se cumpla con los demás requisitos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos prevé para tal fin, puede denunciar al Estado en busca de la declaración de responsabilidad internacional del mismo y la respectiva reparación y garantía de no repetición del hecho.

Los *Derechos Políticos*, están definidos en el artículo 23 de la CADH, tal como se dispuso en el acápite anterior. Cuando se habla de Derechos políticos la primera imagen que llega a la mente podría ser la Democracia y, como se vio anteriormente, estos dos conceptos no son distantes ni disimiles entre sí, pues el reconocimiento del primero es propio de las sociedades y Estados garantes de los DDHH.

Ahora bien, la garantía de la protección de los Derechos Políticos (elegir y ser elegido), como forma de participación de una sociedad democrática, consiste en que los ciudadanos cuenten con la oportunidad de participar en la toma de decisiones públicas, bien sea directamente o por medio de representante escogido a través del voto popular. Para ello, tal como lo dispone la Corte IDH en el caso *Cepeda Vargas vs Colombia*, “la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición

en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”³.

En la línea jurisprudencial de la Corte IDH, encontramos referencia del más reciente caso de protección de Derechos políticos al estimar en el caso *López Mendoza vs Venezuela* que “*el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”*”⁴.

Los dos procesos anteriores aluden a las partes comprometidas en los Derechos Políticos, en el primero de ellos, el Derecho de los electores y, en el segundo caso se hace alusión a la protección del Derecho político a ser elegido. Sin embargo, en el caso *Yatama vs Nicaragua*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace un análisis del alcance del artículo 23 convencional así: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.”⁵

3 Corte I.D.H. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. En similar sentido, Corte I.D.H. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201; Corte I.D.H. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18, párr. 89 y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46*.

4 Corte I.D.H. *Caso López Mendoza vs Venezuela*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

5 Corte I.D.H. *Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 198.

La participación política a través del voto de los ciudadanos es el medio expedito para permitir la libre expresión de la soberanía de los pueblos, pues es de este de quien emana el poder público. Siendo así que el concepto de Estado lo comprende dentro de sus elementos esenciales (nación, población, territorio) y justamente de esta forma se consagra en la Constitución Política de los diferentes Estados americanos cuyo gobierno sea democrático o simplemente haya firmado y ratificado el pacto de San José (Convención Americana de Derechos Humanos), ya que con la firma de este, el Estado se obliga a respetar la CADH y a través del control de convencionalidad se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Del mismo modo, se comprometen los Estados partes de la convención a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁶.

En palabras de la magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, María del Carmen Alanís, en su editorial para el periódico *El Universal de México*, la CIDH es rigurosa al ejercer un proceso de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Además, conforme al principio *pro persona* y la obligatoriedad

de que todos los tribunales nacionales realicen un control de convencionalidad, son consecuentes con el sentido de su resolución⁷

El alcance del Derecho Político a ‘ser elegido’ consiste en “que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.”⁸

En este punto, es determinante el papel del Estado como garante del mencionado Derecho, pues, en palabras de la misma Corte IDH, en el caso *Castañeda Gutman vs México*, sostiene que “*es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación*”⁹.

Así las cosas, el Estado que no propenda por la materialización y protección de los Derechos Políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH y los demás instrumentos universales de garantía del mismo, se considerará internacionalmente responsable por la violación del referido artículo y, para dar una mayor claridad al argumento anteriormente expuesto, se hace necesario resaltarlo expuesto por la Corte I.D.H. en el caso anteriormente mencionado de *Castañeda Gutman vs México* citando que “*uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política pues implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos*”¹⁰

6 Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José. San José, Costa Rica⁷ al 22 de noviembre de 1969. Art. 1 y 2.

7 María del Carmen Alanís. Magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de México. Ed. “*La conclusión del caso Castañeda*”. *El Universal de México*. 18 de septiembre de 2013.

8 Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 199.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Sentencia del 06 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

10 *Ibidem*.

Este mismo Tribunal ha expresado que “La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”¹¹. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.

Referencias bibliográficas

- Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José. San José, Costa Rica⁷ al 22 de noviembre de 1969. Art. 1 y 2.
- María del Carmen Alanís, Magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de México. Ed. “*La conclusión del caso Castañeda*”. El Universal de México. 18 de septiembre de 2013.
- Sonia Picado, Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina © Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral 2007. - *Treatise on Compared Electoral Law of Latin America* © International Institute for Democracy and Electoral Assistance 2007. -Derechos políticos como Derechos Humanos.
- Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte I.D.H. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Sentencia del 06 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.
- Corte I.D.H. Caso López Mendoza vs Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
- Corte I.D.H. Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010.
- Corte I.D.H. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201.

11 *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.

Responsabilidad del Estado por operaciones de guerra en el marco de los Derechos Humanos: análisis desde el Estado social de derecho colombiano

*Mario Armando Echeverría Acuña**

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

En Latinoamérica especialmente en Colombia, el conflicto armado interno y la influencia de la Constitución en el Estado, permitió que la institución de la responsabilidad administrativa solo tuviera lugar a finales del Siglo XIX, cuando el Estado y la sociedad alcanzaron un cierto grado de desarrollo, porque es con la defensa del Estado que surge la problemática acerca de los daños ocasionados por las operaciones de guerra y si este debe responder o no enmarcados en una estructura garantista de protección internacional de los derechos humanos, donde la responsabilidad ya no se detiene en el causante del daño sino en la víctima. Es por ello que las tendencias más recientes de los regímenes de Responsabilidad del Estado a partir de los siglos XX y XXI y así lo viene construyendo actualmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la relacionada con los sistemas de responsabilidad administrativa que sirvan como instrumentos o medios para lograr la materialización de la indemnización de las víctimas de las operaciones o actos de guerra.

Palabras claves: Estado, Derechos Humanos, Constitución, Responsabilidad Estatal, víctimas.

* Docente Investigador de la U. Libre. mario.echeverria@unilibrectg.edu.co. Este artículo científico es un avance teórico del proyecto de investigación del mismo nombre correspondiente a la línea de investigación sociología de los DDHH y DIH del grupo de investigación Sociología Jurídica e Instituciones políticas de la U. Libre – Sede Cartagena bajo la dirección de la Dra. Elizabeth Ramírez Llerena.

State responsibility for military operations within the framework of Human Rights: analysis from the social status of Colombian law

Abstract

In Latin America especially in Colombia, the internal armed conflict and the influence of the Constitution in the State, made the institution of administrative responsibility only take place at the end of the nineteenth century, when the State and the society reached a certain degree of development, because it is with the defense of the State to emerge the problematic about the damage caused by the operations of war and if this must respond or not, in a structure which provides basic guarantees of international protection of human rights, where the responsibility no longer stops at the cause of the damage but in the victim. That is why the most recent trends in the liability regimes for Status from the twentieth and twenty-first centuries and as it is currently constructing the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, is related to the systems of administrative responsibility, which serve as instruments or means to get the materialization of compensation to the victims of the operations or acts of war.

Keywords: State, Human Rights, Constitution, State Responsibility, victims.

Introducción

La fuerza pública en nuestro Estado Social de Derecho (1) está sujeta a restricciones, su poder se contrae a la protección de todas las personas residentes en Colombia en sus libertades y su participación en los fines sociales del Estado y de los particulares. El uso del poder permanece bajo la vigilancia del pueblo, de la rama jurisdiccional y de la legislativa con el fin de que se oriente hacia objetivos que consulten el bien común.

Nuestra Constitución contiene disposiciones concretas, atinentes a las funciones a que está obligada la fuerza pública. Además advierte, en forma clara y expresa cuales son los deberes civiles y garantías sociales, a las ramas del poder público y a su propia estructuración (Sánchez, 1973).

Sin embargo, la fuerza pública en un contexto social, económico y político como el colombiano, cuando no cumple el mandato constitucional de protección, sino que se convierte en un elemento de represión, se transforma en un agente causante por acción u omisión de daños antijurídicos a los administrados. La imputación de responsabilidad patrimonial al Estado, es la consecuencia de un reconocimiento, en donde la ley y la jurisprudencia fundamentaron el marco teórico y conceptual, para la garantía de la víctima ante daños ocasionados por alguna autoridad del Estado, antes irresponsable, hoy con obligaciones de reparación condicionado a la prueba de unos elementos, que el demandante debe establecer de acuerdo al régimen aplicable.

En el ámbito latinoamericano, Colombia desde hace muchos años está sumergido en un conflicto armado interno en el cual se ha visto expuesto a constantes Actos Terroristas que han implicado por parte de la fuerza pública Operaciones de Guerra, ante estos hechos se hace necesario asumir la tarea de diseñar y organizar los elementos de un sistema jurídico político que sirva de fundamento de la responsabilidad del Estado por daños ocasionados a las víctimas en virtud de operaciones de guerra de la fuerza pública en una estructura garantista de protección

internacional de los Derechos Humanos. Esta tarea se ha abordado, tratando de explicar, en primer lugar, el contenido y el alcance de los dos elementos estructurales de dicha responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, y de precisar, en segundo lugar, la naturaleza del régimen de responsabilidad por actos terroristas y operaciones de guerra de la fuerza pública. Hasta hoy, sin embargo, la mayor parte del análisis ha estado referida a la solución de casos concretos, lo que dificulta la obtención de conclusiones definitivas, pero permite, de alguna manera, el estudio del problema.

Las consideraciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver casos concretos son las que han ido delineado un tratamiento aún muy bien definido, en relación con la Responsabilidad del Estado por operaciones de guerra. Ahora bien, en algunos eventos, la imputabilidad podrá resultar del incumplimiento, por parte de la administración, de su deber de protección frente a los ciudadanos, como ocurre, por ejemplo, cuando uno de ellos se encuentra en situación de grave peligro, que aquélla conoce—sea que se le haya solicitado protección o que ésta debiera prestarse espontáneamente, dadas las circunstancias particulares del caso—; son estas las situaciones que obligan a evaluar el alcance del deber estatal.

En otros casos, la imputabilidad puede resultar, como se ha dicho, de la creación de un riesgo por parte del Estado, que se realiza, causando daño a un particular; es ésta la situación que se presenta, por ejemplo, cuando son atacadas instalaciones o personas que deben ser protegidas por las autoridades de manera especial, o inmuebles donde tienen sede dependencias u organismos del Estado, que pueden ser considerados objetivos militares por parte de la subversión o de otros grupos al margen de la ley, de manera que su sola existencia puede poner en situación especial de riesgo a quienes se encuentran en los alrededores, por ser habitantes del sector donde se produce el atentado o por encontrarse fortuitamente en dicho lugar, quienes resultan sometidos a un sacri-

ficio mayor al de los demás ciudadanos, no obstante que la presencia del Estado, por medio de oficinas, cuarteles, inspecciones, etc., o la acción de determinadas autoridades, se hace necesaria en beneficio de todos (Rodríguez, 2007).

La hipótesis de trabajo que guiara este artículo de reflexión desarrollará el concepto de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario el cual ha estado vinculado epistemológicamente con los conflictos armados y especialmente en Colombia donde los diferentes actores tanto los grupos al margen de la ley como el mismo Estado, se convirtieron en agentes generadores de daños y perjuicios a los ciudadanos que hoy dentro de un sistema de protección a los derechos humanos reclaman en su calidad de víctimas la declaratoria de responsabilidad y la indemnización ante los hechos y daños jurídicamente relevantes que por acción u omisión se le pueden imputar.

Para abordar esta hipótesis, llevaremos a cabo una aproximación al concepto de Derechos Humanos y la garantía del Estado a través de los miembros de la fuerza pública (1), siguiendo con el Derecho Internacional Humanitario en el contexto del conflicto armado (2), para adéntranos y finalizar con una breve reflexión acerca de posición de la fuerza pública frente a la garantía de estos derechos (3).

Para desarrollar la hipótesis de trabajo que motiva este artículo se optó por el análisis documental temático con base en algunos referentes teóricos de tratadistas sobre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como lo expresado por nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana sobre el tema. En esta reflexión se analizó brevemente mediante una confrontación analítica y descriptiva las perspectivas de la Responsabilidad del Estado y su obligación de garantizar los Derechos Humanos en el marco del conflicto armado interno Colombiano, lo cual permitió establecer algunos planteamientos sobre las variables que deben tenerse en cuenta para reparar el daño ocasionado a las víctimas en un posible escenario de postconflicto.

1.- Los Derechos humanos

El término Derechos Humanos es identificado, como aquellos derechos que toda persona tiene por el hecho de ser persona, o de ser humano. Con ello se refiere a una categoría previa a la noción de derechos humanos, técnicamente conocida con el nombre de derechos fundamentales. Todos los derechos humanos son derechos fundamentales. Varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ponen de relieve dos obligaciones de los Estados y su fuerza pública frente a estos derechos: “el de respetar los derechos y el garantizar su ejercicio” (2).

Los Estados, sus instituciones (fuerza pública) y los funcionarios que las representan no solamente deben abstenerse de violar los derechos humanos o de interferir arbitrariamente en el ejercicio de estos, sino que también se exige que el Estado en su conjunto adopte las medidas de cualquier índole que sean adecuadas y necesarias para el efectivo y pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. Como lo establecen diferentes instrumentos internacionales, el deber de garantía incluye las obligaciones de prevenir, investigar de manera exhaustiva e imparcial y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, restablecer el ejercicio del derecho y reparar los daños ocasionados con la amenaza o violación de estos derechos.

Los miembros de la fuerza pública, como funcionarios del Estado tienen también estas obligaciones de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, así se desprende de los principios fundamentales de la Constitución, de las disposiciones nacionales establecidas en el Título II de la Carta Política “De los derechos, las garantías y los deberes”, y de los instrumentos de protección de los derechos humanos, de su obligación genérica como autoridad de la república, y de sus funciones específicas como miembros de las fuerzas militares o de la policía nacional (Defensoría del Pueblo, 2001).

La fuerza pública debe tener en cuenta que el principio de la dignidad humana (3) implica que las instituciones del Estado y de la sociedad están al servicio de los seres humanos y no al contrario, y que, so pretexto de defender esas instituciones o de conseguir el bien común, no se puede sacrificar a los seres humanos, violentar su dignidad utilizándolos como instrumentos, ni amenazar ni vulnerar sus derechos y libertades fundamentales.

Frente a todas las situaciones de discriminación (desplazamiento, población civil afectada por la violencia), que por definición implica la violación a los derechos humanos se puede llegar al desconocimiento, del ser humano (4). El Estado y sus autoridades tienen el deber de proteger a los miembros de estos grupos discriminados y de adoptar medidas especiales de protección para superar estas situaciones y la desventaja en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales (Avila, 1997).

1.1. El Derecho Internacional Humanitario

El conflicto armado colombiano, implica en el plano internacional acogerse al marco jurídico del Derecho Internacional Humanitario (D.I.H.), con lo que, se debe tener en cuenta que la constitución no define el Derecho Internacional Humanitario, simplemente en uno de los artículos (5) dice: “En todo caso se respetaran las reglas”. En ese sentido, el Derecho internacional humanitario se refiere al derecho que rige en los conflictos armados; es decir, si bien en principio podría pensarse que hay una oposición absoluta entre guerra (6) y derecho, en la medida que derecho sería la supresión de la guerra para regular de manera pacífica los conflictos, y la guerra sería la negación del derecho en la medida en que es una solución violenta y armada de estos mismos conflictos, sin embargo la pretensión del derecho internacional humanitario es creer que esa oposición no es tan absoluta y que pueden lograrse algunas compatibilidades entre la lógica de la guerra y la lógica del derecho (Quintero, 2000).

El derecho internacional humanitario, es en general el derecho de los conflictos armados. Sin embargo en la tradición se han distinguido dos grandes ramas de los conflictos armados: el llamado derecho internacional humanitario en sentido estricto, o sea el que llaman el Derecho de Ginebra, porque proviene de los convenios de Ginebra de los años cuarenta, que básicamente busca proteger a la población no combatiente, o sea busca proteger a la población civil, a los soldados desarmados, a los heridos, que ya no son población combatiente, etc. Luego, el llamado Derecho de la Haya o derecho a la guerra (7), que busca regular la manera como se puede hacer legítimamente la guerra, que tipo de armas se pueden utilizar, cuales armas están prohibidas, etc.

La Corte ha entendido de manera muy amplia y generosa el D.I.H. como todo aquel conjunto de normas que regulan los conflictos armados, tanto para proteger a la población civil, D.I.H. en sentido estricto o Derecho de Ginebra, como para regular los medios de combate; Derecho de la Haya o derecho de la guerra. Entonces para la Corte el D.I.H. son todas esas normas reguladoras del conflicto armado para proteger la dignidad humana, incluso en situaciones más graves que puede vivir en sociedad, que son la guerra y el conflicto armado.

2.- Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en la Fuerza Pública

En realidad lo militar y lo político se juntan necesariamente para abordar el complejo problema de la defensa dentro del conflicto armado colombiano, así como las expresiones de violencia (8) generadas a partir de la conformación de grupos al margen de la ley, aproximadamente desde los años 60, tales como, Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) y Ejército de Liberación Nacional (ELN), que se han internado en la zona selvática del país, para llevar a cabo

actos ilícitos que afectan la institucionalidad del país, y al mismo tiempo en ese lugar se les facilita su huida y se dificulta su búsqueda y control por parte de las fuerzas armadas.

La violencia generada por estos grupos armados ilegales consiste en cometer homicidios, amenazas, extorsiones, actos de violencia sexual y provocación de desplazamientos forzados individuales y colectivos. Sin embargo una de las expresiones más preocupantes de esta violencia han sido las masacres en el contexto de disputas violentas entre estos grupos y fracciones de un mismo grupo (9).

La fuerzas armadas también son actores dentro este conflicto, hay que recordar que hoy son el centro de investigaciones porque han perpetrado ejecuciones extrajudiciales, a través de la práctica de presentar como muertos en combate a personas que se encontraban a disposición del ejército, conocida como “falsos positivos” (González, 1998, citado en Vargas, 2002). El conflicto en la judicialización de estas ejecuciones, por parte de la Justicia Penal Militar o la jurisdicción ordinaria, con respecto a si estas violaciones tienen o no relación con el conflicto ha dificultado el esclarecimiento de la verdad, en los casos que se han encontrado “muertos en combate” con claros signos de violaciones de derechos humanos, así como la intervención y afectación de los intereses institucionales de las fuerzas militares (Van, 1971).

En el ámbito de la justicia de transición a partir de la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), la ley 975 de 2005 introdujo el marco jurídico, para la verdad, justicia y reparación reclamada por las víctimas de los diferentes delitos cometidos por los grupos paramilitares, sin embargo inconvenientes en su aplicación ha dificultado la judicialización, la reparación y el conocimiento de la verdad, lo que ha originado que los desmovilizados que no se resocializaron, hayan conformados grupos mal denominados “Badcrim” (10), para la obtención de lucro económico, principalmente de actividades ilícitas.

La fuerza pública en ese proceso de garantizar cada día más la seguridad del país y la profesionalización, no se puede ocultar, ha sido en algunas ocasiones, actor activo de daños a civiles y a sus bienes en hostigamientos a grupos guerrilleros, así mismo ha abusado de su poder, lo cual contrasta dentro una dinámica del conflicto armado, donde la fuerza pública se afianza en su función de defensa de la soberanía nacional y del mantenimiento del orden constitucional, y por otro lado, cede en espacios de responsabilidad al reiterarse las ejecuciones extrajudiciales y violaciones graves de los D.D. H.H. de personas muertas no identificadas que son presentadas como ya se dijo “muertas en combate” (Torres del Rio, 2000).

Conclusiones

En el desarrollo del presente artículo se realizó una reflexión en torno al concepto de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en relación a la Responsabilidad que le cabe al Estado por acción u omisión frente a las infracciones de la cuales son víctimas los civiles dentro del conflicto armado interno Colombiano.

La noción de derechos humanos remite esencialmente a la responsabilidad estatal, la responsabilidad por violaciones de derechos causadas por grupos con un poder semejante al del Estado, pero diferentes de este, está regulada jurídicamente desde antes del surgimiento del concepto específico de derechos humanos. Por consiguiente, no se requiere que este último se aplique a tales grupos para deducirles responsabilidad (Sandra del Pilar Cloros y Otros, 1996).

El Estado no era considerado sujeto responsable, lo eran solamente los individuos y más tarde las personas jurídicas, el Estado estaba entonces situado por encima del derecho. Influenció en la lucha por la extensión de la responsabilidad hasta el Estado (11), la ocurrencia de las revoluciones como la inglesa de 1688, la Americana de 1776 y la francesa de 1789. La expresión derechos humanos, designa a la vez un derecho protegido

como una realidad objetiva, y el potencial violador frente al cual dicho derecho se erige, o sea el Estado, como componente subjetivo del concepto. Es por lo anterior que los derechos humanos están por definición referidos al Estado.

Hay ciertos derechos que solamente pueden ser violados por el Estado, y no por particulares en forma directa. La denegación de justicia, o la detención arbitraria, son conductas violatorias del derecho al debido proceso, o del derecho a la libertad, respectivamente, que por definición solo pueden ser realizadas por el Estado. Por otro lado, los actos realizados por grupos no estatales, como la guerrilla no son irrelevantes para la vigencia de los derechos humanos (12). A las guerrillas no les son aplicables los mecanismos jurídicos propios de las violaciones de derechos humanos, pero si, además de las normas generales de derecho penal, como combatientes les son aplicables las de Derecho Internacional Humanitario, incluidas las contempladas en el *ius cogens* y en los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales que protegen derechos fundamentales mínimos.

Por eso, el hecho de detentar una autoridad de facto sobre un sector de la población, podría llegar a predicarse de ellos una responsabilidad semejante a la del Estado frente a la violación de derechos humanos. Sin embargo en el derecho interno, no es fácil imaginar que mecanismo, distinto del de la aplicación normal de la ley penal, pueda desarrollarse para el efecto. En el derecho internacional, contemplar tal responsabilidad implicaría de algún modo reconocer a las guerrillas personería jurídica internacional, lo cual es algo que los grupos guerrilleros no están en capacidad de responder, y que especialmente los Estados no están decididos a otorgar (Sandra del Pilar Cloros y Otros, et. al. 1996).

(1) El artículo 2º de la C.P. establece: “Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para

asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

(2) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 2.1 y 2.2. En igual sentido Artículo 1.1 y 2. De la Convención sobre Derechos Humanos.

(3) Lo que es necesario respetar y proteger en la dignidad humana es ese valor no instrumental que tienen todos los seres humanos y que prohíbe tratarlos como instrumentos, como medios, como objetos o como cosas.

(4) Por ejemplo, la discriminación contra los indigentes que muchos casos conlleva a su eliminación física en las mal llamadas “*campañas de limpieza social*”.

(5) “Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...)”

(6) “La justicia o injusticia de la paz, según la filósofa húngara A. Héller, determina retrospectivamente la justicia o injusticia de la guerra, de tal modo que la medida en la negociación pueda reducir lo injusto del conflicto” (HERNANDO Valencia V. La Justicia de las Armas).

(7) El primer interrogante que se planteaba la Corte al analizar, por ejemplo, el Protocolo I de Ginebra y el Protocolo II de Ginebra, que fueron remitidos a la revisión previa de constitucionalidad, era el alcance del Derecho Internacional Humanitario, porque la Corte podía haber tenido una interpretación estricta y decir que D.I.H. es simplemente el derecho de Ginebra, o sea el derecho de los convenios de Ginebra, y excluir todo el resto de normas que regulan la guerra misma. Sin embargo, la Corte dio un entendimiento amplio del D.I.H. en los fallos esenciales en esta materia: el fallo sobre el protocolo I la sentencia C-574 de 1192, y el fallo sobre el protocolo II, mediante la sentencia C-225 de 1995.

(8) Colombia es un país donde la Fuerza Pública debe enfrentar muchos fenómenos de violencia entre los cuales se encuentran: Violaciones a los D.D.H.H. y al D.I.H., Ejecuciones extrajudi-

ciales, Grupos armados ilegales, Grupos surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares, la denominada “parapolítica”, desapariciones forzadas, conflictos entre el ejecutivo y la rama judicial, violencia sexual, discriminación, violación de derechos a pueblos indígenas y comunidades afro colombianas, tortura, desplazamiento forzado y grandes índices de pobreza y desigualdad.

(9) Entre las masacres con más trascendencia nacional e internacional dentro del conflicto armado en Colombia encontramos: Masacre de San José de Apartado (2005), Chengue (2001), Jamundí (2006), Macayepo (2000), Mapiripán (1997), El Salado (2000).

(10) Entre estos grupos se encuentran los Paisas, Los Urabeños, Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista de Colombia (ERPAC), Renacer, Los Rastrojos y Los Machos.

(11) Fue necesario la tragedia de la segunda guerra mundial para que los Estados aceptaran obligarse unos a otros en el respeto de los Derechos Fundamentales.

(12) Naciones Unidas tiene en cuenta acciones violentas realizadas por grupos armados organizados no estatales como obstáculos que afectan negativamente el disfrute de los derechos humanos. Así lo ha expresado en varias resoluciones por grupos armados organizados no estatales como obstáculos que afectan negativamente el disfrute de los derechos humanos. Así lo ha expresado en varias resoluciones cada año desde 1989 por la Comisión de Derechos Humanos.

Referencias bibliográficas

Arias A. & Néstor O. (1997). El derecho a recibir una protección especial por parte del Estado. *Nova & Vetera ESAP*, 25, 26-30.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, 2011. Nueva York: U.S.

Atehortua, A. & Vélez H. (1994). *Estado y Fuerzas Armadas en Colombia (1886-1953)*. Bogotá:

Editorial Tercer Mundo y Universidad Javeriana de Cali.

- Berrocal, L. (2005). *Manual del Acto Administrativo Según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina*. Bogotá: Ediciones del Profesional.
- Bustamante, A. (2003). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Defensoría del Pueblo. (2001). *Fuerza Pública y Derechos Humanos*. Bogotá.
- Fernández, T. (2008). *De la Arbitrariedad de la Administración*. España: Thompson Civitas.
- García de Enterría, E. & Fernández, R. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Thompson Civitas.
- Gil, E. (2001). Responsabilidad Patrimonial del Estado por Actos Terroristas. *Revista Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado*, 11, 91-113.
- González J. (1998). La profesión desde la perspectiva sociológica. *Profesionalización de las fuerzas armadas: los problemas sociales*.
- Hernández, A. (2001). Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado por Daños Causados por Actos Terroristas. *Revista Instituto Antioqueño de la Responsabilidad Civil y del Estado*, 11, 33-76.
- Henao, J. (1998). *El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Externado de Colombia.
- Hernández, R. & Otros. (1998). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw-Hill.
- Jellinek, G. (1970). *Teoría General Del Estado*. Buenos Aires: Edit. Albatros.
- Lerma, H. (2006). *Metodología de la Investigación, Propuesta, Anteproyecto y Proyecto*. Bogotá: Editorial Ecoe.
- Medina, L. (2005). *La Responsabilidad Patrimonial Por Acto Administrativo*. Navarra: Thompson Civitas.
- Michel, P. (2001). *La Responsabilidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Navia, G. (2002). Reflexiones Acerca De La Responsabilidad Patrimonial De Las Personas Jurídicas Públicas En El Derecho Colombiano Y Francés:¿Influencia O Inspiración De Un Modelo Jurídico?. *Revista Jurídica Temas de Derecho Administrativo*. II, 7.
- Menudo, F. & Reina E. & Otros. (2005). *Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. España: Editorial Lex Nova.
- Moreno, D. (2007). *Curso de Derecho Administrativo*, Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Morchon, G. (1993). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Debate.
- Parejo, L. & Otros. (1990). *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Edit. Ariel S.A.
- Peláez, J. (2000). Reflexiones sobre los fundamentos de la jurisprudencia administrativa francesa y colombiana en materia de actos de terrorismo. *Universidad Externado de Colombia, temas de derecho público*, 61.
- Perdomo, J. (2004). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.
- Puigpelat, O. (2002). La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, Hacia un Nuevo Sistema. Madrid: Editorial Civitas.
- Quecedo, M. (2001). *Código de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Quintero M. (2000). La Corte Constitucional frente al Derecho Internacional Humanitario. *Democracia, Derechos Humanos y D.I.H.*, 239-241.
- Rodríguez, L. (2000). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, G. (2007). *Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano*, manuscrito.
- Saavedra, R. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Sandra del Pilar C. & Otros. (1996). Responsabilidad del Estado y de grupos no estatales por violación de derechos fundamentales. *Responsabilidad Derechos Humanos Universidad Nacional*, 25-29.
- Santofimio, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Acto Administrativo Procedimiento Eficacia y validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Torres Del Rio, C. (2000). *Fuerzas Armadas y Seguridad Nacional*. Bogotá: Editorial Planeta Colombiana.
- Valencia, A. & Monsalve A. (1998). *Derecho Civil, T. III, De las Obligaciones*. Bogotá: Editorial Temis.
- Van, J. Continuidad y discontinuidad en las relaciones civil-militares. *The military, militarism, and the polity. Essays in honor of Morris Janowitz*.
- Vargas, A. (2002). Fuerzas Armadas en el conflicto colombiano, antecedentes y perspectivas, Bogotá: Editorial intermedio.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 16576.
- Organización de Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 1 de julio de 2006, Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, serie C, No. 148.
- Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-225 de 1995.

El proceso de obtención de evidencia médico legal en víctimas de abuso sexual como garantía fundamental para la protección de sus derechos. Caso Medellín

*Natalia Andrea Monsalve Ramírez**
*Estefanía Vanegas Londoño**

Recibido: abril 13 de 2015
Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

El delito sexual en Colombia presenta un índice de impunidad del 95%. De 100 denuncias solo 5 llegan a una sentencia condenatoria. Uno de los puntos que se señala en las estadísticas es que algunas denuncias son archivadas por falta de pruebas. Es entonces necesario, como objetivo de estudio, verificar, revisar y analizar cómo se está llevando a cabo el proceso de obtención de la evidencia médico legal en víctimas de abuso sexual en la ciudad de Medellín. Cuando se comete un delito de abuso sexual resultan violentados diversos derechos humanos, lo que genera una problemática especial en cuanto a los mecanismos de protección integral que debe desplegar el Estado para garantizar el restablecimiento de aquellos que resulten afectados. Los delitos de violencia sexual generan una afectación directa de algunos de los Derechos Humanos, tales como: el derecho a la integridad personal, la libertad sexual, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, entre otros; siendo este flagelo uno de los delitos que más daño causa al ser humano, en tanto que produce graves repercusiones emocionales en el individuo.

Palabras clave: Sexualidad, abuso sexual, violencia, derechos sexuales, víctima, impunidad.

* Estudiantes del Tecnológico de Antioquia, Institución Universitaria Integrantes del Semillero de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Ponencia resultado de la investigación en curso denominada: El proceso de obtención de evidencia médico legal en víctimas de abuso sexual como garantía fundamental para la protección de sus derechos. Caso Medellín. Bajo la coordinación de: Juan David Colina Arenas. Correo electrónico: semillero derechos humanos@tdea.edu.co.

The process of obtaining forensic evidence from victims of sexual abuse as a fundamental guarantee for the protection of their Rights. Medellin case

Abstract

The sexual crime in Colombia presents an index of impunity of 95 %. From 100 denunciations only 5 come to a condemnatory judgment. One of the points that is indicated in the statistics is that some denunciations are filed by absences of tests. It is then necessary, like study target, to verify, to check and to analyze how there is carrying out the process of securing of the evidence legal doctor and indexes of impunity in sexual abuse victims in Colombia that the victim could relate to the killer and this way to it to express a condemnatory judgment. When a sexual abuse crime is committed there turn out to be damaged diverse human rights, what generates a special problems as for the mechanisms of integral protection that the State must open to guarantee the reestablishment of those that turn out to be affected. The crimes of sexual violence generate a direct affectation of some of the Human rights, such as: the right to the personal integrity, the sexual freedom, the free personality development, the intimacy, between others; being this scourge one of the crimes that more damage causes to the human being, while it produces serious emotional aftereffects in the individual.

Keywords: Sexuality, sexual abuse, violence, sexual rights, impunity.

Introducción

De acuerdo con la OMS (Organización Mundial de la Salud) violencia sexual es todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de ésta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo.

La normativa sobre el abuso sexual está contemplada en el código penal colombiano en los artículos 205 al 212 en el Título IV “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. Artículos 138 al 141, en el Título II “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”

Cuando se comete un delito de abuso sexual resultan violentados diversos derechos humanos, lo que genera una problemática especial en cuanto a los mecanismos de protección integral que debe desplegar el Estado para garantizar el restablecimiento de aquellos que resulten afectados. Los delitos de violencia sexual generan una afectación directa de algunos de los Derechos Humanos, tales como: el derecho a la integridad personal, la libertad sexual, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, entre otros; siendo este flagelo uno de los delitos que más daño causa al ser humano, en tanto que produce graves repercusiones emocionales en el individuo.

En el año 2011 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizó 17.628 exámenes médico legales por presunto delito sexual en menores de edad en Colombia, de acuerdo al informe preliminar realizado por el Centro de Referencia Nacional sobre Violencia (CRNV) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. El informe hace énfasis en la necesidad de seguir instrumentando políticas de protección a los menores de edad (Revista SEMANA, 2012).

En Colombia, de cada 100 denuncias de mujeres y niños agredidos sexualmente, solo cinco llegan a una sentencia, 30 son archivadas por falta de pruebas o supuestos vacíos en estas y 65 permanecen en investigación (Periódico EL TIEMPO, 2012).

Así, para que se pueda llegar a una sentencia, todos los organismos deben desplegar protocolos especiales para garantizar que la ejecución del mecanismo de obtención de evidencia se lleve a cabo de manera adecuada para que se pueda obtener datos y pruebas de este mecanismo.

Según estas cifras, se debe analizar y si es necesario mejorar las técnicas de investigación en los casos de abuso sexual, porque esta realidad contrasta con la impunidad que han silenciado y perpetuado estos crímenes. Esta situación es resultado, en gran medida, de la negligencia del Estado colombiano que no ha tomado las medidas necesarias para lograr tolerancia cero frente a estos crímenes.

Uno de los puntos que se señala en las estadísticas es que algunas denuncias son archivadas por faltas de pruebas. Es entonces necesario, como objetivo de estudio, verificar, revisar y analizar cómo se está llevando a cabo el proceso de obtención de la evidencia médico legal en víctimas de abuso sexual como garantía fundamental para la protección de sus derechos.

Desarrollo

No es desconocido que el abuso sexual es una forma de expresión de la violencia y el maltrato que ejerce una persona sobre otra ocasionando múltiples daños visibles e invisibles en quienes la padecen (Casa, Escobedo, 2010).

La vigencia y garantía de los derechos sexuales y reproductivos se aplica a todos los campos de la vida social de las personas, tanto en el ámbito público como privado, en la relación con su pareja, en la familia, en la escuela, en el trabajo, en la vida comunitaria, en la calle y en la relación con el Estado (Defensoría del Pueblo, 2007). De

igual manera los derechos sexuales comprenden la capacidad de mujeres y hombres de expresar y disfrutar de forma autónoma y responsable de su sexualidad, sin riesgo de enfermedades transmitidas sexualmente, embarazos no deseados, coerción, violencia y discriminación (ICBF, 2008). Los derechos sexuales permiten a los seres humanos construir y ejercer libremente múltiples identidades sexuales de acuerdo con sus intereses, convicciones y proyecto de vida, como requisito para la libertad (ICBF, 2008), sin embargo, estos derechos pueden verse afectados por terceras personas, mediante la ejecución de diversas conductas que atentan directamente contra estos derechos y que reciben la denominación genérica de violencia sexual.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) La actividad sexual es una expresión conductual de la sexualidad personal donde el componente erótico de la sexualidad es el más evidente. La actividad sexual se caracteriza por los comportamientos que buscan el erotismo y es sinónimo de comportamiento sexual. Esta actividad abre paso a un posible abuso sexual que se manifiesta mediante cualquier forma de contacto físico con o sin acceso carnal, impuesta a un niño o niña, realizado sin violencia o intimidación y sin consentimiento. Dentro del delito de abuso sexual se tipifican también otros delitos como lo son el abuso sexual infantil, acceso carnal, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acoso sexual, entre otros.

Cada una de estas actuaciones o tipos de maltrato pueden ser definidos de acuerdo con un conjunto de indicadores manifiestos tanto en la víctima como en el agresor, además de las necesidades básicas que vulneran a la víctima. El tipo de necesidades vulneradas es considerado, según algunos autores, como el aspecto definitorio esencial del tipo de maltrato (Casa, Escobedo 2010).

R A N A - RED DE AYUDA A NIÑOS ABUSADOS, sostiene que el abuso sexual no necesariamente es una violación. Puede haber contacto directo, tocamiento de genitales y/o pene-

tración sexual (violación o incesto), pero también se considera abuso la manipulación del o la menor con fines pornográficos, obligarle a observar actitudes sexuales, así como hablarle sobre temas obscenos cara a cara o a través del teléfono o de Internet. Como resultado de un delito de abuso sexual se presenta una persona que sufre un daño o perjuicio, que es provocado por una acción u omisión, ya sea por culpa de otra persona, o por fuerza mayor. Esta persona al ser víctima de este delito, está en el derecho de iniciar un proceso penal contra esa persona que le inflige un daño o perjuicio en un momento determinado, el cual garantice su protección física, moral y el restablecimiento de sus derechos como bien pueden ser el derecho a la integridad personal, la libertad sexual, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad. Así mismo garantizar la confidencialidad de los datos proporcionados por la víctima referente a los hechos en los cuales se le vio vulnerada.

Estos derechos comprenden la capacidad de mujeres y hombres de expresar y disfrutar de forma autónoma y responsable de su sexualidad, sin riesgo de enfermedades transmitidas sexualmente, embarazos no deseados, coerción, violencia y discriminación. Son derechos humanos dirigidos a garantizar la convivencia y la armonía sexual entre hombres y mujeres, entre adultos y menores. Los derechos sexuales y reproductivos se orientan a lo largo de la salud sexual y reproductiva, entendida como el pleno disfrute de una sexualidad sana, libre de riesgos, segura y responsable, que contribuya a la realización de las personas y a su desarrollo como seres humanos (Pérez, 2014).

El Programa de acción de la Conferencia Internacional para el desarrollo y la plataforma de Beijing, reconoce los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos humanos, así pues, define los derechos sexuales como “el derecho de las personas a tener control respecto a su sexualidad, incluyendo su salud sexual y reproductiva y a decidir libre y responsablemente acerca de su vida, sin verse sujeto a la coerción, la discriminación y la violencia”.

Los factores de riesgo en el abuso sexual, causan un gran impacto en la salud física y mental de la víctima, así como dañinas repercusiones en sus relaciones sociales, encontrando que en el aspecto físico puede originar embarazo no deseado, riesgos de aborto, enfermedades de transmisión sexual, daños en el sistema reproductor, desangramientos traumáticos, abuso de alcohol y drogas intentos de suicidio. A nivel mental, vulnerabilidad ante nuevos abusos, baja autoestima, desprecio por sí mismo, miedo, sentimientos de culpa, rabia, deseos de venganza, tristeza, impotencia sexualización traumática, en el área social, sentimientos de estigmatización, desconfianza, aislamiento, sentirse diferente a otras personas (Casa, Escobedo, 2010).

Es así entonces como se hace necesario que el Estado mediante sus órganos de prevención, como lo pueden ser Hospitales, Medicina Legal, el centro de referencia nacional sobre violencia (CRNV) y el centro de atención integral a víctimas de abuso sexual (CAIVAS) dependencia de la Fiscalía, proporcione un servicio oportuno y eficiente a las víctimas y personas involucradas en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, trata de personas y violencia intrafamiliar en un marco de respeto por la dignidad humana llevando a cabo protocolos basados en el conjunto de procedimientos destinados a estandarizar un comportamiento humano o sistemático artificial frente a una situación específica, que ayuden a garantizar la protección de esos derechos y el tratamiento de las lesiones ocasionadas en la comisión del delito.

Los indicadores de las víctimas pueden obedecer a ropa interior rasgada; dificultad para andar y sentarse; dolor o picor de las zonas genitales que aumenta cuando orina o defeca; rastros de semen o sangre en el cuerpo la ropa; hematomas en la cara interna del muslo; lesiones, desgarros o inflamación en el ano o la vulva. Miedo y/o rechazo a algún miembro de la familia; cambios bruscos de conducta y conductas autodestructivas; conductas regresivas (chuparse los dedos, orinarse) tendencia al secretismo; rechazo de

caricias o contacto físico; conducta seductora o interés por la conducta sexual de los adultos; y conocimientos precoces sobre contenidos sexuales. Estas conductas se reflejan a nivel emocional, social y sexual en las víctimas de abuso (Casa, Escobedo, 2010).

Estos organismos están en la obligación de atender de manera adecuada y oportuna a toda víctima de abuso sexual mediante un examen médico legal realizado por el personal idóneo y capacitado de cada institución, consistente en realizar valoraciones médico-legales dentro de procesos judiciales y por orden escrita de una autoridad competente y así garantizar la veracidad y la adecuada recolección del elemento material probatorio (EMP) evidencia física (EF) extraído del cuerpo de la víctima, por medio de la inspección corporal y registro personal, y procurar también el debido embalaje que permita garantizar el adecuado traslado de los indicios al laboratorio para estudio posterior y que puedan ser utilizados por consiguiente como evidencia, teniendo en cuenta que cada EMP y EF debe tener su respectiva cadena de custodia, en un proceso judicial para dar paso a una sentencia condenatoria.

Como se ha mencionado anteriormente la impunidad referente a delitos de carácter sexual es un problema frecuente y de actualidad; teoría que se fundamenta en datos proporcionados por la fiscalía, cuyo informe afirma que en los primeros diez meses del 2012 se asignó a la unidad de delitos sexuales 3.343 casos, y solo 287 concluyeron en sentencia condenatoria. El alarmante informe señala que habría un subregistro de los casos relacionados con mujeres, pues muchas no denuncian las agresiones. De los casos denunciados, dice el informe, 293 correspondían a personas que no tenían la capacidad para resistirse a la agresión, 95 fueron víctimas de acoso sexual, 21 fueron inducidos a la prostitución, 18 denunciaron por tráfico y trata de personas y 53 por acciones contra la libertad sexual. Según cifras de Medicina Legal, en los últimos nueve años se han incrementado los exámenes médicos practicados

por presunto abuso sexual. En el año 2002 fueron 14.421 casos y el año 2011 22.597 (Periódico ADN 2012).

Las altas cifras de impunidad que registran este tipo de delitos (91.4%), se presenta como consecuencia directa de la falta de evidencias que permitan llevar al juzgador el convencimiento más allá de toda duda razonable de que quien es denunciado, investigado y juzgado sea el autor de la conducta; generando como efecto el archivo de las diligencias de indagación, la preclusión de las investigaciones y la emisión de sentencias absolutorias. En los delitos de violencia sexual es el examen médico de la víctima junto con su declaración en la mayoría de los casos los únicos datos a favor de la investigación. (Ventura, 2007). Dichos datos y en especial aquellos que se obtienen del examen médico de la víctima, son accesibles por un corto periodo de tiempo, por ello, el primer momento de atención a la víctima por parte de hospitales, centros médico, medicina legal y fiscalía, es fundamental para la obtención de la evidencia, mediante el despliegue de rutas de atención interinstitucionales y de protocolos técnicos especiales que permitan su preservación, obtención y custodia adecuada, para finalmente vincularla a proceso penal. Teniendo en cuenta los altos porcentajes de impunidad por falta de evidencia, es necesario estudiar los procedimientos que se llevan a cabo por parte de las entidades involucradas en este proceso, como lo son la Fiscalía General de la Nación, Medicina Legal y Hospitales, para establecer si estas actuaciones influyen en la ausencia de evidencia médico legal en los procesos penales por delitos de violencia sexual y la su relación con el alto índice de impunidad

El Centro de Atención Integral e Investigativo de Delitos Sexuales de Medellín, CAIVAS, dependencia de la Fiscalía, en el 2013 recibió 1.301 casos de presuntos delitos sexuales, de los cuales 342 son de acceso carnal y 458 acceso carnal violento con menores de 14 años (Periódico ADN Cervera, 2014).

Al no cumplirse con los adecuados procedimientos y protocolos establecidos, difícilmente se puede llegar a esta sentencia condenatoria, ya que cuando se presenta negligencia en el proceso de obtención de la evidencia médico legal muchas de estas denuncias quedan en la impunidad porque no se procesaría ni castigaría a los responsables de violaciones graves a los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Delitos contra la libertad Integridad y formación sexuales

En Colombia los delitos que de manera genérica se denominan violencia sexual, están contemplados en el título IV del código penal (Ley 599 de 2000), bajo el nombre de Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; el cual se divide a su vez en cuatro capítulos: El capítulo primero trata “*De la violación*” y contempla los delitos de acceso carnal violento, acto sexual violento y acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir; el capítulo segundo trata “*De los actos sexuales abusivos*”, contemplando los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales con menor de catorce años, acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir y acoso sexual; el capítulo tercero trata las disposiciones comunes a los capítulos de la violación y de los actos sexuales abusivos, éste capítulo tercero trata de las circunstancias de agravación punitiva para estas conductas delictivas y trae la definición bajo la cual debe ser interpretado el concepto de acceso carnal para efectos jurídico penales en los siguientes términos: “Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo u otro objeto. Finalmente el título cuarto del código penal contempla el capítulo cuarto denominado “*De la explotación sexual*”.

Afirma Arboleda (2012) que la denominación que trae el código penal en su artículo

212 sobre acceso carnal, distingue dos formas de penetración: por un lado la viril y por otro lado de cualquier parte del cuerpo humano u otro objeto.

Respecto de la penetración del miembro viril por vía vaginal, anal u oral, forma clásica de tipificación del delito ha dicho la doctrina: presupone, pues, la conducta, la penetración corporal del órgano sexual masculino en las cavidades receptoras – anal o vaginal de otra persona en circunstancias que hagan posible el coito en forma total o parcial. EL artículo 212 del Código Penal también permite que se configure el delito mediante penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano o a través de la utilización de otros objetos. En consecuencia, el acceso carnal se configura ahora, también, por la introducción en el aparato anal, bucal o vaginal del ofendido de cualquier objeto material distinto al órgano copulador, aun cuando se le asigne connotación sexual (instrumentos mecánicos, elementos artificiales, denso del violador) o la introducción del miembro viril en lugares o sitios del cuerpo humano, distintos de ano, boca o vagina, vale decir, nariz, oídos, palmas de la mano u otras penetraciones anormales.

Procedimiento en caso de lesionados o víctimas de agresiones sexuales

El código de procedimiento penal colombiano (ley 906 de 2004) en su artículo 250 establece el procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales, indicando que “ cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas, tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos, y no hubiera peligro de menoscabo para su salud, la policía judicial requerirá el auxilio del perito forense a fin de realizar el reconocimiento o examen respectivo.

En todo caso, deberá obtenerse el consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal cuando fuere menor o incapaz y si estos no lo prestaren, se les explicará la importancia que tiene para la investigación y las consecuencias probables que se derivarían de la imposibilidad de practicarlos. De perseverar su negativa se acudirá al juez de control de garantías.

El reconocimiento o examen se realizará en un lugar adecuado, preferiblemente en Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, en un establecimiento de salud.”

El artículo 205 comprende las actividades de policía judicial en la indagación e investigación, estableciendo que “Los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querrelas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes tales como inspección del lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, éste será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal.

Sobre estos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

Conclusiones

La sexualidad hace parte de la vida de todas las personas (Meresman, 2012). Desde que una

persona nace hasta que muere, su sexualidad se manifiesta de diversas formas en cada fase de su ciclo vital. Todas las personas, jóvenes, adultos, adolescentes, niños y niñas son sujetos sexuados y por lo tanto titulares de derechos sexuales y reproductivos (Peñaloza, 2013).

En Colombia, el problema de la impunidad radica precisamente en la falta de evidencias y en especial de aquellas que se pueden obtener del examen médico legal a la víctima, razón por la cual, se produce el archivo de las denuncias, la preclusión de las investigaciones y sentencias absolutorias, por lo tanto, es necesario verificar, revisar y analizar el proceso que se lleva a cabo para la obtención de evidencia médico legal en víctimas de delitos sexuales.

Muchas personas sostienen que si no ha habido violación no hay abuso, pero eso es erróneo, el abuso está determinado por la experiencia que ejerce en la víctima en su cuerpo, sus sentimientos, Su espíritu. Los actos físicos no siempre son los aspectos más dañinos del abuso. La violencia es una experiencia terrible y dolorosa para un niño, pero hay muchos tipos de abusos sexuales que no son físicamente dolorosos, “No dejan cicatrices visibles”, pero si dejan cicatrices en el alma y espíritu de quien lo sufre (REDIME asociación, 2010).

Referencias bibliográficas

- Arboleda, M. (2012), Código Penal Anotado. Bogotá D.C: LEYER.
- Casas, C. Escobedo, M. (2010). Diseño y validez de contenido de un programa de afrontamiento hacia el abuso sexual en niños de 7 a 9 años del Municipio de Chocontá Cundinamarca. Universidad de la Sabana.
- Cervera, A. (2014, Febrero 4). Riesgo de abuso sexual aún amenaza la niñez en Medellín. Diario ADN.
- Ley 599 de 2000, Código Penal. (2000). Diario Oficial de la Republica de Colombia,44.097, Julio 24 de 2000.
- Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. (2004).Diario Oficial No. 45.658, Septiembre 1 de 2004.
- Defensoría del Pueblo. (2007). Módulo de la A a la Z en Derechos Sexuales y reproductivos. Colombia: TORREBLANCA Agencia Gráfica.
- Diario ADN. (2012, Octubre 26). La Fiscalía revela impunidad en casos de abuso sexual. El Tiempo (2012, Junio 23). En la impunidad, 95 de cada 100 delitos sexuales en Colombia.
- González, A. (2011). La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá D.C: LEYER.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF (2008).Módulo Conceptual Derechos Sexuales y Reproductivos. Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.
- Meresman, S. (2012). ES PARTE DE LA VIDA. Material de apoyo sobre educación sexual y discapacidad para compartir en familia. Uruguay: Impreso en Taller Gráfico LTDA.
- Organización Mundial de la Salud (2013). Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual. Washington, DC: OPS
- Peñaloza J, (2013). Sexualidad. Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/25/abuso-sexual.html>
- Pérez, R. (20014) Derechos sexuales y reproductivos. Rev. Obstet. Ginecol. Venez.
- Revista Semana (2012, febrero 7). El año pasado 17.628 menores de edad fueron víctimas de delito sexual.
- Secretaría Distrital de Integración Social (2007). Plan Distrital Para la Atención Integral a Víctimas de Violencia y Abuso Sexual. Bogotá D.C
- Torres, W. (2006). Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velásquez, F. (2007). Manual de Derecho Penal, Parte General. Medellín: Librería Jurídica COMLIBROS.
- Ventura, M. (2007). Manual de Medicina Legal Policial. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I.

Reclutamiento forzoso de niños en Colombia a la luz del Corpus Juris del derecho internacional

*Xiomara Jaramillo Estrada**

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

“No participen de los actos sin fruto que se hacen en la oscuridad, más bien desenmáscárenlos”(Efesios 5; 11.)

Resumen

El contexto de nuestra niñez y adolescencia en Colombia, es el reflejo de un espectáculo que asoma grandes retos. Estamos consintiendo atropelladamente que la niñez se vea permeada por la violencia, dado que las cifras emitidas por el ICBF, indican que la tercera parte de los integrantes de los grupos guerrilleros son menores de edad. Según la investigación, en las FARC los jóvenes representan el 42 por ciento del pie de fuerza; en el ELN el 44 por ciento; en las AUC el 40 por ciento y en las bandas criminales el 50 por ciento.¹

Hay graves inconvenientes que atentan contra el desarrollo de los niños, aun cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 consagra la protección especial de los niños y el principio de corresponsabilidad al disponer que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, la sociedad y del Estado”.² Lo anterior, indica que todos tenemos el deber de defender los derechos de los niños toda vez que ellos son sujetos de especial protección constitucional, siendo así, el siguiente artículo tiene como propósito analizar la situación en la que se encuentran los niños respecto del delito de reclutamiento forzoso, desde las pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y demás instrumentos nacionales e internacionales.

Palabras clave: Reclutamiento forzoso, niños, Organismos Internacionales, Estado, crimen de guerra

* Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria de Sabaneta UNISABANETA. Integrante del Semillero de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Coordinado por la Doctora Luz Elena Mira Olano.

1 Cifras de reclutamiento infantil en Colombia. Ideamérica, Septiembre 28 de 2012.

2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Forced recruitment of children in Colombia to the light of international law Corpus Juris

Abstract

The context of our children and adolescents in Colombia is a reflection of a show looming great challenges. We are agreeing that children hastily look permeated by violence, since the figures issued by the ICBF, indicate that one third of the members of guerrilla groups are minors. According to research, the FARC young people represent 42 percent of the standing army; ELN in 44 percent; AUC in 40 percent and criminal gangs in 50 percent.

There are serious problems that threaten the development of children, even when the American Convention on Human Rights Article 19 establishes special protection of children and the principle of shared responsibility by providing that “Every child has the right to the measures of protection his status requires as a minor by the family, society and the state.” This indicates that we all have a duty to defend the rights of children since they are subject to special constitutional protection, if so, the following article aims to analyze the situation in which children are over the offense of forced recruitment, from the pronouncements of the Inter-American System of Protection of Human Rights and other national and international instruments.

Keywords: Forced recruitment, children, international organizations, State, war crime.

Desarrollo

En primera instancia, es necesario indicar que el reclutamiento de niños tiene una trascendencia de impacto mundial, debido a ello, el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante Protocolo Facultativo de la CDN) relativo a la participación de niños en conflictos armados, establece en su artículo 2 que los Estados partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años. Del mismo modo, en el artículo 3, indica que el reclutamiento voluntario de niños no podrá efectuarse a menores de 15 años.³ Aunado a ello, también en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra I⁴ y II⁵ establece que los menores de 15 años no podrán participar de las hostilidades, y como consecuencia, la violación de esta norma ha sido declarada como un crimen internacional en el Estatuto de Roma.⁶ Paralelamente, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) establece en el artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado por ofrecer garantía a los niños, toda vez que es alarmante la situación de riesgo que atenta contra el desarrollo de su salud física y emocional, por tanto, merecen un trato especial.

Históricamente en Colombia, el reclutamiento forzoso de niños, tiene aproximadamente 50 años de existencia, sin embargo, este delito solo vino hacer establecido como tal en 1997 con la expedición de la Ley 418 que indica en el artículo 14 lo siguiente: “Quien reclute a menores de edad

para integrar grupos insurgentes o grupos de autodefensa, o los induzca a integrarlos, o los admita en ellos, o quienes con tal fin les proporcione entrenamiento militar, será sancionado con prisión de tres a cinco años.” Tras esta situación, es evidente que el reclutamiento de menores es un delito que atenta contra los Derechos Humanos y es alarmante la situación en la que se encuentra Colombia, puesto que se afirma que hay entre 11.000 y 14.000 menores de edad militando hoy en día en las filas de los grupos armados ilegales que operan en el territorio nacional.⁷

Según la Defensoría del Pueblo, el 35% de los menores entrevistados, manifestó haberse sentido obligado a realizar actividades que no deseaba, las cuales incluía el entrenamiento militar, combatir, matar, sepultar compañeros, minar carreteras, marchar día y noche, caminar enfermos, cuidar secuestrados, hacer retenes, colocarse dispositivos para prevenir embarazos (...) además, también se señala con especial énfasis la situación de las niñas combatientes colombianas, a quienes se destina para la compañía de los mandos irregulares, hasta el punto de que las niñas de hasta 12 años de edad tienen que utilizar anticonceptivo y abortar si quedan embarazadas.⁸ Dentro de este contexto, es indudable que el Derecho internacional considera de gran importancia la prohibición del reclutamiento de niños, por lo que los Estados están obligados a tener especial prioridad en su protección.

1. El reclutamiento de niños tipificado como un crimen de guerra

Es necesario indicar que la comunidad internacional, ha tomado la iniciativa de poner fin a

3 Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño. Artículos 2 y 3

4 Artículo 77(2)

5 Artículo 4(3)

6 Artículo 8.2(b)

7 Sentencia C-240 del 2009

8 “Los niños, las niñas y los jóvenes, víctimas y victimarios, en el proceso de paz de Colombia” Mario Gomez Jiménez. Medellín, mayo 2014.

la impunidad debido a las graves violaciones de Derechos Humanos en contra de los niños. Cabe señalar, que en el año 2002, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) estableció que el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años de edad o su utilización para participar activamente en hostilidades está tipificado como crimen de guerra.⁹ Al respecto, conviene decir que la CPI tiene competencia sobre los siguientes crímenes: Genocidio, Lesa Humanidad, Guerra y Agresión (Artículo 5). Los delitos tipificados, en el marco de estos crímenes, se establecen a través de los artículos 6, 7, 8 y 9, respectivamente.¹⁰ Es significativa la importancia de establecer el reclutamiento de niños como crimen de guerra puesto que la CPI tendrá como función individualizar, investigar y sancionar a los presuntos responsables de cometer crímenes que le competen a la CPI.

2. Casos que se han introducido ante la corte penal internacional en cuanto al reclutamiento de niños

La judicialización en el plano internacional ha sido tenue, dado que las condenas por este delito en los organismos nacionales en situaciones de conflicto o posconflicto son mínimas. Actualmente, los organismos internacionales se han desempeñado en asumir dicha situación, y ello, se puede dilucidar en el Tribunal Especial de Sierra Leona que fue la primera Corte Internacional que consideró cargos sobre reclutamiento de personas menores de edad estableciendo diversas condenas en contra de Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, miembros de Fuerzas Armadas Revolucionarias, y posteriormente en contra de Allieu Kondewa, miembro de la Defensa Civil de las Fuerzas Armadas de la Milicia,

por el reclutamiento y el empleo de niños como soldados, entre otros crímenes. En 2013, el Tribunal Especial emitió condena en contra de Charles Ghankay Taylor, quien fuera acusado de once cargos de crímenes de guerra y lesa humanidad, incluidos los de reclutamiento y uso de menores.¹¹ Ahora bien, estas consideraciones fundamentan el progreso en la investigación y sanción de los ejecutores del reclutamiento ilícito por parte de los tribunales internacionales afianzando un fuerte marco jurídico en medio del conflicto armado.

3. La comisión y la corte interamericana de derechos humanos.

Dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se encuentran dos entidades principales encargadas de velar por el interés y protección de los derechos humanos, ellas son: la Comisión IDH y la Corte IDH, ambas, consideran como un asunto de especial importancia la protección de los derechos de los niños, de hecho, la Comisión IDH ha manifestado su preocupación en cuanto a al informe sobre la situación de la niñez afectada por el conflicto armado, pues indico el Secretario General de las Naciones Unidas que por parte de los grupos armados surgidos luego de la desmovilización de los grupos paramilitares, se registra reclutamiento y utilización o amenaza de estos, en 128 municipios de 23 departamentos de Colombia.¹²

Por otra parte, en el caso conocido por la Honorable Corte IDH “Niños de la Calle contra Guatemala” se examinó el peligroso contexto de vulnerabilidad de esta población y la omisión por parte del Estado frente a la protección de los niños debido a la situación de violencia generalizada en su contra. Al respecto, conviene

9 <https://childrenandarmedconflict.un.org/es/nuestro-trabajo/tribunales-internacionales/>

10 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

11 El delito invisible. Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia.

12 ONU (2012). Op. cit., párrafo 20.

decir las conclusiones de la Corte IDH, cuyo pronunciamiento fue el siguiente: *“A la luz del artículo 19 de la Convención Americana, la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles e ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.”*¹³ A este propósito, conviene decir que el reclutamiento ilícito de niños es significativo debido a su trascendencia e impacto global. Al mismo tiempo, se le exhorta a los Estados en tomar las medidas necesarias para prevenir, investigar y sancionar el delito de reclutamiento ilícito de niños con el fin de garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación debido a que son víctimas del conflicto armado.

Conclusiones

Ante los altos porcentajes de reclutamiento ilícito de niños en Colombia, la experiencia dentro de un grupo al margen de la ley significa para los niños fuertes violaciones a sus derechos humanos, entre los cuales, se encuentra el derecho a la libertad personal, a la integridad física, a la integridad sexual, a tener una familia y no ser separado de ella. Además, el Código Penal Colombiano establece el reclutamiento como un delito que reviste gran impacto y gravedad. Por esta razón, se ha catalogado en los organismos internaciona-

les ratificados por el Estado Colombiano, como una violación a los Derechos Humanos, al Derecho Internacional Humanitario y es considerado como crimen de guerra.

Partiendo de lo anterior, para nadie es un secreto la ausencia del Estado Colombiano respecto de políticas sociales tendiente a promover la protección integral de la infancia frente los escenarios de violencia y que además, Si bien existen serias pruebas de la magnitud de dicha situación, el crimen continúa siendo invisible y ello, lo podemos evidenciar en las pocas condenas que se han emitido respecto al delito de reclutamiento forzoso de niños en órganos nacionales.

Notemos entonces cuán importante es la protección especial que el Estado debe brindar en ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción y abstenerse de cometer cualquier acto violatorio de tales derechos, tal y como se indica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Conocidos como las obligaciones generales de los Estados de deber de garantía y deber de respetar las disposiciones de la CADH. Si lo que se quiere, es una verdadera aniquilación del delito, el Estado debe prevenir la vulneración de los derechos de sus asociados y más aún cuando hablamos de niños, puesto que el futuro del mundo depende del aliento de ellos.

Referencias Bibliográficas

- Cifras de reclutamiento infantil en Colombia. Ideamérica, Septiembre 28 de 2012.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño.
- Sentencia C-240 del 2009
- Corte I.D.H Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999

13 Corte IDH (1999). Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999, párrafo 191

Los niños, las niñas y los jóvenes, víctimas y victimarios, en el proceso de paz de Colombia. Mario Gómez Jiménez. Medellín, mayo 2014. <https://childrenandarmedconflict.un.org/es/nuestro-trabajo/tribunales-internacionales/>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El delito invisible. Criterios para la investigación del delito de reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia.

ONU (2012). Op. cit., párrafo 20.

Avance en el departamento de Nariño en el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a parejas conformadas por personas del mismo sexo entendida como un derecho fundamental

*Diana Marcela Rojas Eraso**

*Rosa Elena Lagos Castellanos**

*Daissy Carolina Henríquez Buesaquillo**

Recibido: abril 13 de 2015

Aprobado: mayo 13 de 2015

Resumen

En Nariño, bajo el contexto de ser un departamento de ideologías conservadoras bastante arraigadas, es difícil encontrar un caso preciso en el cual se haya otorgado una pensión de sobrevivientes para parejas conformadas por personas del mismo sexo, por ende es preciso remitirse a un análisis previo para anticiparnos a la conducta de los administradores de justicia en caso tal de que se les presente un caso bajo estos parámetros. De igual manera es importante analizar las fuentes jurídicas que han dado origen a esta prestación en las condiciones de igualdad para parejas conformadas por personas del mismo sexo. Es así, como el precedente jurisprudencial pese a que ha tenido una alta divulgación en los medios de comunicación no es de pleno conocimiento para los jueces; en consecuencia al final de la presente investigación se determinará a manera de paralelo la postura tanto de las instituciones no gubernamentales que abanderan la defensa de los derechos de las comunidades LGBT, personas que integran esta comunidad y administradores de justicia, a través de valores cuantitativos que avalan nuestra hipótesis.

Palabras clave: Parejas del mismo sexo, pensión de sobrevivientes, igualdad, jueces, LGBT, precedente jurisprudencial, derecho humano.

* Estudiantes de Tercer Año Jornada A del Programa de Derecho en Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Nariño, San Juan de Pasto. Integrantes del Semillero “José Rafael Sañudo”. Correo electrónico del grupo: dmre.691@hotmail.com
Ponencia resultado de la investigación en el campo de la Seguridad Social bajo la coordinación del Docente Víctor Guerrero.

Progress in the department of Nariño in recognizing survivor pension to couples made up of same-sex understood as a fundamental right

Abstract

In Nariño, under the context of being a conservative ideologic department quite entrenched is difficult to find a specific case in which has been granted a pension Survivors couples formed by persons of the same sex, therefore it is necessary to refer to a previous analysis anticipate the behavior of administrators of justice, just in case they encounter a case under these parameters. It is equally important to analyze the legal sources that have given rise to this benefit under conditions of equality for couples formed by persons of the same sex. Thus, as the precedent although it has had a high disclosure in the media is not fully aware for judges; accordingly at the end of this investigation will be determined by way of parallel posture both governmental institutions defending champion the rights of the LGBT communities, people in this community and administrators of justice, through quantitative values support our hypothesis

Keywords: Same-sex couples, survivor pension, equality, judges, LGBT, precedent, Human Right.

Introducción

Históricamente las parejas del mismo sexo han sido víctimas de diversos tipos de discriminación, una de las más preocupantes es el descuido estatal frente a sus derechos ya sea para el reconocimiento de su unión o de los derechos patrimoniales derivados de la misma.

En materia pensional, la Ley 100 de 1993 constituye la pauta legal para el reconocimiento de dichos derechos, pero cabe aclarar que esta ley no es extensiva para la inclusión de parejas del mismo sexo. En confrontación a la escasa protección, en años recientes la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha consolidado como la máxima defensora e innovadora fuente de protección y reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. A través de la emanación de la Sentencia C-336 de 2008 y la Sentencia C-051 de 2010, las cuales se han constituido como sentencias modificadoras que ha marcado claras sub-reglas jurisprudenciales, que deben aplicarse en todos los casos de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo.

Se busca que a través del reconocimiento de la igualdad como un derecho fundamental, se genere una aplicación extensiva para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, no solo desde el reconocimiento jurídico, sino de la aplicación y atención que recibe esta comunidad a la hora de realizar sus trámites jurídicos.

Principalmente se parte de una revisión de las fuentes jurídicas, a nivel nacional, es decir fuentes legales y políticas públicas, para posteriormente recaer en el contexto nariñense, con el fin de determinar cuál ha sido el avance a nivel regional del reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes para parejas conformadas por personas del mismo sexo, enfatizando en la posible aplicación del precedente jurisprudencial por los administradores de justicia, en aras del principio de igualdad.

De igual manera se abre un acápite para determinar la perspectiva que tiene la misma comunidad LGBT frente a este precedente y a su po-

sible aplicación, realizando al final un parangón entre las dos perspectivas a fin de identificar las causas de la disidencia presentada.

1.- Metodología

La investigación presenta dos momentos de indagación, en primer lugar una fase cualitativa a fin de evaluar las fuentes jurídicas nacionales, para lo cual se contó con fichas diseñadas en conjunto con el coordinador del semillero, las cuales contenían la identificación, contenido, referencia de la información discriminando si la consulta fue física o virtual.

Para la determinación del precedente jurisprudencial se siguió la metodología del Dr. Diego Eduardo López Medina, a fin de identificar las sentencias modificadoras de la línea, el punto arquimédico, pero principalmente las subreglas que se aplican en los casos con las variables determinadas.

Seguido a esto se procedió con la fase cuantitativa en donde mediante la implementación de una encuesta desarrollada a través de “google+” (La dirección web será proporcionada en el acápite de referencias bibliográficas) se evaluó el grado de conocimiento que tenían tanto entidades no gubernamentales como los Jueces laborales (Que por virtud del Artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral, le compete conocer sobre asuntos de Seguridad Social); de la ciudad de San Juan de Pasto sobre el precedente jurisprudencial, grado de satisfacción con dicho precedente y el grado de aplicación dentro de los posibles casos. Se contó también en esta encuesta con la colaboración del abogado German Humberto Rincón Perfetti de la ciudad de Bogotá, por tener un grado de conocimiento amplio de la aplicación del precedente jurisprudencial en cuanto a pensión de sobrevivientes en parejas conformadas por personas del mismo sexo en casos donde se pretendió acceder a dicha prestación.

La población LGBT seleccionada tuvo como criterio un 50% de activistas que lideran o pertenecen a instituciones que promueven la defensa

de los derechos la comunidad LGBT y el 50% restante de personas que integran la comunidad LGBT de manera general, entre los cuales contamos con la participación de una mujer quien logro constituir su unión con su pareja, en la ciudad de Pasto siendo ella de los primeros casos bajo este esquema que se han presentado en esta ciudad.

De igual manera se contó con las entrevistas de los líderes de las instituciones: Caracolas de Paz y Ágora Club de la ciudad de Pasto, información que sustentó la discusión de resultados obtenidos.

2.- Marco Teórico

2.1.- Breve recorrido por el ámbito internacional

La homosexualidad es tomada en cuenta por los diferentes Ordenamientos Jurídicos del mundo, que es considerada en determinadas regiones como legal, donde los gobiernos trabajan por la eliminación de la discriminación y la otorgación de derechos; y en otras como ilegal, en las que se sanciona de manera económica, con cárcel y en los casos más extremos con la pena de muerte.

En el marco de Derecho Internacional se encontraban diversos instrumentos que sobresalían por lograr un reconocimiento, defensa y protección de Derechos Fundamentales de todo ser humano sin distinción alguna, sin embargo ni dentro de dichos documentos ni en otros instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos se hacía referencia dentro de sus disposiciones o contenidos a la orientación sexual como una libertad del ser humano o se condenaba la persecución o discriminación que existía en torno a esta.

Un primer intento de poner en discusión internacional la discriminación basada en la orientación Sexual se da en el año de 1993 con un miembro de la subcomisión de Francia de la ONU, siendo esta propuesta aceptada hasta el año de

1995 sin embargo el estudio que se realizó arrojó datos de grupos discriminados pero en razón del VIH y SIDA, ante esta exclusión se promovió mediante votación la inclusión a la realización de estudios de la población LGBT a pesar de que no se tratara oficialmente sobre el tema aludiendo que no era necesario una mayor investigación sobre el tema para que estuviese dentro de la agenda (Pérez, 2000).

La pronunciación más importante a nivel internacional se da en el Parlamento Europeo, donde el Comité de Derechos Civiles y Asuntos Internos del Parlamento Europeo realiza un informe sobre asuntos relativos a la situación de igualdad en derechos de lesbianas y homosexuales, razón por la que se expide en febrero de 1994 una resolución que entre otros puntos insta a:

“Terminar con la desigualdad en el trato contra personas de orientación homosexual contenido en las disposiciones jurídicas y administrativas de leyes como la deseguridad social, incluidos los beneficios en esta materia, de adopción, de sucesiones, en los códigos penales y en todas aquellas que contengan este tipo de discriminación.” (Pérez, 2000).

El beneficio por fallecimiento, es una de las prestaciones de Seguridad Social, en aras de proteger el bienestar familiar de todos los dependientes del fallecido, en el ejercicio de su actividad o no, o incluso cuando ya estaba a punto de obtener la jubilación. Desde su naturaleza sustitutiva esta prestación está diseñada para satisfacer, o al menos para minimizar la falta de aquellos que proporcionan las necesidades económicas de las personas a cargo (Superior Tribunal de Justicia, 2005).

En Argentina, ante la constante presión de las comunidades defensoras de los derechos de los homosexuales, la Administración Nacional de la Seguridad Social a través de la Resolución 671 de 2008, se declaró a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del

Régimen de Capitalización (Administración Nacional de la Seguridad Social, 2008).

En la legislación brasileña, la unión estable había sido reconocida entre personas del mismo sexo, y este reconocimiento se da también en la Seguridad Social, ya que la dependencia económica también existe en las relaciones homoafectivas y el derecho de conceder la pensión de beneficio para la muerte también se extiende a estas relaciones (Mauro, Clarice, 2013).

Uruguay dispone de un sistema normativo bastante ordenado, lo anterior se justifica en que con relación al tema de pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo, solo se encuentra dos parámetros legales, que son la Ley N° 16.713 de 1995 y la Ley N° 18246 de 2007.

El 29 de enero del 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) atrajo el caso de un amparo post mortem a José Alberto Gómez Barroso para que su esposo pueda recibir una pensión y servicios médicos por parte del instituto, en Puebla. Este caso, fue el primero en el cual la Suprema Corte otorgo un amparo a una persona fallecida, ya que su esposo tendrá que ser dado de alta en el IMSS y podrá solicitar su pensión por viudez (El Universal, 2014)

2.2.- *Orbita constitucional, una aproximación hacia la igualdad*

En Colombia la aceptación e inclusión de las parejas conformadas por personas del mismo sexo en la órbita garantista del Estado Social de Derecho fue lenta, progresiva pero no total, razón por la cual sólo desde el año de 1980 la condición de Homosexualidad dejó de ser delito y a partir del año 2001 se empieza a incorporar mayor punibilidad a las conductas y actos de razón discriminatoria hacia esta población. (Forero y Cárdenas, 2009).

Ya con la incidencia en nuestro país de diferentes hechos históricos que hicieron que se reforme la política y la cosmovisión en el mundo occidental y por ende de América, las consti-

tuciones tuvieron que tener una transformación propendiendo por la inclusión de valores y principios que debieran regir la sociedad, alejándose un poco de la visión religiosa que hacía que la mayoría de la sociedad viera en la homosexualidad una enfermedad repudiable, “La religión, la tranquilidad política, la moral y la decencia pública, la reputación personal y la protección de la vida íntima personal y familiar, se constituían en los límites infranqueables de la libertad individual. El dogma, la sujeción política, el respeto de la moral y la infranqueabilidad del individuo –posteriormente de la familia- constituyeron los elementos con los cuales se ideó la esfera pública de Colombia.” (Guzmán, 2000).

La constituyente de 1991 conformada por diferentes corrientes políticas le dio al constitucionalismo una connotación de pensamiento más amplio, la nueva Constitución trajo consigo la innovación en su parte orgánica pero lo que le representó el avance más relevante fue su parte dogmática, separando los derechos en fundamentales, sociales económicos, culturales y ambientales, en donde se implantan nuevos derechos como la libertad de expresión, la igualdad con concepto amplio dándole una protección especial a los grupos vulnerables, y como el gran avance la implantación del derecho a la seguridad social en su artículo 48: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”, del mismo modo al consagrar mecanismos para la exigencia de sus derechos cuando éstos se vean vulnerados, hablando específicamente de la acción de tutela, método que en sí no tendría que ser utilizado por la obligatoriedad que tiene el Estado y en general la sociedad de no impedir el ejercicio libre de los derechos legítimamente concedidos, sin embargo ha sido de gran importancia pues con esto se permite el reconocimiento y garantía de los mismos, en éste caso el del acceso a la Seguridad Social. Aquí ya se consagra a la seguridad social como un derecho de toda persona, que en concordancia con el derecho a la igualdad le da pie a las parejas conformadas por personas del mismo sexo a reclamar legítimamente

sus derechos pensionales de manera igualitaria por lo que la Corte Constitucional como órgano defensor de la Norma Superior, los ha tenido en cuenta a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1991.

2.3.- La Ley 100 de 1993, un vacío legal

La Ley 100 de 1993, modificada por Ley 797 de 2003 contempla en su artículo 47 los beneficiarios para acceder a la pensión de sobrevivientes, el cual contempla:

“ARTICULO.47.- Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente (...).”

La norma anterior deja un vacío jurídico al no determinar el sexo del cónyuge o compañero permanente, motivo por el cual ha sido la Corte Constitucional la encargada de desarrollar el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo, como se referenciará más adelante.

2.4.- Carencia de una política pública nacional

Como mandato constitucional el Gobierno Nacional, los gobiernos locales y las instituciones públicas, están en la obligación de diseñar e implementar políticas públicas integrales que garanticen la igualdad y no discriminación de las personas LGBT, a través de la aprobación de marcos legales, con campañas de educación y sensibilización de la comunidad, capacitación a funcionarios públicos y eliminación de obstáculos institucionales para el disfrute de los derechos (Colombia Diversa, 2007)

No obstante, uno de los más grandes retos es construir una política pública garantista con enfoque diferencial a gran escala, ya que en Colombia no existe una política pública nacional LGBT.

Ante la inexistencia de la Política Pública Nacional, se creó una *“Mesa de Casos Urgentes”* en cabeza del Ministerio del Interior y en la que

participaban Fiscalía y Policía Nacional. Sin embargo, ésta es ineficiente, pues no se contó con criterios claros para evaluar los casos, bajo este contexto, la Vicepresidencia de la República, en el año 2012 informó que se hizo un acuerdo de voluntades entre varias instituciones para avanzar en la garantía y respeto de los derechos humanos y darle así, impulso a la Mesa. *“Sin embargo, este acuerdo genera poca credibilidad por la falta de avances en materia de política pública y la presencia de una entidad como la Procuraduría General de la Nación, que se ha opuesto abiertamente al reconocimiento de derechos a personas LGBT”* (Colombia Diversa, s.f)

2.5.- La fuerza garantista de Derechos de la Corte Constitucional

Tras el desarrollo de la línea jurisprudencia, y a partir de la sentencia arquimédica (T-151 de 2014) se procedió a la revisión de las sentencias referenciadas por la misma Corte Constitucional, de la cual se obtuvo tres clases de fallos, en un primer lugar Sentencias de constitucionalidad (C-1043/06; C-075/07; C-521/07; C336/08 y C-1035/08), que definieron el alcance legal de los derechos pensionales extendidos a las parejas del mismo sexo en contextos del principio de igualdad.

De otro lado se encontraron las sentencias de tutela que nos muestran el escenario fáctico a través del estudio de casos particulares, en los que se acude a la Corte Constitucional ante la vulneración de sus derechos (T-349/06; T-056/07; T-1241/08; T-911/09; T-051/10; T-592/10; T-716/11; T-860/2011; T-357/13 y T-151/14)

El patrón fáctico objeto de la línea jurisprudencial ajustado a todas las sentencias analizadas, hace referencia a asuntos en los cuales se ha solicitado la defensa, por medio de acción de tutela, de derechos fundamentales como: la seguridad social en aquellos casos en los que el conyugue o compañero permanente de una pareja conformada por personas del mismo sexo, busca acceder a en calidad de beneficiario a la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente.

Con la sentencia C 075 del año 2007 la Corte Constitucional concedió el nacimiento a la vida jurídica de las parejas conformadas por personas del mismo sexo al regular la unión marital de hecho que establece la Ley 54 de 1990 y declarar la aplicabilidad de dicha Ley tanto a las parejas heterosexuales como homosexuales.

En la sentencia C 336 de 2008 como modificadora de línea, la Corte Constitucional no encuentra razones objetivas ni constitucionalmente validas que puedan justificar el déficit de protección para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, por ende les otorgo el acceso a los derechos derivados de la pensión de sobrevivientes acreditando los requisitos previstos en la sentencia C-521 de 2007 con relación a parejas heterosexuales.

Y la sentencia T 051 de 2010 al tener efectos inter comunis, hace extensiva a todas las personas del mismo sexo que pretendan acceder al reconocimiento y pago de su pensión de sobreviviente en las mismas condiciones que las parejas heterosexuales. En las consideraciones de la presente sentencia se enfatizó igualmente la prohibición de fijar requisitos, exigir que se adelanten trámites o se aporten pruebas no previstas en la legislación vigente como sucedió en el tercer caso, cuando a pesar de que la entidad demandada en el escrito de respuesta a la tutela incluye una lista en la que se encuentran los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente.

La línea jurisprudencial como las sub reglas identificadas deben ser tenidas en cuenta por las parejas del mismo sexo que aspiren a que les sea reconocida una pensión de sobreviviente y por los fondos de pensiones y cesantías a la hora de estudiar solicitudes y pronunciarse sobre las mismas para el caso de solicitudes realizadas por parejas del mismo sexo.

1. En materia de pensión de sobrevivientes no se puede hacer exigible la obligación de 2 años de convivencia (Artículo 163 de la ley 100 de 1993), debe entenderse que la convivencia puede demostrarse con: declaración ante juez

o notario, en la que conste la vocación de permanencia y convivencia de la pareja.

2. La pensión de sobrevivientes constituye una seguridad jurídica y financiera para aquellas personas que derivan su sustento del causante; desconocer este derecho a los compañeros o compañeras permanentes comprende una seria violación a sus derechos y un grave desconocimiento de la situación fáctica en la que se encuentran muchas familias conformadas de manera diferente al matrimonio convencional.
3. La regla general es que el efecto de las sentencias de constitucionalidad se proyecta únicamente hacia futuro, sin embargo existen varios casos en los que la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de que los beneficios derivados de una sentencia puedan beneficiar a personas cuya situación de hecho generadora de derechos se consolidó con anterioridad a la fecha del respectivo pronunciamiento.
4. Para aplicar un trato igualitario a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, y en aras de hacer efectiva la sentencia de la Corte Constitucional cuando decidió proteger el derecho a la seguridad social en pensiones de las parejas del mismo sexo, la Sala considera que la interpretación más favorable respecto de los medios probatorios es la de hacer valederos todos los medios de prueba con que cuentan las parejas heterosexuales cuando quieren acreditar su calidad de compañeros permanentes .
5. La Corte Constitucional dejó por sentado que queda prohibido solicitar o imponer a las parejas homosexuales una carga probatoria adicional o desmedida diferente a la que esté consagrada en las leyes y en la jurisprudencia para acceder al derecho de la pensión de sobrevivientes pues esta medida constituye una clara violación al principio de igualdad respecto a las parejas heterosexuales. Así mismo esta corporación dio ciertas claridades sobre la línea jurisprudencial que se venía mane-

jando, particularmente la sentencia C-336 de 2008 al afirmar que esta tiene efectos enunciativos y de ninguna manera su fecha de promulgación compromete una restricción para casos futuros o anteriores a la misma.

3.- Resultados

1. En el ámbito internacional, es importante resaltar que la presión ejercida por casos particulares ha logrado transformar el paradigma jurídico en los diferentes países latinoamericanos, es el caso de Ecuador donde a través de una decisión judicial se otorga la pensión a una pareja del mismo sexo. En comparación a Colombia, de manera similar ha sido la Corte Constitucional, la institución encargada de hacer extensivos los derechos ya sean de índole patrimonial o asociados al Sistema de Seguridad Social.
2. Colombia se ha puesto en la tarea de reivindicar los derechos de la comunidad LGBT en aras de aplicar el principio de igualdad de la Carta Política de 1991, y es aquí donde la Corte Constitucional ha desempeñado un rol bastante importante, porque ha sido esta institución a través de su rol de garante de la Constitución que ha creado figuras jurídicas y a su vez ha hecho extensiva la protección de los derechos para las personas de la comunidad LGBT, principalmente en el ámbito patrimonial, los avances realizados son bastante significativo, pero aun el camino por recorrer es largo, en materia de constituirse como un organismo que permita otorgar en igualdad de condiciones derechos a toda la comunidad en general, sin discriminar en razón de su orientación sexual.
3. En Pasto, se cuenta con tres Jueces Laborales del Circuito, de los cuales un 67% (2 de 3) está de acuerdo con los avances logrados en relación con los derechos de la comunidad LGBT, mientras que frente al mismo punto la comunidad LGBT siendo la directamente legitimada con estos derechos, solo un 75% de la población muestra, considera estar de acuerdo con los derechos logrados para su misma comunidad.
4. Un 100% tanto de los Jueces Laborales como de la comunidad LGBT encuestada, demostraron estar de acuerdo con las luchas que se están realizando para promover la defensa y promoción de los derechos de la comunidad LGBT.
5. Con relación a la equiparación de derechos tanto para las personas de la comunidad LGBT y las personas heterosexuales, por parte de los administradores de justicia, solo un 33% considera que si debería realizarse dicha equiparación en condiciones de igualdad, mientras el otro 67% reserva esta equiparación solo para algunos aspectos. Contrario a la comunidad LGBT que avala y defiende que esta equiparación de derechos sea total y garantista.
6. Frente a la determinación del grado de garantía y satisfacción de las figuras jurídicas creadas por la Corte Constitucional para las personas pertenecientes la comunidad LGBT, para los Jueces Laborales el rango oscila entre un grado medio y un grado de satisfacción buena (4 de 5), mientras que para la comunidad LGBT y las instituciones encuestadas la opinión queda dividida entre un grado medio (3 de 5) y un grado bueno (4 de 5).
7. Un 100% de la población encuestada en los dos contextos, afirmó conocer del precedente jurisprudencial que otorgo la Pensión de Sobrevivientes para parejas conformadas por personas del mismo sexo en condiciones de igualdad, pero con relación al grado de conocimiento de manera más específica del mismo, arrojó como resultados que para los Jueces Laborales un 67% tiene un grado medio de conocimiento (3 de 5) y un solo un 33% tiene un grado relativamente bueno (4 de 5). Para la comunidad LGBT e instituciones encuestadas la opinión se divide entre un

25% de conocimiento bajo (2 de 5), un 25% de conocimiento bueno (4 de 5) y un 50% de conocimiento alto (5 de 5).

8. Un 90% de la población encuestada en los dos ámbitos, afirmó que desconoce casos donde se haya otorgado una Pensión de Sobrevivientes a una pareja conformada por personas del mismo sexo (esta pregunta está enfocada de manera general es decir no aplica solo al contexto regional), ni siquiera casos que estén en trámite.
9. Se reitera que en Nariño no se han presentado casos donde se haya otorgado una Pensión de Sobrevivientes a una pareja conformada por personas del mismo sexo, aun así un 100% de los Jueces Laborales afirmo estar dispuesto a cumplir cabalmente el precedente jurisprudencial, mientras se cumpla con los requisitos establecidos previamente, sin objetar ideología contraria.

4.- *Discusión de Resultados*

1. En base a la entrevistas, la ciudad de Pasto y en general Nariño, ha mantenido a lo largo de la historia una corriente conservadora bastante arraigada, razón por la cual se justifica que las personas quienes acceden a esta orientación de vida, optan por salir a otras ciudades, como Bogotá, que según los entrevistados lleva el empoderamiento a nivel de Colombia en materia de defensa de derechos de la comunidad LGBT, y en consecuencia en materia de Pensión de Sobrevivientes para parejas conformadas, no se han presentado en nuestra región.

Entre los derechos de las personas LGBT consagrados en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, y la plena efectividad de éstos en la vida diaria, existe una enorme distancia. Para acabar con esta brecha, o al menos empezar a disminuirla, son indispensables políticas públicas nacionales y locales que ataquen el prejuicio que origina la discriminación y la violencia en razón de la orientación sexual y

la identidad de género (Colombia Diversa, 2007)

2. A nivel de los Jueces Laborales, pese a que avalen y afirmen estar de acuerdo con los derechos, aun se evidencia reticencia en base a permitir y apoyar una total equiparación de derechos, es decir, aún hay una reserva de carácter ideológico, situación que pese a que no afecta su comportamiento a nivel de administrar justicia, puede verse reflejando en la predisposición para atender estos casos, situación que bien lo manifestaron los entrevistados, es que las parejas conformadas por personas del mismo sexo, buscan imparcialidad en la recepción de sus litigios y de casos a nivel general, situación que ellos consideran que aún hace falta por parte de las autoridades. Las instituciones entrevistadas afirmaron que no hay la suficiente capacitación en las autoridades y organismos estatales para abordar temas frente a comunidad LGBT, por ende deberá realizarse una adecuada preparación de funcionarios a fin de que las personas integrantes a este grupo tenga los mismos derechos que las personas heterosexuales y reciba la pertinente atención en condiciones de igualdad.

De igual manera que en Colombia, una vez se marca el hito en materia ya sea normativa o jurisprudencial, de extender los beneficios pensionales y de la Seguridad Social en general a las parejas del mismo sexo, esto, no siempre se aplica de manera pacífica y sin obstáculos, como se expresa en el libro *¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia*, “en la aplicación de esos derechos, se encuentra con la continua resistencia de abogados, funcionarios y ciudadanos que se oponen a ellos, por razones que van desde la ineficiencia hasta la indiferencia, que pasan por las objeciones morales y los intereses personales. En el laberinto de las instituciones y las oficinas, de los incisos y los procedimientos, los derechos

pueden perderse para siempre; por eso, con frecuencia, lograr el reconocimiento del derecho es apenas un primer paso en una larga marcha”

3. Finalmente, el resultado más relevante de la presente investigación, es la determinación de que el precedente jurisprudencial será aplicado en su totalidad si se reúnen los requisitos preestablecidos, situación que genera el inicio de la construcción de una transformación social que parte de un reconocimiento jurídico hacia una aceptación social que permite entender la igualdad como un derecho inherente a la condición humana.

Referencias Bibliográficas

- Administración Nacional de la Seguridad Social (2008). Resolución 671/2008. Recuperado el 22 de Diciembre de 2014 desde <http://www.cha.org.ar/centro-de-documentacion-digital/resolucion-6712008-de-la-an-ses-sobre-pension-para-viudosas-de-parejas-del-mismo-sexo/>
- Auto 163 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Colombia (1993). Ley 100 de 1993
- Colombia Diversa(2007). Informe Derechos Humanos 2006-2007. Recuperado el 12 de Enero de 2015 http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/POLITICAS_PUBLICAS/NACIONAL/INFORME_DH_CAPITULO_PAREJAS.pdf
- Colombia Diversa(2007). Informe Derechos Humanos 2006-2007. Recuperado el 12 de Enero de 2015 http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/POLITICAS_PUBLICAS/NACIONAL/INFORME_DH_CAPITULO_PAREJAS.pdf
- Colombia Diversa (2006-2007). Derechos Humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en Colombia 2006-2007. Recuperado el 22 de Diciembre de 2014 desde http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/que/POLITICAS_PUBLICAS/NACIONAL/INFORME_DH_CAPITULO_PAREJAS.pdf
- Colombia Diversa (2008). Parejas del mismo sexo: el camino hacia la igualdad. Sentencia C-075/07. Recuperado el 2 de Enero de 2015 desde http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/images/stories/PUBLICACIONES_FINAL/DOCUMENTOS/INFORMES_DH/documentos/InformederechoshumanopoblacionLGBT2006_2007.pdf
- Colombia Diversa (2010). Situación de derechos humanos de la población LGBT: Informe Alternativo presentado al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Recuperado el 12 de Enero de 2015 desde http://www.globalrights.org/sites/default/files/docs/LGBTI_PIDCP_Shadow_Report_Colombia_-_Spanish.pdf
- Colombia Diversa (s.f). Situación de Derechos Humanos de la Población LGBT en Colombia. Recuperado el 13 de Enero de 2015 desde <http://www.ddhhcolombia.org.co/sites/default/files/files/pdf/LGBTI%20Colombia%20Diversa.pdf>
- El Universal (2014). SCJN otorga mismos derechos a viudos de parejas gays. Recuperado el 9 de Enero de 2015 desde <http://www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/scjn-otorga-mismos-derechos-a-viudos-de-parejas-gay-983582.html>
- Encuesta aplicada en la investigación: https://docs.google.com/forms/d/1Ciz7w5nD-8P_OQzQVxQJ15UMVN-M8wKV9iCqQP5o6s7Q/viewform
- Forero, Carolina y Cárdenas, Diana (2009). Perspectiva de los Derechos de las Parejas del Mismo Sexo en Colombia en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Recuperado el 26 de Diciembre de 2014 desde http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_5242_estudios-v2-n2-parejas-del-mismo-sexo-.pdf

- Guzmán, Federico. (2000). Universidad Libre. Las personas homosexuales. Recuperado el 9 de Enero de 2015 desde <http://www.unilibrebaq.edu.co/unilibrebaq/pdhulbq/html/LIBROHOMOSEXUAL.htm>
- Mauro, Clarice. (2013). La prueba de la unión estable ante el INSS. Recuperado el 4 de Enero de 2015, desde <http://draclaricemauro.jusbrasil.com.br/artigos/111680546/a-prova-da-uniao-estavel-perante-o-inss>
- Pérez, María. (2000). Derechos de los Homosexuales. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado el 26 de Diciembre de 2014 desde <http://www.galanet.eu/dossier/fichiers/Derechos%20de%20los%20homosexuales-%20Mexico.pdf>
- Rights Watch. (2008). Colombia: Corte extiende beneficios a parejas del mismo sexo. Recuperado el 16 de Enero de 2015, desde <http://www.hrw.org/es/news/2008/04/17/colombia-corte-extiende-beneficios-parejas-del-mismo-sexo>
- Rodríguez Garavito, Cesar et al. (2011). ¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia. Bogotá D.C: Colombia. Ediciones Uniandes.
- Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia C-1035 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Sentencia C-336 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia C-521 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia T- 051 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo
- Sentencia T- 1241 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia T- 1241 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia T-1043 de 2006 M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia T-151 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo
- Sentencia T-349 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia T-357 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt
- Sentencia T-592 de 2010 M.P. Mauricio Gonzales Cuervo
- Sentencia T-716 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Sentencia T-860 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Sentencia T-911 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- Superior Tribunal de Justiça (2005). Recurso especial N° 395.904 - RS (2001/0189742-2). Recuperado el 4 de Enero de 2015 desde <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177971/recurso-especial-resp-395904-rs-2001-0189742-2/inteiro-teor-12918583>
- Superior Tribunal de Justiça (2005). Recurso especial N° 395.904 - RS (2001/0189742-2). Recuperado el 4 de Enero de 2015 desde <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177971/recurso-especial-resp-395904-rs-2001-0189742-2/inteiro-teor-12918583>

Guía para los autores

Las personas que envíen artículos para cualquiera de las publicaciones de la Corporación Universitaria de Sabaneta, UNISABANETA, con el fin de ser publicados, deben acompañar los textos de una constancia firmada que indique que los textos son inéditos y de su autoría y que no han sido publicados o propuestos en otro medio de divulgación. Esta cesión de artículo autoriza a la Corporación a publicar el artículo de manera impresa, en medio electromagnético o Internet.

Las personas interesadas en publicar en la revista “Escenarios Estudiantiles” de la Corporación Universitaria de Sabaneta deben cumplir con el lleno de los siguientes requisitos:

- Enviar el artículo inédito, en medio magnético, a la dirección de correo electrónico del editor direccion.investigaciones@unisabanta.edu.co, dirigido a José Saúl Trujillo G.
- El orden de los artículos debe ser el siguiente:
 - a. Título y Subtítulo (si lo hubiere) del artículo. Se señalará con un asterisco en el título, la naturaleza del artículo y el título de la investigación con un pie de página. Aquí se especificará si el artículo es un producto de investigación terminada. La entidad que ha financiado la investigación y la fecha de realización. Cuando se trate de investigaciones en curso el año en que esta inicio.
 - b. Los datos del autor deben señalarse con dos asteriscos en los nombres y apellidos completos de la siguiente manera:
Formación académica: Títulos obtenidos e instituciones que los otorgaron, cargo institucional actual, grupo de investigación (código Colciencias) al que se encuentra vinculado y línea de investigación, así como dirección de correo electrónico.
- En una hoja del texto debe escribirse un resumen analítico del artículo, en inglés y en español, no superior a 150 palabras en cada idioma, y de 6 a 10 palabras claves, en los dos idiomas.
- Introducción: En esta se debe incluir de manera breve la metodología que se expone en el desarrollo de la investigación y que da cuenta de los resultados del artículo que se pone a consideración. Desarrollo del artículo, conclusiones y lista de referencias.

- Los artículos deben tener un máximo de 25 cuartillas en tamaño carta, en letra Times New Roman 12 puntos, nota al pie 10 puntos o en Arial en las mismas dimensiones, debidamente justificado, a espacio y medio, con un margen en los cuatro bordes de 2.5 cm, tamaño carta.
- Es obligatorio el uso de citas y referencias bibliográficas en normas APA (Asociación Americana de Psicología) última edición. Las listas de referencias bibliográficas deben corresponder a fuentes utilizadas en el texto del artículo.
- En el evento de que el texto contenga cuadros en Excel, gráficos o diagramas, o presentaciones deben anexarse en un archivo aparte en Power Point o Word y en el caso de imágenes en formato jpg.
- Las páginas deben estar numeradas en el ángulo inferior derecho, empezando por la página del título.
- El envío de un artículo por parte del autor a la revista *Escenarios estudiantiles*, implica que él mismo certifica y pone de manifiesto que éste no ha sido publicado en cualquier otro medio ni del mismo modo se encuentra postulado para otra publicación, ni ha sido aceptado para su publicación en otra revista, transfiriendo de esta forma los derechos de autor a la revista *Escenarios estudiantiles*, para su respectiva publicación de forma impresa y electrónica.
- Cuando no se tenga vinculación con la Corporación, deberá anexarse un resumen de la hoja de vida.

La selección de artículos se hará a través de un comité editorial que de manera interna realizará su revisión interna sobre la tipología del artículo de conformidad a la categoría de Colciencias, cuando se trate de artículos originales. Cuando el artículo no corresponda a ninguna de las categorías o se ajuste a los requisitos abajo mencionados, será devuelto a su autor. De igual forma se realizará una revisión por un par externo, quien será escogido de manera discrecional por el comité editorial. Luego del concepto favorable del mismo o favorable con ajustes se procederá a una revisión final o sus ajustes respectivamente, por parte del autor para su publicación. En caso de concepto desfavorable, éste será devuelto a su autor.

Guide for authors

People who submit articles to any of the publications of the University Corporation of Sabaneta, UNISABANETA, in order to be published, must attach the texts to a signed statement indicating that the texts are unpublished and authorship has not been published or proposed in other means of disclosure. This article authorizes the Corporation to publish the article in print, on the Internet or electromagnetic means.

Those interested in publishing in the “Student Scenarios” of the University Corporation for Sabaneta must comply with the full requirements of the following:

- Send the unpublished paper, in magnetic media, to the email address of direccion.investigaciones@unisabaneta.edu.co, addressed to Jose Saul Trujillo G.
- The order of the articles should be:
 - a. Title and subtitle (if any) of the article. It shall be marked with an asterisk in the title, the nature of the article and the title of research with a footnote. Here you specify whether the item is a finished product research. The entity has financed the research and shooting date. In the case of ongoing investigations in the year this started.
 - b. The data of the author should be marked with two asterisks in the full names as follows:
Education: Titles and institutions that granted, institutional charge current , research group (Colciencias code) to which it is connected and online research and email address.
- On a piece of text should be written an analytical summary of the article in English and Spanish, not exceeding 150 words in each language, and 6-10 key words in both languages.
- Introduction: This should include briefly the methodology outlined in the research and development that accounts for the results of the article put into consideration. Development article, conclusions and list of references.
- Articles should have a maximum of 25 pages in letter size, font Times New Roman 12 pt, footnote 10 points or Arial in the same dimensions, duly justified, with double spacing, with a margin on all four edges 2.5 cm, letter size.

- It is mandatory the use of quotations and citations in APA standards (American Psychological Association) latest edition. The list of references must match the fonts used in the article.
- In the event that the text contains Excel tables, charts or diagrams, or Submissions must be attached in a separate file in Word and Power Point or in the case of images in jpg format.
- Pages must be numbered in the lower right corner, starting with the title page.
- The submission of an article by the author student Scenarios magazine, implies that he certifies and shows that it has not been published in any other medium or likewise is running for another publication, or has been accepted for publication in another journal, thereby transferring copyright to the student scenarios magazine for their respective publication in print and online.
- When there is no link with the Corporation, a summary of the resume must be attached.

The selection of items is done through an editorial committee that internally makes its internal review of the type of article according to the category of Colciencias, in the case of original articles. When the article does not correspond to any category or meets the requirements listed below, it will be returned to the author. Likewise, a review by an external pair, who will be chosen on a discretionary basis by the editorial committee, will be held. Following the same concept favorable or favorable with adjustments will proceed to a final review or adjustments respectively by the author for its publication. In case of unfavorable concept, it will be returned to its author.

Escenarios estudiantiles



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y Suscripciones
Oficina Editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Escenarios estudiantiles



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y Suscripciones
Oficina Editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.

Escenarios estudiantiles



SUSCRIPCIÓN

Nombre y Apellidos:	
Cédula o Nit:	
Oficina:	
Residencia:	
Teléfono:	
Correo electrónico:	
Departamento:	Municipio:
País:	
Fecha:	Firma:

Valor de la suscripción – dos números
Colombia – ordinaria \$20.000 + envío nacional
En el exterior: US\$12 + envío nacional

Correspondencia y Suscripciones
Oficina Editorial Unisabaneta
Teléfono 301 18 18 – ext.- 118-152

Lea las instrucciones que se encuentran al respaldo antes de diligenciar este formato

Por favor diligencie la suscripción a máquina o en letra legible.
Evitar los borrones, tachones y enmendaduras.



Escenarios estudiantiles
se terminó de imprimir en la
Editorial Artes y Letras S.A.S., en junio de 2015

