

Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador

ISSN: 2344-8695 / Vol. 1, N° 2, noviembre de 2013



Ejercicios estudiantiles sobre proyecto integrador

© Las opiniones, conceptos, profundidad de los artículos, tablas, gráficas, ilustraciones que forman parte de cada uno de los capítulos son responsabilidad exclusiva de los autores, todos ellos, estudiantes de Unisabaneta.

ISSN: 2344-8695 / Vol. 1, N° 2, noviembre de 2013

Consejo Editorial

Dr. Juan Carlos Trujillo Barrera
Rector General

Dr. Hernán Moreno Perez
Representante Legal

Dr. Carlos Mario Ramirez Betancur
Vicerrector Académico

Fernando Ospina Vanegas
Vicerrector de Extensión y Comunicaciones.

José Saúl Trujillo González
Editor responsable

Diseño, Diagramación e impresión

Legis S.A.
Teléfono: 4 25 5255
Bogotá, Colombia

Corporación Universitaria de Sabaneta
Vicerrectoría de Investigación

Calle 75 Sur N° 34-120
PBX: 301 18 18 ext. 103
Sabaneta - Antioquia.
2013

Fecha de Impresión: noviembre de 2013
Canje y/o Donación: Biblioteca
Teléfono. (4) 301 18 18 ext. 118 ó 152
E-mail: biblioteca@unisabaneta.edu.co

Presentación

En esta segunda publicación de la revista Ejercicios Estudiantiles Sobre Proyecto Integrador, la Corporación Universitaria de Sabaneta, desea seguir aportando a la comunidad estudiantil para su formación académica, los frutos de nuestro proyecto integrador.

El currículo de Derecho de la Corporación Universitaria, es ante todo una praxis social y por ende llena de contradicciones y conflictos y quizás aquí radique uno de los grandes problemas de la discusión sobre el currículo: la producción y reproducción conflictiva del mundo como alternativa para una pertinencia integral.

En nuestro currículo y basados en el énfasis de la pertinencia integral hemos dedicado especial atención a nuestra materia de proyecto integrador. Este hace parte de todos los núcleos del ciclo básico obligatorio. Mediante la solución a problemas o casos de ámbito nuclear los estudiantes

presentan soluciones, articulando distintas alternativas conceptuales que adquieren en los micro currículos, generando una soluciones o alternativas basados en el conocimiento jurídico adquirido y generando actitudes investigativas en los estudiantes que les permitan contrastar esta problemática con la realidad.

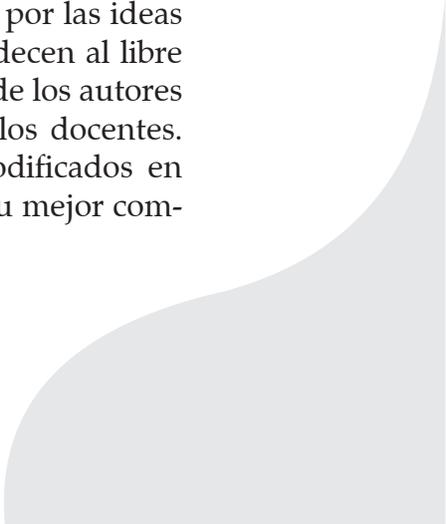
En esta edición, contamos con publicaciones estudiantiles seleccionadas por los docentes como trabajos destacados y con ello transferimos también este reconocimiento a nuestros estudiantes para que se sigan y mejorando cada día más, como principio fundamental de nuestra institución, ser cada día los mejores.

Esperamos disfruten esta nueva edición que versa sobre algunos de nuestros núcleos de formación y que esta se convierta en el pilar fundamental de la comunidad académica de Unisabaneta.

Comité Editorial

Nota:

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



Contenido

7 Derecho penal del enemigo, figura mimetizada en el Estado colombiano

Daniela Tabares Atehortúa, Patricia Madrigal

21 Desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores

*Leslie Andrea Vélez Álvarez, Isabel Cristina Guzmán González,
César Augusto Aragón León, Yamid Alexy Ramírez Marín*

49 ¿Con base en la teoría de igualdad y la prevalencia de los derechos del menor, podría considerarse constitucionalmente, el reconocimiento de la intersexualidad como un tercer sexo?

Natalia García Garces, Beatriz Elena Rodríguez Rodríguez, Luis Fernando Roa Jara

61 Objeción de conciencia de los médicos frente a la IVE

*Diego León Cano Restrepo, Daniel Montoya Hincapié,
William Rubiano Ramírez, Carolina María Madrid Velásquez*

93 ¿Qué tipo de justicia transicional resulta más adecuada a implementar en el caso colombiano, en el marco de la negociación entre los grupos insurgentes y el gobierno, en pos de concretar el derecho síntesis de la paz?

*Cartagena Durango María Enelia, Colorado Henao Margarita María,
Echavarría Zapata Martha Lucía, González Sandoval Alba Rosa,
Ruiz Ruiz Luis Fernando, Serna Ruiz Luis Alberto*



Derecho penal del enemigo, figura mimetizada en el Estado colombiano

Daniela Tabares Atehortúa
Patricia Madrigal

Dirección
Doctora Luz Elena Mira Olano

Programa:

Derecho

Materia:

Proyecto Integrador de Derecho Penal

UNISABANETA

Sabaneta - Antioquia

2012

Contenido

9 Resumen

9 Abstract

9 Desarrollo

20 Cibergrafía

20 Bibliografía

Abstract

When analyzing the materialization of criminal law, many classifications are found in the way of acting of the State in the exercise of legitimate violence, which in other words is understood as the punitive power that is attributed to it. In contemporary criminal systems is evident the establishment of a subjective concept on the quality of people, making a categorization of all human beings [1] according to the way they act in society; this premise is clear when the indicted is limited and reified because of his/her personality is prone to crime, turns out to be an enemy of society, therefore no longer is a person and is necessary to carry out a number of limitations to treat him/her as such. This blurs the premise and the foundation of a Social and Democratic State of law, camouflaged in public safety and social stability of the state.

Keywords: Enemy, State, Person, Camouflaging, Rights, Safety.

Desarrollo

Las acepciones y clasificación del Derecho Penal, determinan la forma como el Estado debe combatir los delitos de trascendencia nacional e internacional a través de una Política Criminal establecida, que redunde en la efectiva administración de justicia, reflejada en la seguridad ciudadana y la estabilidad Estatal. Para lograr tal fin, el Estado debe activar el funcionamiento de las medidas necesarias para la consecución de resultados positivos y efectivos, que devuelvan la confianza legítima en la sociedad. Pero, ¿Hasta qué punto se garantiza la seguridad? a sabiendas de que se amplía la facultad investigativa y punitiva del Estado de manera arbitraria y desproporcional, sin límites frente a los Derechos Humanos y a los postulados,

Resumen

Al analizar la materialización del Derecho Penal, se encuentran diversas clasificaciones en la forma de actuar del Estado en el ejercicio de la violencia legítima, lo que en otras palabras se entiende como la facultad punitiva que le es atribuida. En los sistemas penales contemporáneos se evidencia el establecimiento de un concepto subjetivo sobre la calidad de las personas, haciendo una categorización de todo ser humano [1] de acuerdo a su forma de actuar en sociedad; esta premisa se evidencia cuando se limita y cosifica al procesado que por su personalidad proclive a delinquir, se convierte en enemigo de la sociedad, por ende deja de ser persona y es necesario realizar una serie de limitaciones para tratarlo como tal. Lo anterior, desdibuja las premisas y el fundamento de un Estado Social y democrático de Derecho, mimetizadas en la seguridad ciudadana y estabilidad social del Estado.

Palabras clave: Enemigo, Estado, Persona, Mimetización, Derechos, Seguridad Ciudadana.

convenios, tratados y todas las bases que fundamentan la existencia del mismo Estado y salvaguardan el bienestar de la humanidad. Amparados en el argumento de que se combate al que ha sido clasificado como enemigo y traidor por el bienestar común; esto a *motu proprio* no podría ir en beneficio del común, toda vez que se abre una brecha a prácticas y medidas antijurídicas, se le da la facultad a largo plazo al Estado de atentar en contra de la sociedad en su humanidad, amparado en este mismo principio es decir “el Eficientísimo Procesal y Seguridad Jurídica”, a través de medios que van en contra de la naturaleza humana amenazando su existencia, de la Dignidad Humana, del individuo y consecuentemente de la sociedad, entre ellos, el derecho a vivir, a vivir bien, a vivir como se quiere¹.

Si bien, para este momento y punto no se trata de un estado, lugar o momento específico, de manera doctrinaria la Convención Americana de Derechos Humanos, en su Preámbulo establece que los Derechos del Hombre, no nacen ni aplican a partir de su condición, sexo, tendencia o pertenencia a un grupo o territorio, sino que por su misma naturaleza, tales son sujetos de Derechos esenciales, los cuales no pueden ser restringidos, ni excluidos de la persona que a fin de cuentas es tenida como tal solo por el hecho de ser humano².

Hay posturas que acogen el fundamento, que condicionan la existencia de una verdadera justicia a la premisa que la división de poderes debe ser en extremo nivelada, en el caso de Colombia equilibra-

da en la división de poderes de las ramas del poder público, a modo de prevención contra los abusos del poder por parte del Estado y el deber de respetar las normas establecidas en el derecho penal ordinario que a su vez son fundamentadas en la voluntad del común de castigar o controlar ciertas conductas desviadas y que son plasmadas en una normatividad. Además, en ningún caso el Estado puede ampararse en el bienestar e interés de las mayorías a partir del menoscabo de las minorías o del individuo como se expresa en el subtítulo de la revista “PERSPECTIVA” en su artículo “El derecho penal en un estado democrático y de derecho”. “Para que la justicia sea el sustento de la democracia el Derecho Penal debe garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado”³.

Se establece que para que el Derecho Penal pueda ser ejercido efectivamente por el Estado, tal medida debe estar sustentada o aprobada por su constitución y/o normas rectoras, las cuales establecen la preponderancia y cumplimiento del bien jurídico para dar facultad punitiva en caso de que se llegue al último mecanismo o ultima ratio, de lo contrario se estaría presenciando una involución en todos los campos, jurídico, social y fenomenológico y a símil se estaría en presencia de un sistema con tendencia inquisitiva, donde los ciudadanos viven bajo una “amenaza penal” permanente⁴.

1 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Tutela T-881/2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnett.

2 Ley ut supra.

3 Contenido disponible en página web de la revista “PERSPECTIVA”, URL <http://www.revistaperspectiva.com/archivos/revista/No%2024/080-083%20PERS%20OK.pdf>

4 Monografía “El derecho penal mínimo y el bien jurídico”, LEYVA E. M. se puede encontrar en la página web <http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penal-minimo/derecho-penal-minimo.shtml>

Según el documento *“Teoría de la argumentación jurídica de Chaim Perelman”*⁵ en sus primeros apartes, señala que es necesario que se desarrolle un razonamiento práctico (forma de pensar lógica e interpretativa) por vías pacíficas de entendimiento para poder construir una sociedad pacífica y tolerante, suponiendo sean base o fundamento los Derechos Humanos, interiorizados y analizados por individuo, Sociedad y Estado y exteriorizado en la praxis y conducta, es inviable conectar y ejercer el Derecho Penal del enemigo en una sociedad con dichas simiente y características.

En fin, la forma en que determina el Derecho Penal del enemigo en la formación y actuar del Estado para la erradicación, judicialización y control de la comisión de delitos de trascendencia internacional, es que pueda tener la facultad de ejercer violencia sobre las personas posibles autores de la comisión de dichos delitos o de planeación y preparación de los mismos, mediante torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes, para conseguir el bienestar social a cambio del bienestar individual, permitiéndose cometer vejámenes contra el individuo que aun en conglomerado fundamenta la existencia misma del Estado.

A) *“Es decir, como un conjunto de decisiones para la lucha contra organizaciones armadas y para la prevención y persecución del delito en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política en la toma de decisiones en materia criminal, lo que repercute negativamente en los Derechos y garantías de los ciudadanos,*

*como también la eficacia y eficiencia del sistema penal. En suma, esta perspectiva presenta la política criminal Colombiana y la política criminal del enemigo desde sus efectos negativos como: la improvisación, la ineficacia, la expansión de la coacción y represión política, la reducción de los derechos y garantías, entre otros”*⁶.

En Colombia se ha visto reflejado el Derecho Penal del Enemigo respecto de la película *“Inconcebible”*, en la comisión de ejecuciones extrajudiciales, ya que con el inicio de cumplimiento de este mandato la erradicación del peligro que ponía en juego el bienestar y subsistencia social, erradicando los grupos al margen de la ley (como las FARC; el ELN, EPL y demás grupos de dichas condiciones) que actuaban en contra no solo del Estado sino de los Derechos y Garantías de las personas, que se encuentran al interior del mismo, manifestado en la violencia directa (homicidios, secuestros...) y con otras acciones que si bien no vulneran inmediatamente la estabilidad y el bien común, de manera repetitiva y a mediano y largo plazo si lo

5 CARRILLO DE LA R. Yezid. “Aspectos básicos de la teoría de la argumentación de Perelman” Revista Jurídica MARIO Alario D’ Filippo, Editorial Universidad de Cartagena, V. 1. Fasc. 1, págs. 83-99.

6 “La actual política criminal en Colombia, vista desde el derecho penal del enemigo de Günther Jacobs”. PARRA. William J., pág. 4. https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&ie=UTF8#sclient=psyab&q=La+actual+pol%C3%ADtica+criminal+en+Colombia%2C+vista+desde+el+derecho+penal+del+enemigo+de+Ghunter+Jacobs&oq=La+actual+pol%C3%ADtica+criminal+en+Colombia%2C+vista+desde+el+derecho+penal+del+enemigo+de+Ghunter+Jacobs&gs_l=hp.3...3850328.3888779.0.3889016.14.14.0.0.0.176.440.0j3.3.0...0.11...1c.1j2.17.psyab.WozIEUS9iNg&pbx=1&bav=on.2,or_cp_r_qf.&bvm=bv.48293060,d.dmg&fp=841592a7b92e3220&ion=1&biw=1280&bih=675 <http://foros.uexternado.edu.co/economia/institucional/index.php/derpen/article/view/981/931>

afectan de manera relevante, porque con el tráfico, fabricación, porte, tenencia de estupefacientes y armas de fuego afectan de manera indiscutible la estabilidad y existencia del humano en su generalidad, amenazan también la esfera de control del Estado respecto de la sociedad, el territorio y demás componentes de los cuales tiene capacidad de decisión, conducción y disposición. Los militares en sus condiciones y con la necesidad de dar resultado sin importar que(eficacia), aun sin tener un indicio razonable proceden a ejecutar a las personas que en su condición de campesinos, indígenas pero por encima de todo, humanos y ciudadanos del Estado Colombiano que además no tienen ningún nexo con tales organizaciones criminales (macro criminalidad) a las cuales va dirigida la ofensiva, que es más son las víctimas de las partes en combate o contravención, aquí se evidencia no solo la facultad del Estado de ejercer coerción sino el abuso del poder y negación de límites a sus acciones respecto de los civiles alejados por comisión de conductas desviadas que generan el conflicto, todo permitido a partir de políticas criminales.

Según Amnistía Internacional en su informe "COLOMBIA, se agrava la crisis de derechos humanos"⁷, muestra que en 1995 los enfrentamientos entre las fuerzas armadas de Colombia (FAC) y grupos al margen de la ley mucho más allá de dar resultados positivos da contrarios, donde se muestra el asesinato, desapariciones forzadas, tortura, desplazamiento forzado de civiles, que en extremo paralelos a

las acciones y marco de dichas organizaciones criminales, son de nuevo víctimas de acciones por parte de los militares que buscaban la desmantelación y erradicación de la macro criminalidad (límites al poder punitivo del Estado)⁸ presente en Colombia (eficientismo, aproximación a Sistema con tendencia inquisitiva) el texto "Derecho Penal de enemigos, una mirada al derecho y a la guerra"⁹ expresa la verdadera cara de una aplicación mínima y progresiva del Derecho Penal del enemigo que si bien en principio establece estrictamente las características del "Enemigo"(lesivo para la sociedad), así mismo se va convirtiendo en un concepto más amplio en el cual cualquiera puede estar incluido, la sociedad podría entonces estar permanentemente atemorizada (amenaza constante) sobre cuál pueda ser su destino en el Estado y de qué manera pueda ser abordado, ahora ya no serían los grupos al margen de la ley los victimarios sino el mismo Estado en contraposición a toda su esencia.

El Derecho Penal del enemigo se ve reflejado en el contexto colombiano mediante el incremento de penas o prohibición de beneficios y subrogados penales como solución a problemática delincriminal expresados en la Ley 1121 de 2006, para delitos como terrorismo, financiación de terrorismo, excepto cuando haya una colaboración efectiva (Ley 975/2005 de justicia y paz a la justicia que se direccionan más hacia el eficientismo procesal que a la justicia y reparación de víctimas) y una preven-

7 Amnistía Internacional, Secretariado internacional, "Colombia Se agrava la crisis de derechos humanos", febrero de 1996, Se puede encontrar en la página Web: <http://www.derechos.net/amnesty/doc/america/colombia1.html>

8 "Derecho penal de enemigos, Una mirada al derecho y a la guerra" Valencia M.D. 16/oct./2007.
Se puede encontrar en la página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/2530/2063>

9 Supra nota #9.

ción general y especial mal direccionada (antiterrorismo)¹⁰.

El aumento de las penas no disminuye la criminalidad, este se vuelve casi invisible ante la problemática de que en Colombia se esté viviendo por grandes periodos de tiempo bajo la subcultura de la violencia dada por varios aspectos en los que prima lo atinente a lo económico, social y político, en donde los poderes contrarios al Estado o aun con su participación realizan acciones para la evasión de la investigación, sanción y reparación, y que en mucho resultan efectivos generando impunidad, es decir en muchos de los individuos el significado y cumplimiento de la prevención especial no cumple sus pretensiones y para los procesados o condenados no tiene mayor relevancia, entiéndase por procesados y condenados esa parte de los cuales pertenecen a la denominada macro criminalidad.

Viendo desde un punto de vista protectionista, si bien el Derecho Penal del enemigo se enfoca en los delitos de terrorismo y narcotráfico, en Colombia, el debido proceso juega un papel fundamental, porque por esta vía los procesados no tienen la posibilidad entre otras de comunicarse con su familia, siendo aislados de la sociedad en muchas ocasiones. Con relación a la cinta INCONCEBIBLE, en Colombia la

aplicabilidad del sistema penal acusatorio ha venido presentando frecuentemente por parte de los funcionarios judiciales un manejo en las disposiciones legales, no con la intención de prevenir ni cumplir con los fines de la pena, sino que lo han enfocado para reprimir, perseguir y castigar de forma peligrosista a los que han cometido algún delito que afecta y pone en riesgo los bienes jurídicos tutelados.

Retomando, La Ley 1121 de 2006¹¹, o ley para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo es una norma que refleja la teoría de Jacobs sobre el Derecho Penal del enemigo; esta ley en su artículo 26 se refiere a la prohibición de dar beneficios a personas que cometan ciertos delitos¹², en el anterior artículo se refleja la primacía que tiene el Estado sobre los individuos o particulares, el legislador al crear la ley y al esta ser materializada por el juez en los estrados judiciales, hace que los fines que el derecho persigue y la pena vayan en direcciones opuestas se reconoce y se aleja desde el punto de vista de la primacía que rige nuestra Constitución Política, si uno de los fines de la pena es la reinserción social en qué momento este presupuesto podría cumplirse al momento de ver que ni siquiera se podrá cumplir con la temporalidad establecida por la pena, en esencia, la mayoría de los extremos son malos, por ejemplo, el hecho de dar una pena desproporcional y que afecte no al procesado sino a la víctima tampoco cumpliría con las funciones de la pena pues para la vícti-

10 “Derecho Penal del enemigo ¿ficción o realidad?”, Periódico EL DIARIO. “Derecho Penal del enemigo, Derecho penal del enemigo o de amigo en la aplicación del Derecho Penal Colombiano”, Garcés V.J. 12/abr./2011. Se puede encontrar en las siguientes páginas respectivamente.
<http://www.eldiario.com.co/seccion/OPINION/derecho-penal-del-enemigo-ficci-no-realidad-091202.html>
<http://derechopenal-colombia.blogspot.com/2011/04/derecho-penal-del-enemigo.html>

11 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-073/2010, exequibilidad de artículo 26 de Ley 1121 de 2006, Sentencia C-335/2010 “atenerse a lo resuelto en la S C-073/2010.

12 Ley 1121/2006, artículo 26. “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.

ma se busca la verdad, la justicia y la reparación, para esto es bueno traer a colación ciertos criterios de justicia, aunque para muchos sería mejor traer el concepto de misericordia, que a bien o mal no es tenido en cuenta en el Derecho Penal Colombiano, por lo menos no a simple vista (porque si se analiza la amnistía como forma de negociación en el contexto colombiano para algunas, muchas o ninguna de las partes lesionadas por los crímenes cometidos, por los grupos al margen de la ley, esto hasta qué punto puede considerarse sería bueno, suponiendo, pero no en su totalidad y estaríamos de nuevo frente al dique de la primacía del bienestar común por encima del bienestar individual y de las minorías).

Justicia como paga por obras, o justicia por justificación, perdón y arrepentimiento.

El 11 de agosto de 2002, en el Estado Colombiano se expidió el Decreto 2002 de 2002, mediante el cual se declaraba el Estado de Excepción (conmoción interior), dictando medidas de control social por la problemática de mimetización de integrantes de grupos armados ilegales en la sociedad y el control que dichas organizaciones tenían sobre estos territorios, hasta qué punto habría entonces que hacer una diferenciación e individualización perfecta entre miembros de los grupos al margen de la ley y el civil alejado del objetivo estatal, ya que en los informes y críticas a la ejecución del plan se establece que indiscriminadamente se establecía a los civiles como colaboradores de los grupos al margen de la ley y así mismo eran juzgados y eran sujetos de detención, privación o castigo desproporcionales por conductas que van en contra del orden público, existencia y estabilidad del Estado Colombiano, prolongación arbitraria de la libertad para lograr las confesiones requeridas (narcotráfico, nexos con paramilitarismo,

FARC, ELN y demás), y de la misma, materialmente, hasta donde se habría cumplido con este presupuesto, además qué límites (Constitución) tendría el Estado en este entonces para tratar con integrantes de las organizaciones si bien se establece que el Estado Social de Derecho no puede limitar ni siquiera en los Estados de Excepción los Derechos del Hombre de manera arbitraria e ilegítima, en el cual se da también la facultad de que el presidente sea el que reglamente las zonas de rehabilitación en que el ejército y demás autoridades tendrían capacidad de ejercer las acciones pertinentes para la recuperación del territorio y estabilización del Estado.

Otro de los factores importantes en la expresión del Derecho Penal del enemigo en Colombia en esta etapa y estado es, si a pesar de haber ausencia de protección estatal se puede predicar la facultad del estado de ejercer la fuerza y el poder, pues siendo un Estado ausente a pesar de su jurisdicción sin la efectiva protección del Estado, otro ente podría pasar a suplir el papel como Estado paternalista frente a la omisión del principal de cumplir sus funciones.

- B) La Constitución de 1991 establece que el Estado Social y Democrático de Derecho Colombiano está fundado en el respeto de la Dignidad Humana, lo que la sitúa como pilar constitucional y existencial de todo ente que se encuentre en su jurisdicción, también que uno de los fines del Estado es garantizar el efectivo cumplimiento de los Principios, Derechos y Deberes establecidos en la Carta Política y tratados internacionales¹³, y que el fin de la existencia de todo tipo de autori-

13 Artículo 93 Inc. 3 Constitución Política de Colombia de 1991.

dad al interior del mismo es en pro de la protección de la persona (todo ser humano)¹⁴ entendida como todo ser humano, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificado por Colombia mediante asamblea general el 10 de diciembre de 1948¹⁵ que dicta:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado. Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, en Los principales tratados internacionales de derechos humanos respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso, Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos ...aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como

entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

Supone, primero, que toda persona es sujeto de derechos inalienables e inenajenables, segundo, que no puede ser sujeto de restricción y/o exclusión de tales derechos y garantías “garantías judiciales y protección judicial”, que además el Estado tiene la obligación de velar y garantizar el cumplimiento tales, pues los ha establecido de manera vinculante mediante la carta constitucional y la ratificación y/o adhesión a tratados internacionales (art. 8 y art. 25 en relación con art. 1.1 y 1.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos en adelante la CADH), que además tiene la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico a tales disposiciones y derechos¹⁶, así como se establece en la sentencia 578/2002 fija a la corte penal internacional como instrumento de protección de los derechos humanos, DIH, y leyes de la guerra y contra restador de la impunidad, dice que es complemento del sistema penal nacional para la sanción reparación y restablecimiento de derechos, obligación de protección y prevención de impunidad por parte de los detentadores de poder.

Aquí se establece la obligación del Estado Colombiano de adecuar al ordenamiento jurídico interno todas las disposiciones acogidas internacionalmente, el deber imperativo de contrarrestar la impunidad por hacer parte del consenso internacional para la lucha contra la impunidad en materia de Derechos Humanos. Pues “La soberanía del Estado es dada para proteger a las personas de los victimarios, no para librar a los victimarios de su responsabilidad”¹⁷ la impunidad no ampara las atrocidades denomi-

14 Supra nota #1, Constitución Política de Colombia 1991, art. 1,2,5.

15 Aprobada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

16 CADH art. 1, 2.

17 Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-578/2002.

nadas como crímenes por la Corte Penal Internacional (CPI) para llegar a una real y efectiva verdad, justicia y reparación y que por tanto nadie puede ser sometido a vejámenes, torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes según el artículo 5. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Además, de acuerdo al artículo 11 del mismo instrumento, nadie puede ser sometido a detención arbitraria y que en su detención tiene derecho a que se presuma su inocencia respecto de la comisión de un delito contrario a las disposiciones legales que fundamentaron su restricción a la libertad y a que se respeten sus derechos en todo momento.

En el caso de los crímenes de Lesa humanidad y en la dosificación punitiva del Genocidio¹⁸ en el contexto Colombiano a partir de Ley 599 de 2000 y Ley 890 de 2004 por los cuales se reglamenta el Código Penal vigente, se genera una problemática de responsabilidad estatal a nivel internacional y la apertura a la competencia¹⁹ y jurisdicción de la Corte Penal Internacional para juzgar tales casos, ya que tiene competencia coadyuvante la cual dicta que cuando un Estado no tiene la capacidad, ni las herramientas necesarias para juzgar a los autores de la comisión de crímenes atroces (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, de agresión ... según el art. 5 del estatuto de roma), se muestra la incursión del Estado Colombiano como uno de los principales vulneradores de Derechos Humanos y obligaciones no solo internas, sino internacionales.

Una de las consecuencias de la impunidad generada por la falta de reglamentación y adecuación del ordenamiento jurí-

dico interno, es que se revictimice a quien ha sido sometido o ha sido parte lesionada por la comisión de una conducta punible (crimen atroz) y que no se cumpla con los principios de verdad (que no se conozca en qué tipo penal incurrió, que se vulnere el derecho a la verdad, a saber) de las partes lesionadas y de las víctimas (derechos de las víctimas), justicia (el autor del delito responda por un delito que no ha sido adecuado y tasado punitivamente de la manera correcta) y reparación integral. Que generan la contravención no solo de los Derechos, sino de la esencia, estructura, formación y fines del Estado Colombiano según el preámbulo de la Constitución Colombiana de 1991 y la sentencia C-936/2010²⁰, que además dilucidaría una especie de subrogado o beneficio para los sujetos activos de las conductas punibles porque para el individuo ¿Qué sería más beneficioso ser sancionado con un delito desarrollado como común, o ser caracterizado y juzgado como un crimen atroz, ejemplo: el Crimen de lesa humanidad, que en el Código Penal Colombiano (Ley 599/2000 y modificaciones) está esparcido en los delitos comunes, cuando debería estar tipificado como delitos de lesa humanidad y establecido de manera *sui generis* por su naturaleza y por su grave violación a derechos humanos en el cual está prohibido hasta el principio de oportunidad.

El derecho penal del enemigo se ve reflejado mediante el incremento de penas o prohibición de beneficios y subrogados penales como solución a problemática delincencial expresados en la Ley 1121 de 2006 para delitos como terrorismo, financiación de terrorismo, excepto cuando haya una colaboración efectiva Ley 975/2005 de justicia y paz que se direccionan más hacia el eficientismo procesal que

18 Corte Constitucional, Sentencia C-488/2009.

19 Estatuto de Roma o de la corte penal internacional, Parte II, art. 5.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-936/2010.

a la justicia y reparación de víctimas y una prevención general y especial mal direccionada (antiterrorismo)²¹.

Evidencias del derecho penal del enemigo en Colombia es la creación o alianza con grupos armados al margen de la ley como “grupos civiles de autodefensa, grupos paramilitares agrarios o complementarios a las operaciones militares... encubiertas e ilegales para el control civil. Por medio del exterminio, asesinato, desapariciones, torturas, tratos crueles inhumanos y degradantes para conseguir confesiones y también a manera de castigo por su posible pertenencia a un grupo ubicado dentro del objetivo militar aun cuando tales no lo fueren, para la recuperación de las zonas con ausencias estatales y control de otras organizaciones de macro criminalidad (Estados dentro de un Estado) a partir de la coerción, de la utilización de la fuerza y de medios que ni aun en Estado de guerra son permitidos²²”, “asesinato selectivo, exterminio de la población, saqueo y apropiación, destrucción de grupos étnicos y raciales y demás actuaciones ilícitas dirigidas directa o indirectamente por el Estado”²³.

Con el fin de lograr un orden el Estado Colombiano ha violado los preceptos constitucionales en su afán de la lucha contra la criminalidad del país.

Un ejemplo de ello es lo sucedido en Mapiripán²⁴ que con el surgimiento de grupos al margen de la ley en el siglo XX, se crearon grupos para contrarrestar o contraatacar, los cuales fueron denominados grupos de autodefensa y el argumento dado para su creación y activación, fue por el contexto y fuerza de los adversarios tal fuerza y características necesitarían una de igual o mayor jerarquía pero que fuesen de carácter coadyuvante de las fuerzas y operaciones militares, mediante Ley 48 de 1968 en medio de una declaración de Estado de Excepción, dándole permisos y facultades a símil de organismos de policía judicial y de fuerza pública, por ende y lógica contaban con la aquiescencia del estado.

Teniendo en cuenta que la legislación penal es contemplada a nivel internacional y nacional, como la *ultima ratio*, toda vez que su naturaleza es de carácter restrictiva, es decir, que pone un límite con principios fundamentales de Estados sociales y de derecho como el nuestro, el Estado Colombiano en su búsqueda de implementar medidas para controlar los crímenes como el genocidio y los de lesa humanidad, han adoptado nuevas formas a través de la política criminal y se han ido

21 Supranotas #13 y15.

22 Informe del equipo Nizkor “Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia, doctrina, jurisprudencia y normas de derecho internacional y de derecho internacional de derechos humanos de obligatorio cumplimiento para el sistema de justicia colombiano”.

Se puede encontrar en la página Web <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#violaciones>

23 Supranota 23, subtítulo 1.1.3 Las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en Colombia son crímenes contra la humanidad.

URL: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/informecol.html#violaciones>

24 Caso Masacre Mapiripán VS Colombia. Supra nota #59, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Crímenes contra la humanidad y crimen organizado en Colombia, doctrina, jurisprudencia y normas de derecho internacional y de derecho internacional de Derechos Humanos de obligado cumplimiento para el sistema de justicia colombiano, “Colombia”.

olvidando de la administración de justicia acorde al marco de un Estado Social de Derecho. El Estado con el fin de lograr un alto grado de aproximación a la verdad, coartando derechos fundamentales de los ciudadanos y también de los países vecinos (violación de fronteras a Ecuador, en la provincia Sucumbios en Sta. Rosa de Yanamaru además de los efectivos militares conseguidos (muerte de varios integrantes por bombardeo incluyendo a "Raúl Reyes" la problemática se centra en la ruptura y violación de la soberanía territorial de Ecuador, violando las normas que rigen nuestro ordenamiento legal)²⁵, bajo el imperio de una causa justa, lo que no torna antijurídica la conducta a su parecer pero que a toda luz desde sus inicios va en contra del derecho²⁶, como fin de justificación, sin importarle mucho la existencia de la responsabilidad penal en la que incurre.

El Estado colombiano se ha visto envuelto en diferentes situaciones difíciles con el fin implementar la estrategia de su justicia, la razón y de responsabilidad para concluir que no siempre todo lo legal es sinónimo de justo, solo con el fin de lograr su prometido.

"La justicia debe acentuar su orientación garantista, de conformidad con la preceptiva constitucional y con los instrumentos internacionales vigentes, para ello tenemos que pensar por consiguiente, en una justicia pública que se legitime por su diligencia, su transparencia y su contacto con la ciudadanía, que responda a las formas específicas de conflicto y criminalidad que nos tiranizan, para que contribuya a la

construcción de la ciudadanía, base política democrática".

Mediante informe del alto comisionado (E/CN.4/2005/10) muestra el control en las "cabeceras municipales", el incremento del conflicto armado interno y la afirmación del mismo así como los crímenes cometidos resultado de las cruzadas y la más visible presencia de la fuerza pública, mediante el cual se inicia e instaura el plan patriota para la erradicación definitiva de los grupos que generan peligro para el Estado y para la sociedad, capturando a las cabecillas de tales organizaciones en el 2004, violando los Derechos Humanos no solo de los integrantes de organizaciones por medio de la implementación de tales políticas criminales sino de la violación de los derechos humanos de la población civil (secuestros, masacres allanamientos y detenciones arbitrarias ilegales por no tener el lleno de requisitos legales para su consecución e ilícitos por la vulneración inminente y sistemática de los derechos humanos), y la negación de investigación e incumplimiento de este deber de investigar y sancionar la violación de Derechos Humanos negando el conflicto armado interno y las características contextuales.

En el informe E/CN.4/2001/15 establece que el Estado en gran parte es causante de diversos tipos de vulneraciones de derechos fundamentales a nivel constitucional y a nivel internacional entendido como Derechos Humanos, al contribuir en la creación de las autodefensas y a su aumento o propagación y control en distintas zonas del país como lo son (como contribución al paramilitarismo), además de que evidencia las contribuciones y relaciones individuales entre servidores públicos y dichos grupos²⁷. El Estado como autor mediato

25 Periódico EL TIEMPO, Operación fénix, Colombia.
URL: http://es.wikipedia.org/wiki/Operaci%C3%B3n_F%C3%A9nix

26 Acorde con el principio de legalidad.

27 ACNUR, Informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Hu-

de vejámenes y crímenes de trascendencia internacional, en el contexto se evidencia el crecimiento de las AUC con el conocimiento de los frentes (pacífico, farallones y páez según el mismo informe²⁸) en territorios vallecaucanos (buenaventura, Jamundí) y Buenos Aires Cauca, parte de Choco y zonas aledañas como Turbo, Catatumbo, etc. Además de responsabilidad de acción por omisión y como se dijo anteriormente desde que se abre una brecha a la violación de derechos como medio de contrarrestación al mal existente en la sociedad y en el Estado, a mediano y largo plazo se incrementa su poder y por ende se sale del control de quien en inicio lo creó, “a veces después de eso solo queda asociarse” pero esta no sería una posible vía para el Estado, a esto se le llama encrucijada, de qué forma se termina lo que uno mismo crea y qué de las manos se sale; la injusticia, el engaño y la corrupción han permeado a la sociedad y su estructura, sin embargo a manera de opinión: “siempre hay una salida y una luz en la oscuridad y esta es una de las cosas que no son eternas”.

Se evidencia la actuación negativa del Estado mediante la permisión del mismo y la de sus servidores públicos frente a la permanencia y crecimiento de grupos paramilitares que presentaban expansión territorial mediante amenazas, secuestros, extorsiones, torturas y asesinatos y el co-

nocimiento de tales condiciones por los servidores sin ninguna reacción positiva y de protección frente a la población civil y de aplicación de derechos²⁹ además las negociaciones entre el Estado y las AUC muestran un fuerte tinte de impunidad para lograr un efficientismo, y aun con este propósito se evidencia la continuación de comisión de delitos y crímenes atroces aun cuando había pactado la desmovilización de dicho movimiento³⁰.

El 25 de marzo de 2000 las FARC realizaron un operativo en Vigía del fuerte y Bellavista tomando el control del área al informársele a la fiscalía y demás autoridades para que actuaran con las medidas para impedir la toma del poder territorial por parte de estos grupos, se mandaron y ejecutaron órdenes de eliminación de circulación de alimentos en la región del Atrato medio, esta es una de las medidas que reflejan el derecho penal del enemigo además del daño, irrespeto e incumplimiento de las disposiciones constitucionales fundadas en el respeto de la Dignidad Humana a la población civil, porque como se puede poner por encima el bien de la mayoría, por el sacrificio de las minorías, determinando en qué momento puede o no dejar de vivir un individuo, aun en contra de la declaración universal de derechos humanos que fue firmada y ratificada con anterioridad a los hechos, incurriendo no solo en una especie de estado fallido y

manos sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia, Consejo Económico y Social Distr. General E/CN.4/2001/15*, 20 de marzo de 2001, Informe E/CN.4/2001/15 (actuaciones y permisión del Estado que ayudaron o dieron paso al crecimiento de las autodefensas, se encuentra en la página web: URL:<http://www.hchr.org.co/documento-seinformes/documentos/html/informes/onu/acdh/E-CN-4-2001-15.html>

28 Supra párrafo 131 de documento referenciado Supra nota # 15.

29 Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia Distr. General, 17 de febrero de 2004, Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones, Tema 3 del programa provisional, informe E/CN.4/2004/13N del 17 de febrero de 2004: “Las negociaciones entre el Gobierno y las AUC.

30 Supra nota 17.

fundado en elementos peligrosistas característicos del derecho penal del enemigo del cual se extrae no importar nada, con tal de cumplir el propósito eficientista, con tal de contrarrestar las acciones de la guerrilla y demás organizaciones y cumplir con el narcotráfico y sus derivaciones³¹.

La sentencia C-317 de 2002 establece el ámbito mínimo de protección de los Derechos Humanos, sin ningún tipo de restricción incluso del individuo sujeto a la justicia por los delitos o crímenes cometidos bajo el argumento de que el ser persona no se determina de la condición sino de la esencia o naturaleza de ser humano, la mimetización del sistema a un Derecho Penal del enemigo es impensable para un Estado Social y Democrático de derecho fundado en el respeto y garantías de la Dignidad Humana, sumada a la obligación del Estado de cumplir con fines de verdad, justicia y reparación y la obligación consecencial de investigar diligente y efectivamente cada uno de los detalles de la comisión de una conducta punible para una efectiva y correcta administración de justicia.

¿Es Justicia o venganza? “Un acto de justicia permite cerrar el capítulo; un acto de venganza escribe un capítulo nuevo”³².

“La misericordia y la verdad se encontraron. La justicia y la paz se besaron. La verdad brotará de la tierra, y la justicia mirará desde los cielos”³³.

La justicia no es dar a todos por igual, sino a cada quien conforme a sus obras.

Cibergrafía

“La violencia en Colombia, dimensionamiento y políticas de control” RUBIO, M, CEDE Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico, Facultad de Economía, Universidad de Los Andes; Santa Fe de Bogotá, Colombia. Diciembre 1998. Banco Interamericano de Desarrollo En la página web: <http://www.iadb.org/res/publications/pubfiles/pubr-345.pdf>

“Política criminal y Derecho Penal ¿Quién es el enemigo? Un análisis crítico GÓMEZ, P. P. de las zonas de rehabilitación y consolidación”, Pontificia Universidad Javeriana, 20 de agosto de 2009. Está disponible en la página web http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/12PabloGomez.pdf

Bibliografía

Tabares A. Daniela. Informe de Sentencia C-488/2002 y Sentencia C-33118/2010, Unisabaneta, Proyecto integrador VI, 2012-2.

_____ Informe Sentencia T-881/2002 corte constitucional, sala séptima de revisión: dignidad humana, riqueza conceptual y funcional de esta expresión, Unisabaneta, proyecto integrador VI 2012-2.

31 Página #6 se puede encontrar en la página web: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_65.pdf?view=1

32 <http://www.frasescelebres.net/frases-de-justicia.html>

33 <http://www.frasescelebres.net/frases-de-justicia.html>



Desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores

Leslie Andrea Vélez Álvarez
Isabel Cristina Guzmán González
César Augusto Aragón León
Yamid Alexy Ramírez Marín

Programa:

Derecho

Materia:

Proyecto Integrador de Derecho Penal

UNISABANETA

Sabaneta - Antioquia

2012

Contenido

| | |
|----|---|
| 23 | Resumen |
| 23 | Abstract |
| 23 | Keywords |
| 24 | Pregunta de investigación |
| 24 | 1. Objetivos |
| 24 | 1.1. Objetivos generales |
| 24 | 2. Tipo de investigación |
| 25 | 3. Alcance de la investigación |
| 25 | 4. Introducción |
| 26 | 5. Conceptos |
| 27 | 6. Antecedentes del título valor desmaterializado |
| 28 | 7. Títulos valores inmaterializados |
| 32 | 8. Los títulos valores desmaterializados e inmaterializados vistos desde el código de comercio |
| 37 | 9. La jurisprudencia frente a los títulos valores desmaterializados e inmaterializados |
| 38 | 10. Una visión de los principios de los títulos valor cartulares y los títulos valor inmaterializados |
| 39 | 11. La desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores en América Latina |
| 46 | 12. Conclusiones |
| 47 | 13. Bibliografía |

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo determinar a través de un proceso de investigación documental cualitativa, los elementos esenciales y principios de los títulos valores desmaterializados o inmateralizados. El desarrollo del proyecto Intal trajo un desafío permanente a los doctriantes en la esencia de los títulos valores, pero el desarrollo informático y la implementación constante de nuevos y modernos sistemas electrónicos, conjugados con la globalización, los tratados internacionales de comercio y todos aquellos elementos que de manera constante desdibujan la teoría clásica de los títulos valores, nos desafía a investigar sobre el tema, para concluir si los principios clásicos se ajustan de manera total o parcial a los títulos valores desmaterializados o inmateralizados, encontrando las diferencias existentes, las condiciones específicas y las garantías que busca tener el comercio moderno en los títulos valores. Dentro del desarrollo general del trabajo encontraremos diferentes elementos que aún no han sido resueltos por los diferentes doctriantes de los títulos valores a nivel colombiano, ya que de manera muy lenta se ha venido aceptando por parte de los comerciantes colombianos

la utilización de los títulos valores desmaterializados o inmateralizados, siendo esta la necesidad planteada en el presente trabajo.

Palabras clave: Título valor, inmateralización, desmaterialización, firma digital, principios jurídicos, incorporación, literalidad, legitimación, autonomía.

Abstract

The present work aims to determine through a documentary qualitative research process, the essential elements and principles of the dematerialized or immaterialized value titles. INTAL Project development brought doctriarians an ongoing challenge to the essence of the value titles, but the electronic development and ongoing implementation of new and modern electronic systems, combined with globalization, international trade agreements and all those elements that steadily blur the classical theory of the value titles, challenge us to investigate the issue, to conclude whether the classical principles are adjusted totally or partially to the dematerialized or immaterialized value titles, finding existing differences, specific conditions and guarantees the modern trade is looking for in the value titles. Within the overall development of the work we will find different elements that have not yet been solved by different doctriarians of value titles in Colombia, since it has been accepted by the Colombian businessmen to use the dematerialized and immaterialized value titles in a very slow way, being this real need in the present work.

Keywords

Value title, materialization, dematerialization, digital signature, legal principles, incorporation, literalness, legitimacy, autonomy.

Pregunta de investigación

¿Qué efecto aplicativo tiene la desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores en la doctrina clásica; se conservan, se mezclan, se transforman o simplemente desaparecen y crean nuevos principios?

1. Objetivos

1.1. Objetivos generales

- Revisar los elementos doctrinales históricos de los títulos valores en Colombia y en el mundo.
- Determinar los principios rectores unificados de los títulos valores.
- Revisar, analizar y comprender la intención del legislador en la creación de leyes que regulan esta materia.
- Comparar los mecanismos idóneos que regulan el comercio de los títulos valores desmaterializados o inmaterializados en el mundo, realizando un derecho comparado.
- Revisar la jurisprudencia de las altas cortes que versan sobre el tema.

1.2. Objetivos específicos

- Revisar la historia para determinar en qué momento se comienza a hablar de la desmaterialización de los títulos valores.
- Revisar la jurisprudencia existente de las altas cortes que ayuden a entender la posición constitucional y del derecho de los títulos valores desmaterializados e inmaterializados.

- Identificar cuáles son los títulos valores desmaterializados e inmaterializados que circulan en el mercado colombiano.
- Evidenciar mediante derecho comparado como se espera evolucione Colombia en materia de títulos valores.

2. Tipo de investigación

El tipo de investigación sobre la cual hemos de desarrollar el presente Proyecto de Investigación, es la cualitativa, ya que partiendo de unos principios teóricos que debemos abordar desde la génesis de la desmaterialización de los títulos valores, nos permite colegir no solo en la actualidad sino a futuro, lo que ha de suceder frente a la eliminación documental de los títulos valores.

Luego de tener claridad frente al origen del tema que centra nuestra atención, pretendemos indagar acerca del manejo que se le ha dado desde el ámbito de las relaciones comerciales a los títulos valores desmaterializados y la influencia que ello ha tenido no solo dentro de la sociedad mercantil sino dentro de todo el conglomerado.

Para abordar lo anterior, se ha de tener claridad acerca del por qué quienes tienen el manejo constante de los títulos valores, lograron decidirse por su desmaterialización, mirar si realmente es más benéfico para los comerciantes y banqueros el manejo virtual de los títulos valores y si realmente ello ha generado mayor celeridad y seguridad en las transacciones mercantiles.

Queremos concluir a través de nuestro trabajo investigativo, los móviles que llevaron a los creadores de la desmaterialización de los títulos valores y así poder

determinar si en nuestros tiempos y especialmente dentro del Estado colombiano, ha generado impacto positivo el que ya no se tenga el título valor en papel, como ha sido la costumbre.

Además, podemos determinar cómo ha cambiado la forma de interactuar de las personas que constantemente tienen el manejo de los títulos valores, por ser quizás una forma a través de la cual manejan sus actividades comerciales o bursátiles.

También, queremos establecer en nuestra investigación si el desmaterializar los títulos valores ha contraído fortalezas en las relaciones comerciales o por el contrario ha generado entre sí debilidades o saber qué tipo de estrategias se deben encontrar para tener seguridad y tranquilidad frente al dejar de lado el documento y tener la confianza de que el título electrónico es más seguro.

3. Alcance de la investigación

Es de naturaleza explicativa, ya que a través de la descripción o planteamiento del problema que hemos de desarrollar, nos ha de permitir adentrarnos a encontrar las causas o motivaciones que dieron origen a la creación del título valor desmaterializado.

Mírese que los títulos valores, bajo la modalidad de documento, son susceptibles de alteraciones, fraudes o falsificaciones y quizás esto nos lleva a creer que desde que se digitalizó el título valor, este ha brindado mayor seguridad a sus beneficiarios, en tanto que solo el creador del título y su favorecido, han de tener acceso a él, quizás restringiendo de esta manera la ley de circulación.

Dicho de otra manera, a través de este alcance de investigación explicativo, queremos establecer cuáles son los alcances o

efectos que se han presentado, en las diferentes legislaciones que estudiaremos, con respecto a nuestro tema objeto de análisis, para así lograr un conocimiento que sea más de fondo frente a un tema que aún resulta desconocido en muchas naciones, o para ser más concretos, si bien puede conocerse su existencia, también lo es que no hay aplicación.

Útil ha de ser para nuestro proyecto investigativo, el poder explicar si el título digital ha presentado fallas desde que ha sido utilizado, qué tipo de errores se han presentado en su creación y el manejo de los mismos y si ello ha generado desconfianza en sus benefactores.

4. Introducción

Quién escucha hablar del “Siglo XXI” relaciona inmediatamente el contexto con avance, nuevas tecnologías y evolución. Esta línea de sucesos y evoluciones nos ha llevado a una nueva era de la comunicación; caracterizada entre otros detalles por la forma en la que nos relacionamos con nuestro entorno, en la manera en la que hacemos y ejecutamos negocios y en cómo hacemos valer los derechos y obligaciones que adquirimos.

En la misma línea en la que avanzan las diferentes maneras de interrelacionarnos, evolucionan las normas que nos cobijan, ajustándose a los nuevos métodos rápidos y ágiles que brindan las nuevas tecnologías.

De esta manera, es entendible que el concepto de título valor hoy, no tiene igual significado que el que tuviere algunos lustros atrás, en los que era necesario disponer de un elemento físico, papel o documento que nos avalara como dueños, poseedores o acreedores, y por el contrario nos hemos trasladado a un nuevo sistema, gobernado por las formas ágiles de comu-

nicación, acompañadas normalmente por las denominadas nuevas tecnologías que nos hacen hoy hablar del tema que aquí desarrollamos, la desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores.

La publicidad de muchas empresas que ofrecen servicios al mundo entero, hoy se encuentra a un clic de distancia. Es fácil realizar compras, ventas, hipotecas, negociar futuros o cualquier transacción imaginable, con solo sentarnos frente a un computador conectado a la red informática mundial o *world wide web* (www) por sus siglas en inglés, sin que para sentirnos dueños, poseedores, acreedores, requiramos de un documento oficial, firmado y autenticado ante notario u oficializado por algún otro medio. Solo para mencionar un ejemplo de este tema amplio, profundo y que intentamos esbozar en el desarrollo de este trabajo, acercándonos un poco a la historia que nos ha traído hasta la forma de ver hoy los títulos; analizando más profundamente esta realidad actual e intentando en última instancia predecir el futuro de los títulos valores a la luz de los ejemplos que ya viven otros países y pudiéramos denominar más avanzados en este tema.

5. Conceptos

5.1. Documento electrónico

Para acercarnos al desarrollo de este concepto, partiremos de la definición de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) de la palabra documento, en donde se establece que es un “Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo” (2010).

El asunto sin embargo se complica cuando a este primer elemento lo acompañamos con el adjetivo electrónico, pues

ya en este sentido empezamos a referirnos a aquel escrito que contiene datos, pero que no pertenece al plano físico, material, palpable, sino que pertenece a un espacio virtual. De esta manera, entenderemos el documento electrónico como cualquier representación virtual dirigida a conservar y transmitir esos datos o informaciones mediante campos eléctricos y magnéticos. Estos documentos pueden incorporar datos firmados electrónicamente, y desde luego, atendiendo a la definición de la RAE, se evaluará su capacidad para servir como elemento probatorio.

5.2. ¿Qué es un título valor?

El título III del Código de Comercio colombiano desarrolla el contenido de los títulos valores, definiendo estos en el artículo 619 como los “documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías”.

De esta manera, entenderemos los títulos valores como los documentos representativos de intereses o derechos de una persona, con los que se puede hacer intercambio o comercialización de actividades económicas, de manera más ágil y segura.

5.3. La inmaterialización y desmaterialización.

Estos dos conceptos analizados aquí desde la perspectiva de los títulos valores, convergen en un elemento común que es, en definitiva, la no presencia física de los documentos descritos antes como un título valor. De esta manera, nos encontramos ante títulos que no existen en el soporte papel tradicional, sino que se utilizan en el comercio mediante medios magnéticos o electrónicos.

“Se difiere entre estos dos elementos básicamente en que la desmaterialización puede describirse como el fenómeno de pérdida del soporte papel, optando por la alternativa de su documentación por medios informáticos”¹.

La inmaterialización por su parte radica en el cambio de sistema de un proceso por la generación electrónica de documentos. En otras palabras, en la desmaterialización el documento existió y se decidió llevarlo al plano magnético, y en la inmaterialización, el documento no existió, aunque en otro tiempo, el proceso se desarrollara utilizando soporte físico.

5.4. El título valor inmaterializado.

La ávida necesidad de mejorar los procesos en todo sentido, de aumentar la eficacia y eficiencia en el desarrollo de procesos comerciales, apoyados por los avances tecnológicos, han generado el fenómeno de la inmaterialización de los títulos valores, significando, que aquellos títulos, que en antaño requirieron de un documento con soporte físico, papel normalmente, hoy pueden ser igualmente válidos y ejecutable a través de elaboración en cualquiera de los medios magnéticos disponibles y comercialmente aceptados.

Un ejemplo de este fenómeno podría ser el boleto para abordar un vuelo, y es que, si bien es cierto que hace unas décadas atrás, no era posible acceder a la nave sin contar con el correspondiente pase de abordar, no lo es menos que hoy en día se va haciendo cada vez más común presentarnos en el aeropuerto sin más documentación que la que nos represente como el titular del derecho de volar, ya que el ticket como tal, se halla registrado en los medios informáticos.

1 <http://www.derechocomercial.edu.uy/PubRV.htm>, Vas.

6. Antecedentes del título valor desmaterializado

6.1. Los mensajes de datos y el comercio electrónico

De acuerdo con la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se definen:

“Art. 2. Mensajes de Datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Por su parte de acuerdo con la misma ley, “El Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar...”.

6.2. El Código de Comercio de 1971

El Código de Comercio actual que rige nuestros actos comerciales, fue modificado en 1971.

En el título III de esta normatividad, entre los artículos 619 y 821 se contempla todo lo relativo a títulos valores. En el desarrollo de este código, se tomaron en consideración las estipulaciones generadas por el Proyecto de Ley Uniforme de títulos valores para América Latina, aprobado por el Instituto para la Integración de América Latina en 1966, el cual expresa:

“La idea principal que los títulos valores se constituyeran en un instrumento de fácil movilidad y ejecución en todo el continente Latinoamericano. El objetivo principal no era en principio definir los títulos valores, sino establecer los requisi-

tos generales para que fluyeran en toda la comunidad latina con ciertos parámetros o estándares que cumplirían los distintos títulos de valor, garantizando a las partes involucradas su ejecución o pago, sin desconocer la costumbre”².

Sin embargo, es necesario saber que el Código de Comercio de 1971, habla sobre títulos valores cuando estos en su totalidad eran utilizados cien por ciento físicos, no especificando el tema de nuestro trabajo que alude a la desmaterialización de los títulos valores, lo que se viene a tocar más detalladamente en la Ley 527 del 1999.

7. Títulos valores inmaterializados

La casta especial que a través de la historia ha cubierto con un manto de garantía al comerciante durante todo su desarrollo y en especial en las etapas y eras donde ha tenido como medio seguro la práctica y el uso de los títulos valores, han logrado encontrar en las leyes y normas sustantivas los mecanismos y herramientas armónicas desde la vía jurídica que le ayuden a continuar su labor de manera segura, adecuada y garantista de sus derechos comerciales; para ello, confrontando la teoría cartular y la “nueva etapa global electrónica”³

Podemos observar que esta teoría clásica de los títulos valores, sustentada y arraigada en la validez y eficacia de las normas jurídicas del orden nacional y supranacional, han hecho de aquellos un instrumento adecuado y seguro para el comercio y el comerciante, ya que el derecho allí incorporado le entrega a su tenedor legítimo todas las garantías plenas para poder lega-

lizar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora.

Considerando que el intercambio de bienes y servicios en la modernidad de la globalización, ha traído inmensos retos y cambios, no solo del orden económico, y comercial sino con mayor arraigo y necesidad en el ámbito jurídico, podríamos contextualizar que en estos cambios estrepitosos del comercio electrónico, sesgados al contexto teórico, y radicalizados por la velocidad que avanzan, han afianzado en su desarrollo la inmersión masiva de la tecnología en el diario vivir del comerciante, obligando de esta manera al legislador en todos los órdenes y caracteres, a crear mecanismos que de manera segura y oportuna, entreguen los derechos plenos a los poseedores de buena fe de los diferentes títulos valores, que pasan del elemento cartular al ámbito inmaterial.

Podríamos decir que existen títulos valores que se desmaterializan como algunas acciones que se crean de manera corporea, se inscriben en una central de registro e inician su circulación a través de canales o medios electrónicos; existen también otros títulos valores que nacen a la vida jurídica desde el elemento inmaterial, no se han sentido de manera física, no se pueden palpar, tocar, como es el caso más común de algunas facturas, que no existen ni existirán físicas, sino en medios y canales electrónicos, codificados a través de lenguajes técnicos fáciles de probar, que se conservan, transfieren, circulan y extinguen a través de estos medios, por ello los derechos y obligaciones allí contenidas de manera electrónica no nacen a la vida física ni siquiera como prueba, pues el artículo 5° de la Ley 527 de 1999, define que en el “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.

2 Uniderechobga.blogspot.com, Derecho Temático, 2009

3 Remolina Angarita, Peña Nossa, 2011

Por ello ni siquiera para probar su existencia sería necesario materializarlos, como lo estipula en su artículo 6° “Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta...”⁴

7.1. Requisitos

La existencia del título valor inmaterializado se encuentra contenido en la Ley 527 de 1999, reconociendo el acceso y uso de los mensajes de datos en el comercio electrónico, avalando las firmas digitales y estableciendo las entidades de certificación, entregando los canales de comunicación por los cuales pueden circular y ser reconocidas como legales. De manera complementaria la Ley 1231 de 2008, incorpora como un título valor en su artículo primero a las facturas, y en la Ley 962 de 2005, artículo 26, garantiza su validez jurídica en la circulación electrónica previos requisitos legales establecidos de manera tecnológica.

El principio de incorporación, es la espina medular del título valor, la garantía de que el derecho incorporado mezclado con un documento entrega de una manera indisoluble el derecho, no se aleja de la teoría de que si este se mezcla con un elemento electrónico no tenga la misma fuerza y validez que el derecho incluido en el título cartular, por ello es un requisito esencial de su existencia la mención del derecho que se incorpora, la firma del creador, sea electrónica o digital y la fecha de vencimiento, reconociendo de igual manera los elementos naturales y accidentales que en ella se contienen, pues su uso y la costumbre han generado una cultura

de requisitos que se encuentran reflejados en los movimientos electrónicos que incorporan todos los elementos y requisitos de validez y existencia. De igual manera, en los registros internos de los medios electrónicos, va a ser fácil comprobar el lugar y la fecha de creación en caso de que por alguna razón no esté contenida, los sitios frecuentados, las transacciones realizadas, los equipos que han tenido acceso a ellas, sirviendo como prueba, en igualdad de condiciones que el cartular, en un litigio o discusión jurídica, en que sea necesario probarlo.

7.1.1. La firma electrónica de quien lo crea.

El contenido de la firma electrónica de quienes lo crean o se obligan, entrega de manera correlativa unas obligaciones y unos derechos generados en la autonomía de la voluntad de hacerlo, la cual debe nacer por la naturaleza de un negocio jurídico o la intención libre y espontánea de obligarse, esta se certifica a través de una firma electrónica consagrada en el artículo 7° de la Ley 527 de 1999 y reglamentada por el Decreto 2364 del 2012. Esta acción fue desarrollada en el Decreto 1747 de 2000. Es de anotar, que “El documento Conpes 3620 de 2009 recomendó promover el uso de la firma electrónica como esquema alternativo de la firma digital”⁵.

La Corte Suprema de Justicia define que “la firma es pues, un requisito para que un documento tenga valor probatorio, ya que sin ella salvo aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes según sea el caso no podrá establecerse con certeza quién es el autor”⁶

4 Ley Colombiana 527 de 1999.

5 Conpes 3620, 2009

6 Art. 826 Código de Comercio, 1971, Ley Colombiana 527, 1999

Pero este pronunciamiento excepcionalmente puede ser no observado como obligatorio en el caso de las facturas cambiarias, la Ley 1231 de 2008, artículo 3° párrafo tercero, Decreto 3327 de 2009, artículo 4° y el Decreto 2364 del 2012, entregan la autonomía de la autenticación de la firma a las partes, quienes a través de medios electrónicos seguros como: claves, sistemas biométricos, códigos numéricos, alfa numéricos, de barras, encriptaciones, entre otros, que deben ser de uso exclusivo del firmante quien está obligado a protegerlo según el artículo 6° y de informar de manera oportuna si por alguna razón existen variables o pérdidas en la autenticidad de su firma. De igual manera, el artículo 3° de este decreto le da a la firma electrónica la misma validez que a la de la firma contenida en el artículo 621 del Código de Comercio.

7.1.2. Las firmas digitales, los certificados y las entidades de certificación

El artículo 2° literal c) de la Ley 527 de 1999, define a la "Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación;...".

Así mismo, el artículo 28, entrega los atributos jurídicos de esta firma y establece unos requisitos. El Decreto 1747 de 2000 nos entrega elementos y definiciones como el iniciador, el suscriptor, que son los interactuantes principales que a través de un canal o medio electrónico, se obligan a través de su clave privada, la cual puede ser verificada con la clave pública que

posee el interactuante. De igual manera entrega potestad a entidades de certificación, sean abiertas o cerradas, generando de acuerdo a su condición cobro por sus servicios o no; estas certificaciones serán confiables previo cumplimiento a los estándares de calidad exigidos por la Superintendencia de Industria y Comercio. Los artículos 3° y 4°, facultan y entregan funciones a estas entidades de certificación cerradas; los artículos 5° y siguientes, entregan a las certificadoras cerradas, una mayor garantía en su validez como prueba, al entregarles a personas jurídicas, a los notarios o cónsules esta función, que dan garantías probatorias previo cumplimiento a los requisitos y normas establecidas y reguladas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta certificación tiene un costo que será regulado por este órgano de control. Su condición prestadora de servicios de certificación la hace responsable en su artículo 18 de todos los daños y perjuicios que por su actividad se puedan presentar a quienes confíen en ellos.

7.1.3. La mención del derecho que incorpora

Los títulos valor deben tener claro la clase de derecho incorporado, para tener la garantía de su reconocimiento y obligación. Es por ello, que el documento electrónico debe identificar si es una factura, una acción, una carta de embarque, etc. Debe cumplir con los principios de literalidad, controlada y certificada por los órganos abiertos y cerrados del contenido original del título; de legitimación, (otorgados por las leyes antes mencionadas); Autonomía en su inicio de circulación ya que se puede endosar de manera plena, procurar, preñar, regresar o ceder.

7.1.4. Clase de derecho que incorporan.

En los títulos valores desmaterializados e inmateralizados, se pueden incorporar todos los derechos como son los de con-

tenido crediticio, (letra de cambio, pagare, cheque, bono de prenda, factura cambiaria de compraventa y factura cambiaria de transporte); los de contenido corporativos o de participación, (acciones), y los de tradición o representativos de mercancías,

(carta de porte y conocimiento de embarque, certificado de depósito); pues no desconoce al documento electrónico como el elemento de incorporación, así no sea físico; sí se puede demostrar como prueba en su unión amalgámica.

7.2. Clases

| Títulos valores código de comercio | Título valor desmaterializado | Título valor inmaterializado |
|--|-------------------------------|------------------------------|
| Letra de cambio art. 671 C.Co. | No | No |
| Pagaré art. 709 C.Co. | No | No |
| Cheque art. 712. C.Co. | No | No |
| Bonos art. 752. C.Co. | Si | Si |
| Certificados de depósito y bono de prenda art. 757 C.Co. | Si | Si |
| Carta de porte y conocimiento de embarque art. 767 C.Co. | Si | Si |
| Facturas cambiarias arts. 772, 775 C.Co. | Si | Si |

Si bien es cierto que algunos títulos valores en la actualidad no se encuentran desmaterializados en su uso común o frecuente, no se podría desconocer que tendrían las mismas garantías actuales que poseen los títulos materiales, pues bastaría con condensar sus elementos esenciales de su creación y cambiar su incorporación en un documento de papel y expresarla en un documento electrónico, avalada con una firma electrónica reconocida por quien acepta la obligación o entrega una garantía en el título valor que crea.

Todos los títulos valores sin excepción pueden ser utilizados desde el punto de vista jurídico como inmateriales o desmaterializados.

7.3. Prueba del título valor inmaterializado.

El artículo 244 del Código General del Proceso adoptado mediante la Ley 1564 de 2012, establece que se presumen auténticos los documentos en forma de mensajes de datos (4), otorgándole seguridad jurídica en la reclamación sustantiva de este, pues la existencia del derecho y la obligación está contenida en un documento no físico sino electrónico, pero que adquiere la misma calidad de acuerdo a lo contenido en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 527 de 1999. La calidad probatoria del documento electrónico al estar avalada por una certificadora cerrada o abierta, regulada

y controlada por la Superintendencia Financiera, abarca el sentido probatorio suficiente para determinar que los principios característicos de los títulos valores se encuentren allí contenidos, adicional a ello existen muchos mecanismos certificados que garantizan pruebas técnicas sobre los documentos electrónicos. El artículo 10, pone de presente:

“Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del

Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y, probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho que se trate de un mensaje

de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”⁷

El artículo 11, determina los criterios del valor probatorio del mensaje de datos y, el 8° indica que cuando cualquier norma requiera la información sea presentada y conservada en manera original, este requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos; el artículo 22 prevé las consecuencias jurídicas, que arrojan la creación del acto que lo creó, dándole el reconocimiento jurídico como un título valor, previo cumplimiento de los requisitos dados a estos en el código de comercio, por ello de manera probatoria, tendrá la misma fuerza y el mismo tratamiento que el título valor material o cartular, el Decreto 2364 de 2012 en su artículo 5° le otorga los mismos efectos jurídicos a la firma electrónica que a la firma establecida en el artículo 621 del Código de Comercio.

7 Ley Colombiana 527, 1999

8. Los títulos valores desmaterializados e inmaterializados vistos desde el código de comercio

8.1. Cuadro comparativo: el título valor cartular y el título valor inmaterial

| Código de Comercio | | Cartular | Inmaterial | Comentarios |
|--------------------|-----------|----------|------------|---|
| Art. 619 | Documento | Material | Digital | Los dos legitiman el ejercicio del derecho por ser reconocidos como documentos por su legitimidad y por la autonomía de las partes al incorporarlo. |

| Código de Comercio | | Cartular | Inmaterial | Comentarios |
|--------------------|---------------------------------|----------|------------|---|
| | De contenido crediticio | Sí | Sí | La letra de cambio, el pagaré, el cheque el bono de prenda, la factura de venta y la factura de venta de transporte, se pueden incorporar en igualdad de condiciones y con los mismos requisitos que los títulos valor cartulares, siendo inclusive más seguros los digitales, por la certificación regulada por la Superintendencia financiera, los requisitos y las técnicas para determinar que los requisitos establecidos se cumplan |
| | Corporativos o de participación | Sí | Sí | Las acciones cumplen un proceso de desmaterialización constante convirtiéndose en el mejor ejemplo del título valor desmaterializado. |
| | De tradición o de mercancías | Sí | Sí | La carta de porte y certificación de embarque fueron los pioneros en la consolidación de una estructura jurídica para dar validez y eficacia a los derechos contenidos en el título valor; el certificado de depósito, mantiene su condición sea material o inmaterial. |

| Código de Comercio | | Cartular | Inmaterial | Comentarios |
|--------------------|--|--|--|--|
| Art. 620 | Produce efectos previo cumplimiento a las menciones y requisitos de ley | Sí | Sí | Produce en igualdad los mismos efectos, los mismos derechos y el mismo trato garantista |
| Art. 621 | Deben mencionar el derecho que en el título se incorpora y la firma de quien lo crea | Firma manual o mecánica | Firma digital y electrónica | Las firmas son consideradas en igualdad de condiciones y no se desconoce la una de la otra al momento de crear el título valor, teniendo de presente que la firma digital deberá estar previamente registrada ante un organismo que avale la misma. |
| | Mencionar el lugar de cumplimiento o del ejercicio del derecho | Lo suple la ley | Lo suple la ley | En los dos casos se establece como lugar de cumplimiento el domicilio del creador |
| | Mención de la fecha y lugar de la creación | Lo suple la ley | Se puede determinar en el sistema | Mientras en el cartular la fecha y el lugar es suplido por la ley, en el inmaterial queda registrado de manera electrónica, certificada y definida por el sistema informático. |
| Art. 622 | Espacios en blanco | Llenados de acuerdo a carta de instrucciones | Nacen incorporados por las certificadoras que deben cumplir con los requisitos de ley so pena de ser sancionadas o descertificadas | La garantía del contenido del título valor electrónico es más segura tanto para el obligado como para el beneficiario, pues las condiciones están reguladas y condensadas en las que se le entregan al certificador y no al arbitrio de quien puede llenar el título valor |

| Código de Comercio | | Cartular | Inmaterial | Comentarios |
|--------------------|--|---|---|---|
| | Si es negociado después de llenado a favor de un tenedor de buena fe exento de culpa | Todas las garantías por el principio de autonomía | Nace a la vida jurídica de acuerdo a las instrucciones y requisitos dados al certificador | El título valor electrónico inmaterializado entrega mayores garantías en su creación y circulación |
| Art. 623 | Si hay confusión en palabras y números | Prevalen las letras sobre los números | La certificación garantiza que el derecho contenido está acorde a la obligación | Las garantías de los títulos valores inmaterializados son mayores que los cartulares |
| Art 624 | Requiere la exhibición del mismo para reclamar el derecho | Sí material | Sí digital | Los dos son documentos reconocidos como tal |
| | Se debe entregar tras su pago o se inscriben los pagos parciales | Sí en el documento material | Sí en el documento digital | Los dos son entregados a quien lo cancela o desaparece del círculo electrónico, se archiva pero con las anotaciones de tracto sucesivo que determinan su cancelación, mantiene las obligaciones sobre las partes no pagadas |
| Art. 625 | La obligación cambiaria se determina con la firma y la entrega | Sí en el documento cartular | Sí en el documento digital | Los dos están sujetos a la ley de circulación |
| Art. 628 | La transferencia del derecho principal y accesorios | Se transfieren los dos derechos | Se transfieren los dos derechos | La ley los equipara en igualdad de derechos y condiciones |

| Código de Comercio | | Cartular | Inmaterial | Comentarios |
|---------------------------|---|------------------------------------|---|--|
| Arts. 651, 652, 653, 656. | El endoso se puede cumplir de acuerdo a lo establecido en estos artículos | Sí con los requerimientos exigidos | Facilita el endoso al tener el rastreo de las firmas digitales que se le han realizado con lugares, nombre y fechas exactas, certificadas | El título valor inmaterial contiene mayores garantías y mayores certezas en los endosantes que participan en la circulación o negociación del título valor |

Después de comparar algunos artículos del Código de Comercio, con los elementos y condiciones atribuidas por las leyes que regulan y distinguen al título valor inmaterializado, podemos concluir que su trato se equipara de manera total, con la ventaja que entrega el título valor inmaterializado, ante actos que pueden generar duda, mala fe o falsedad en el título, pues la prueba técnica se facilita más o tendrá mayor seguridad en un documento digital que en un documento cartular.

8.2. La ley de circulación y los títulos valor desmaterializados e inmaterializados.

“Considerando que la ley de circulación es la potestad que tiene el tenedor legítimo del título valor para ejercer el derecho o transmitirlo, de acuerdo a los límites y condiciones entregadas en la ley” (Cortez, 2008) Y que tanto el título valor cartular y el inmaterial gozan de los mismos derechos y reconocimientos jurídicos, podrían circular bajo la igualdad de condiciones, y las reglas particulares, dependiendo de la forma que se gire el título valor, como tí-

tulo nominativo, a la orden o al portador, existen una serie de procedimientos para que el tenedor quede legitimado, como son la entrega; la entrega más el endoso; y la entrega y el endoso más la inscripción. Definiendo que el cumplimiento de estas condiciones legitiman el derecho del tenedor de buena fe, quien goza de los derechos que el endoso le otorgó, según sea la voluntad del endosante, ya sea en cesión total o parcial, como garantía, o en procuración, dan en cada caso particular al creador del título en la estructura primigenia la potestad para determinar cómo debe circular el título de acuerdo con sus intereses, entregándole al ejercicio de la autonomía de la voluntad la decisión de la ley de circulación que va a seguir este título, tanto que el legislador determina que solo podrá ser modificada, no por el tenedor legal, sino por el creador que lo debe autorizar como lo indica el artículo 630 del Código de Comercio. La ley de circulación del título valor inmaterial continúa por la línea de endoso trazada en el título valor cartular, ya que requiere de los mismos requisitos formales para otorgar al endosario los derechos y garantías plenas en el contenido según sea la voluntad del endosante.

9. La jurisprudencia frente a los títulos valores desmaterializados e inmaterializados

La constitucionalización del derecho privado, ha demostrado en observancia a la jurisprudencia constitucional el apoyo constante de la Corte, a la implementación y validez jurídica de los títulos valores inmaterializados.

9.1. Pronunciamientos constitucionales.

La sentencia C-662 del 2000, magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz, cuya acción busca declarar la inexecutable de la Ley 527 del 99, al considerar que viola los principios constitucionales de los artículos 151 y 152 de la Carta Política, en el sentido de otorgar características de certificación a particulares, la cual encuentra en su desarrollo todo el apoyo y respaldo a la autonomía de la voluntad privada, la necesidad de impulsar el comercio electrónico en beneficio de los comerciantes y “La necesidad de actualizar los regímenes jurídicos, para otorgar fundamento jurídico al intercambio electrónico de datos”. Considerado en todos los apartes de esta sentencia y con la declaración de que son exequibles ante la constitución las normas demandadas, podemos valorar dos aspectos importantes en esta sentencia: la primera la necesidad de dar soporte jurídico y validez a los mensajes de datos, como prueba certificada de la obligación que en ellos se contienen, equiparándolos con los documentos cartulares y poniéndose a tono con el mercado globalizado; la segunda, que la autonomía de la voluntad privada prevalece en el contexto comercial, ajustándose a las normas mencionadas en el código de comercio, pero a su vez dándole

plenas garantías a los comerciantes que los negocios que se celebren vía mensaje de datos tendrán la misma fuerza y validez que el título material.

La sentencia C-831 del 2001, magistrado ponente doctor Álvaro Tafur Galvis, la cual busca declarar la inexecutable del artículo 6° de la Ley 527 del 1999, al considerar que esta debió ser estatutaria por las condiciones reguladas en él; ya que aprecia que es un aspecto esencial del artículo 28 de la Carta Política, que contiene un derecho fundamental que requiere de una ley estatutaria para regular los procedimientos y recursos para su protección y no una ley ordinaria como fue tramitada dicha ley. La Corte Constitucional en sus razones a decidir considera que La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, que fue la base de la creación de esta ley, que combinó “una ardua labor de estudio de temas de derecho mercantil internacional en el seno de una Comisión Redactora de la que formaron parte tanto el sector privado como el público”.

Fundamentada en una necesidad de regular el comercio sobre este tema y tratando de dar y otorgar el mismo trato al documento material como al digital, sentencia de la cual podemos destacar la amplia descripción que hace la corte sobre el ámbito de aplicación y su extensión, otorgándole a la materia probatoria la fuerza procesal, reconociéndola como constitucional y declarándola exequible.

La sentencia C-1147 del 2001, magistrado ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, que busca declarar la inexecutable del artículo 91 de la Ley 633 del 2000:

“Todas las páginas Web y los sitios de Internet de origen colombiano que operan

en el Internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiera o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el Registro Mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera”.

Al respecto, la Corte consideró que “**RESUELVE** Primero. DECLARAR EXEQUIBLE, de manera condicionada, el artículo 91 de la Ley 633 de 2000 respecto de los cargos formulados en la demanda, en el entendido que la información que puede requerir la DIAN es la directamente relevante y estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones en ejercicio de sus competencias legales. Segundo. DECLARAR INEXEQUIBLES las expresiones “en los términos” y “lo” contenidas en el artículo 91 de la Ley 633 de 2000.”

9.2. Los conceptos de la DIAN y la Superintendencia Financiera

“La Superintendencia de Valores, hoy Financiera, mediante concepto de 1994, definió el término desmaterialización o inmaterialización, como el fenómeno mediante el cual se suprime el documento físico y se reemplaza por un registro contable a los que, en la mayoría de los casos por consistir en archivos de computador se les ha dado el calificativo de documentos informativos, continua la superintendencia, la desmaterialización se convierte en un fenómeno técnico y jurídico del cual dimana toda suerte de análisis que permiten replantear la teorías de los títulos valores” .

“La DIAN, ha emitido conceptos en referencia a la factura, como, el concepto 12 del 30 de marzo de 1999, concepto 46 del 5 de septiembre de 2000, concepto 16264 del 28 de febrero de 2001, concepto 172281 del 5 de marzo de 1991, la reconocen como

título valor electrónico o desmaterializado y para tener el mismo efecto, alcance y validez probatoria requerida por las normas vigentes debe estar firmada electrónicamente y certificada debidamente”. (Cortez, 2008).

En el concepto 220-39089 del 11 de junio de 2003, que hace referencia a los títulos de acciones provisionales o definitivos, se indica que “(...) en opinión de este despacho, nada se opone para que las firmas del representante legal y secretario de una compañía en la expedición de los títulos de acciones, provisionales o definitivos, puedan ser sustituidas por firmas digitales en mensajes de datos, si se tiene en cuenta que los títulos valores de acciones otorgados de acuerdo con las formalidades técnicas y jurídicas tendrán la calidad de un documento como cualquier otro, entre otras, porque el requisito de que conste por escrito queda satisfecho con un mensaje de datos, siempre que se pueda acceder a la información posteriormente, porque los mensajes de datos, al igual que los documentos sobre el papel, otorgan similares niveles de seguridad, confiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad y, por último, de ellos se predica eficacia jurídica, validez y fuerza obligatoria”. (Cortez, 2008).

10. Una visión de los principios de los títulos valor cartulares y los títulos valor inmaterializados

Sabido es que dentro de los títulos valor van inmersos los principios de incorporación, literalidad, autonomía y legitimación, para poder predicar la legalidad y eficacia de los mismos y que tiene gran importancia cuando de exigir el cumplimiento de la obligación contenida dentro de aquellos se trata.

Ahora bien, al momento de la inmaterialización de los títulos valor, se puede observar que con respecto a los principios enunciados antes, se predica la existencia de los mismos principios que en el sistema cartular, pero ello permite una gran seguridad desde el punto de vista probatorio cuando de acciones judiciales se tratare. La regulación y el control ejercido por parte de la Superintendencia Financiera a las certificadoras, sean cerradas o abiertas, otorgan un elemento probatorio lo suficientemente sólido para determinar la creación y el endoso del título valor, pues permite hacer un seguimiento cronológico, permanente y constante del estado actual de este y definir quién posee en la actualidad el derecho literal en él contenido.

11. La desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores en América Latina

Partiendo del modelo planteado por la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, donde la finalidad de esta propuesta es darle las herramientas y fundamentos al legislador de cada país, para así mismo despejar o eliminar los inconvenientes jurídicos que se pueden presentar durante la creación de normas tendientes a sacar adelante el llamado “comercio electrónico”.

Como ya se ha planteado en Colombia, con la entrada en vigencia de las Leyes 27 de 1990, 527 de 1999 y el Decreto 1747 de 2000, ha sido notorio el progreso y aplicabilidad de las mismas, lo cual ha contribuido a la desmaterialización de los títulos valores, siendo pionera en América Latina, además de estar en la vanguardia del comercio electrónico generado por un negocio jurídico que nos ha llevado a que

se tengan todas las herramientas jurídicas, informáticas, logísticas y de apoyo para que el fin propuesto por este modelo de promover la economía y la eficiencia del comercio internacional además de estar siendo aplicado conforme a nuestra Constitución y la Ley y en concordancia con lo definido en los tratados internacionales con miras a la globalización económica ya puesta en marcha en todo nuestro hemisferio.

En Colombia, estamos viviendo el fenómeno del comercio digital, el cual ha tenido un incremento entre el año 2011 a lo que va corrido del 2013 del 51.6%, tanto para el comercio electrónico (ecommerce) como para el uso de la banca electrónica en línea (eBanking), lo que demuestra un crecimiento en la confianza por este nuevo mecanismo de comercio, el cual ha marchado lento pero seguro a la hora de realizar compras o movimientos financieros por este medio, donde todo está al alcance de todos.

Este fenómeno también ha venido mostrando un crecimiento notorio pero silencioso en América Latina presentando un avance positivo, siendo evidente la transformación normativa que ha venido teniendo países como Perú, Argentina, Brasil y El Salvador. Así mismo, los demás países que silenciosamente se han ido incorporando a este nuevo modelo de circulación y trámite de los títulos valores desmaterializados e inmaterializados, donde se ha dado la importancia que este tiene para el comercio globalizado y para la atracción del capital extranjero.

En el presente estudio se puede ver, como estos países Latinoamericanos, han dado un paso gigantesco y sin retroceder un solo espacio, hacia la tendencia del comercio electrónico y por ende la desmaterialización e inmaterialización de los títulos valores, tema en el que nos centrare-

mos a analizar hacia dónde van los títulos valores materiales, cuál es la proyección que se tiene, los beneficios y garantías, la seguridad que nos brindan, la agilidad, la conservación, modificación y adición de principios, desde una mirada objetiva a la normativa nacional sobre este tema a lo aplicado en los países ya en mención, teniendo de presente que esto se ha venido convirtiendo en una dinámica mundial que no reconoce fronteras y donde se tiene una mayor liberación comercial general.

La transformación de los títulos valores desmaterializados e inmaterializados ha tocado los sistemas normativos en algunos países de América Latina, para lo cual veremos cómo se vienen incorporando estas nuevas formas de intercambio, y la timidez con la que se han estado aplicando en algunos de estos países del hemisferio. En esta publicación se encuentran algunas de las similitudes en los dos temas investigados entre Perú, Argentina, Brasil, El Salvador y Colombia, siendo este último un punto de referencia con las demás normas de los países analizados.

En Colombia para el tema de la desmaterialización de los títulos valores, encontramos un sistema de Depósito Centralizado de Valores, el cual se halla reglamentado desde la entrada en vigencia de la Ley 27 de 1990, siendo esta donde se dictan las normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto.

En el Capítulo III, artículo 13 de la Ley 27 de 1990, reza sobre la creación de sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores. Esta entidad societaria ejercerá la inspección y vigilancia sobre la administración de estas sociedades las cuales deberán tener previa autorización por parte de la Comisión Nacional de Valores.

La función de las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, están definidas en el artículo 15, *ibídem*.

Para el caso de Perú, en el artículo 2° de la Ley 27287 de 2000 encontramos lo siguiente:

“Artículo 2°. Valor Representado por Anotación en Cuenta

- 2.1. Los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los Títulos Valores señalados en el artículo 1°, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores.
- 2.2. La creación, emisión, transmisión y registro de los valores con representación por anotación en cuenta, así como su transformación a valores en título y viceversa, se rigen por la ley de la materia; y por la presente ley, en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza.
- 2.3. La representación por anotación en cuenta comprende a la totalidad de los valores integrantes de la misma emisión, clase o serie, sea que se traten de nuevos valores o valores existentes, con excepción de los casos que señale la ley de la materia.
- 2.4. La forma de representación de valores, sea en título o por anotación en cuenta, es una decisión voluntaria del emisor y constituye una condición de la emisión, susceptible de modificación conforme a ley”⁸.

8 Ley Peruana 27287 de 2000

En Perú, se comienza a hablar de título valor oficialmente con la entrada en vigencia del Código de Comercio de 1902. En los Títulos del I al XIII, de los cuales aún están vigentes los del VII al XIII ya que del I al VI, fueron derogados con la Ley N° 16587 actualmente derogada con la Ley 27287 de 2000 o Ley de Títulos Valores, donde además están incluidos los principios, características, definiciones, clasificación y fundamentos que en comparación con la normatividad colombiana, donde se encuentran tanto en el Código de Comercio, Código Civil y Legislación al respecto, en Perú se encuentran prácticamente unificada.

En síntesis, el artículo 2° de la Ley 27287 Valor representado por anotación en cuenta, dice:

“Los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los Títulos Valores señalados en el artículo 1º, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores”⁹. (Ley Peruana 27287 de 2000).

Este es un avance en cuanto a la definición del título valor desmaterializado, el cual como única condición requiere de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores.

La anotación en cuenta es la expresión del título valor desmaterializado, entendiéndose este último como:

“El valor que prescinde del soporte papel y, en su lugar, está representado por anotación en cuenta cuyo registro está a cargo de una Institución de Compensación y Liquidación de Valores (ISLA)”)

A diferencia del concepto del valor materializado que se concibe como “el título valor emitido en soporte papel, generándose una inmanencia e identidad entre el derecho patrimonial y dicho soporte” (<http://actualidadcivilycomercial.blogspot.com/2011/11/valores-materializados-y.html>)

Según la Legislación peruana, no todos los títulos valores se pueden desmaterializar, solamente pueden ser desmaterializados los títulos valores mobiliarios, destinados a circular masivamente y a ser negociados en rueda de bolsa mediante su inscripción en el registro contable que lleva una institución de compensación y liquidación de valores.

En el artículo 6° de la misma ley, comienza a poner de presente la firma electrónica para su emisión, aceptación, garantía y transferencia pero no se legisla en cuanto a los mensajes de datos, esta es una de las diferencias con la Ley 527 de 1999, lo que demuestra que poco a poco se viene legislando en Perú, en cuanto a la desmaterialización de los títulos valores.

“Estas Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores, las cuales relaciona el artículo 2° de la Ley 27287 de 2000 (Perú), hacen parte de una iniciativa del Banco Mundial con el objetivo de describir y evaluar los sistemas de pagos del Hemisferio Occidental con el propósito de identificar posibles mejoras en su seguridad, eficacia e integridad”¹⁰

En Argentina, se viene hablando de desmaterialización de títulos valores sin la separación, distinción o clasificación de lo que son los títulos valores inmateriales; “los gauchos”, se han enfocado aún más en el fenómeno de la llegada de la tecnología

9 Ley Peruana 27287 de 2000

10 <http://www.forodepagos.org/pdf/Peru-esp.pdf>

gía informática, la cual ha permitido crear nuevas herramientas que ayudan a organizar el llamado “desorden” en la administración de los títulos valores todo esto facilitado desde las comunicaciones.

El título valor desmaterializado ha contribuido a dar orden a la administración de los títulos valores ya que se permite tener un registro, un archivo y una clasificación de estos mismos documentos y se vienen dando cuenta que el papel y los documentos escritos han ido perdiendo terreno en la circulación y el mercado de los mismos, donde se ha demostrado que con la entrada de los títulos valores desmaterializados, se encuentra una forma más práctica, sencilla y cómoda en las transacciones comerciales donde el endoso ha sido desplazado al igual que en los demás países analizados por la llamada anotación en cuenta.

En Colombia la Ley 527 de 1999 se ha venido cumpliendo de manera progresiva, el Decreto 1747 de 2000 reglamenta parcialmente esta ley en lo relacionado con las Entidades de Certificación, los certificados y las firmas digitales y el Decreto 2364 de 2012 reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999 sobre la firma electrónica. Esto demuestra cómo y hacia dónde vamos con el concepto de títulos valores desmaterializados e inmateriales y donde van quedando los títulos valores materiales, que a nuestro modo de ver pasarán en un futuro no muy lejano, a un segundo plano, hasta la extinción de los mismos.

En Colombia, tenemos el Depósito Centralizado de Valores reglamentado desde la entrada en vigencia de la Ley 27 de 1990 “Por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”.

Ahora bien, Colombia a diferencia de otros países, ya cuenta con normatividad

para el tema de títulos valores inmateriales y como referencia se puede presentar el Decreto 1929 de 2007, el cual ayuda a facilitar las transacciones comerciales, sin perder de vista los derechos de los consumidores, previniendo operaciones de lavado de activos, entre otras, ha dispuesto en este decreto lo concerniente a la factura electrónica y todos sus componentes, requisitos y obligaciones a cumplir.

El Decreto 1929 de 2007 se encuentra lineado con lo definido por la Ley 527 de 1999, la cual busca satisfacer lo dispuesto en la misma y donde se aplicarán los principios de autenticidad e integridad además dejando claro en caso de realizar anulaciones o notas créditos de las mismas facturas los procedimientos que también por medio electrónico pueden ser realizados.

Así mismo, en Perú desde el año 1992 fue creado el Decreto 25632 LEY MARCO DE COMPROBANTES DE PAGO, el cual en su artículo 2° define el comprobante de pago, que cuando este fuera emitido de manera electrónica se consideraría como representación impresa de este para todo efecto tributario.

“Solo hasta el mes de marzo de este año, 21 años después, encontramos que en Perú se está dando un paso gigantesco a la inmateralización de los títulos valores y para efectos de la aplicación de la Resolución 097 de 2012 proferida por la SUNAT, donde se resuelve sobre el sistema de emisión electrónica desarrollado desde los sistemas del contribuyente de la factura y las notas vinculadas a esta y donde se definen las demás características a tener de presente en el momento de emitir una factura electrónica, como los son las claves, códigos, la firma digital entre otros medios de seguridad que esta presenta”¹¹

11 Resolución de superintendencia 0972012/

En Argentina, la administración Federal de Ingresos Públicos, mediante la Resolución general AFIP N° 2904/2010 establece el procedimiento de emisión y almacenamiento electrónico de comprobantes originales, entre otros, los cuales respaldan las operaciones de compraventa efectuadas en el mercado interno.

Para el caso de la factura electrónica y los anexos a esta por el mismo mecanismo, en el Capítulo C artículo 3° de la misma resolución, se detalla como facturas clase A y facturas clase B, lo mismo que las notas crédito y débito clase A y B.

Así las cosas, Argentina, a partir del año 2010, ingresa a ese mercado de títulos valores electrónicos, de una forma organizada y proyectada con los mismos estándares de seguridad, eficacia, eficiencia y agilidad que en otros países ha mostrado un resultado favorable en las transacciones comerciales en el ámbito interno y externo económico.

Atendiendo a la normatividad salvadoreña, encontramos que ellos manejan el sistema de anotación en cuenta, algo muy similar a lo regulado en la ley Colombiana. La ley salvadoreña contempla la creación de entidades depositarias que se especializarán en la desmaterialización de los títulos valores, cabe resaltar que en el artículo 3° de dicha ley se ve plasmado directamente la gran diferencia que logra la desmaterialización de los títulos al referirse así:

“por la naturaleza de las anotaciones en cuenta, es inexistente la distinción, entre nominativas, a la orden y al portador” (Ley de El Salvador 742 de 2002).

En Colombia, es una sociedad la que maneja la administración del depósito de valores, inscrito en el registro nacional de valores, siendo la DECEVAL y la DCV las entidad que manejan lo relacionado con la desmaterialización de los sistemas de depósitos nacionales.

La DECEVAL títulos mediante intermediario y la DCV aquellos de sociedades intervenidas por la superintendencia. Este depósito fue creado por la Ley 27 de 1990 y reglamentado por el Decreto 436 del mismo año.

En El Salvador por su parte la desmaterialización del título funciona de manera similar a Colombia.

Los emisores de acciones llevan un registro electrónico de accionistas, que contendrá información referente a las características de las acciones, datos del accionista, datos de pagos y gravámenes de cada título; requisitos que son iguales para nuestro país.

Para la desmaterialización, el tenedor del título deberá entregarlo a la depositaria y este en sus registros de anotación en cuenta, transformará a digital lo contenido en él. Pero la entrega no es por sí sola la única actuación para ejercer esta desmaterialización, el proceso es un poco más complejo. Tal como lo dicta la ley existen tres formas en las que se puede entregar el título para seguir comerciando con el desmaterializado:

La primera, es por medio de endoso en administración de macro título, consiste en endosarlo a la depositaria, quien luego de desmaterializarlo hará las deducciones a medida que se realicen las negociaciones sobre el título valor.

La segunda, será entregando el título acompañado por una escritura pública

donde se señalará que el título queda en manos de una entidad depositaria y que quedará inmersa bajo el régimen de anotación en cuenta y que la entidad es especialista en títulos valores.

Y tercera, para los títulos nominativos y a la orden con “endoso en administración”. Este endoso trae efectos consigo, ya que con este se le da el permiso a la depositaria de tener el título, efectuar transferencias y demás derechos comerciales.

En Colombia, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 27 de 1990, se perfecciona el depósito a través del endoso que se realiza en administración y posterior entrega de los títulos, sin adquirir la propiedad de los valores, pero sí la obligación de custodiarlos, situación semejante a la de El Salvador.

Es importante señalar que para este tipo de títulos la ley salvadoreña modifica la acción cambiaria que sobre un título valor material existiría, ya que como dicta la ley en su artículo 23:

“Los tenedores de valores adquiridos en una bolsa no tendrán acción cambiaria en vía de regreso, contra los transferentes anteriores que negociaron los valores mientras estaban depositados en la administración. La acción directa no se somete a reglas de protesto.

Las transferencias de valores entre cuentas producirán los efectos de un endoso sin mi responsabilidad a favor del enajenante”¹²

En ambas legislaciones, con respecto a la transferencia de los valores depositados, se lleva un registro en los respectivos libros o como se nos pone de presente a través de la DECEVAL o DCV, en anota-

ción en cuenta, para los traspasos, funciona de la misma manera, se realizarán solamente dentro de los mismos registros, unos asientos contables, sin mayor requerimiento.

Para ambos países, es permitido el embargo de los valores depositados desmaterializados, lo cual opera a través de la inscripción de la respectiva medida cautelar, tanto en la ley salvadoreña en su artículo 36, como en la Colombiana en su artículo 24. Adicionalmente se permite en ambas legislaciones el remate o la subasta de los valores depositados, que previamente han sido objeto de la medida cautelar del embargo. Existe reserva frente a la información que se maneja con los depósitos centralizados de valores, estando solo permitido, que la misma sea suministrada al depositante o autoridades públicas que así lo soliciten.

Es viable que en caso de pérdida, destrucción o hurto de los valores depositados se proceda al trámite de la reposición de aquellos. Pero sea del caso advertir que en Colombia se ha de otorgar previamente una caución, fijada por la Comisión Nacional de Valores; y, en el país centroamericano se debe agotar el procedimiento ordenado en el Código de Comercio de dicha Nación.

En la legislación salvadoreña cuando se ha de presentar, la acción ejecutiva, existen dos formas a través de las cuales se aporta el título valor: primero, se podrá materializar nuevamente el título con todas sus anotaciones; o segundo, se podrá generar un certificado donde conste todas las características del título y sus anotaciones.

Para la ley Brasileña operan figuras similares a las de los demás países mencionados, en este caso en el país, ya se habla de la inmaterialización de títulos, porque las sociedades, pueden solicitar que las ac-

ciones nazcan a la vida, siendo digitales y que no se entregue certificado de las mismas. La legitimación la tiene el propietario quien tendrá una cuenta de depósito a su nombre y allí se verán reflejados sus títulos y características. Caso igual en Colombia con la Ley 527 de 1999 donde como ya se explicó anteriormente, avala el uso de mensajes de datos y el nacimiento del título sin certificación escrita y con firma digital.

Pero también existe en el sistema brasilero la desmaterialización que solo la pueden realizar las entidades autorizadas por la *Comissão de Valores Mobiliários CVM*, quien en este país es la encargada de legitimar a aquellas que son las que pueden llevar a cabo las anotaciones en cuenta. Sistema comparable en la legislación colombiana con la DECEVAL o DCV quienes son las encargadas de las mismas funciones.

Acerca de la intermediación y su custodia la ley brasilera detenta el siguiente comentario:

“La LBS establece que los intermediarios de valores, como ser los custodios, pueden detentar valores en representación de sus inversores. En virtud de este mecanismo, el propietario de los valores deposita los valores con el custodio, quien tendrá un título fiduciario y las obligaciones de un depositario con respecto a los valores depositados. Sin embargo, la propiedad de los valores no se transmite al custodio El depositario no tiene derecho a vender las acciones. En virtud del artículo 31 de la LBS, la transferencia de la propiedad de una acción se debe realizar en los registros de la sociedad en el Libro de Registro de Acciones”¹³

En la Ley 27 de 1990, se habla igualmente de que la entidad donde se deposite el

valor, tendrá la custodia más no la transmisión del derecho que ostenta el propietario y de igual manera no podrá vender las acciones sin el permiso del depositario.

Para Colombia es importante resaltar en este aspecto la Resolución 1200 de 1995 la cual reglamenta y actualiza para la Superintendencia de Valores, lo relacionado con los principios rectores para los depósitos de valores en Colombia y cómo debe actuar el intermediario.

Para los efectos de las transacciones en Brasil, este no cuenta con reglamentación sobre la validez de las transacciones entre el intermediario (depositario) y el inversor, solo aclara que los movimientos que no obren en la anotación en cuenta y si la operación en cuestión no se encuentra registrada en los libros de la sociedad, en su caso, entonces dicho acuerdo solo generaría una acción personal o contractual con respecto al intermediario.

Como se ha venido evaluando, dentro de la ley colombiana y de los países como Perú, Argentina, Brasil y El Salvador, los títulos contenidos en los depósitos de valores, deberán soportar los gravámenes que le impongan al propietario del título y los que recaigan sobre este, pero la ley Brasileña, también ampara que este nunca será garantía de deudas del depositario de valores.

A su vez el país tiene una práctica de otro mecanismo como lo relataría la “MISIÓN PERMANENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS ANTE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS”.

“Otra práctica habitual en el mercado brasileño es que los depositarios realicen a su vez convenios con otras entidades para la subcustodia de los valores. Los valores detentados por el subcustodio lo son en representación de los respectivos propie-

13 Ley Brasileira 6404 de 1976

tarios y no del depositario. El contrato de subcustodia sigue los mismos principios generales que el contrato de custodia” (Misión permanente de los Estados Unidos ante la Organización de los Estados Americanos).

Sin embargo y permitiendo recopilar algunas de las opiniones encontradas frente a la desmaterialización, existe una gran dicotomía en Brasil sobre la falta de la reglamentación, en los casos donde el título valor desmaterializado o inmateralizado, sea objeto de conflicto o necesite resolverse situaciones judiciales sobre el mismo, a diferencia del El Salvador, este país no tiene estipulaciones en la legislación para el manejo de estos casos y no tienen como direccionar temas como los “Riesgos sistémicos, perfeccionamiento y derechos de prelación de tenedores de derechos y tenedores del control, ley aplicable, y temas vinculados a la quiebra del intermediario, entre otros”. (Misión permanente de los Estados Unidos ante la Organización de los Estados Americanos).

Caso que en Colombia existe una garantía plasmada, en el Decreto 2364 del 2012, donde quien reciba el título para desmaterializarlo y emita certificación sobre el mismo, responderá solidariamente, sobre el mal uso o desfalco del valor del título.

Lo que hemos encontrado, es que las normas de los países citados todas coinciden en la forma de operar y administrar los títulos valores desmaterializados e inmateriales, lo cual a nuestro modo de ver y analizar se está cumpliendo con los lineamientos trazados por la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional además de las uniones y tratados de los países latinoamericanos en pro del desarrollo económico de la región, poniéndola al nivel del desarrollo de todo el hemisferio.

12. Conclusiones

- La prueba en la aplicación de los principios de los títulos valores desmaterializados son aún más efectivas que cuando el título es material y la carga probatoria que estos tienen, es aún más fidedigna ya que la seguridad informática avanza de manera constante a la par de las necesidades comerciales, por ello se facilita que el intercambio mercantil sea aún más seguro a través de los canales electrónicos cada día que se le brindan a un título desmaterializado.
- Si bien es cierto la garantía jurídica que otorgan los títulos valores inmateriales su costo es demasiado alto y algo desconocido para las personas del común, por ello es necesario mejorar las políticas públicas sobre las firmas digitales, el comercio electrónico para avanzar y comenzar a incluir en la circulación electrónica de los títulos valores a la letra, y el pagaré, haciendo de este un medio más común generando confianza como la ha generado el título valor cartular.
- Podríamos decir que la globalización y la inclusión de nuevas tecnologías han obligado al legislador colombiano a adaptarse y a adaptar a las nuevas normas la condición esencial del título valor electrónico, desafortunadamente su regular aplicación en la vida cotidiana, no han despertado el interés de muchos doctrinantes del derecho comercial para que se creen teorías sólidas aceptables, conduci- bles sobre este tema específico.
- Después de efectuar un recorrido teórico, jurídico, social e inter-

nacional sobre los títulos valores desmaterializados e inmaterializados, consideramos que los principios, los requisitos generales, los elementos naturales, esenciales y accidentales, así como la forma de vencimiento, continúan presentes de la misma manera en los títulos valores. La incorporación, sufre una transformación tacita y explícita de su inclusión en un documento de carácter digital que de manera total y plena conserva las mismas garantías y características que el documento de papel, por ello los principios de legitimación, autonomía, incorporación y literalidad entregan a su tenedor legítimos todos los derechos allí contenidos, faculta al juez para que reconozca el derecho que tiene su poseedor.

13. Bibliografía

13.1. Referencias.

Art 826 Código de Comercio, 1971

Conpes 3620, 2009

Código de Comercio Colombia, 1971

Cortez, 2008

<http://www.derechocomercial.edu.uy/PubRV.htm>, Vas

<http://actualidadcivilycomercial.blogspot.com/2011/11/valores-materializados-y.html>

<http://www.forodepagos.org/pdf/Peru-esp.pdf>

Ley Brasileira 6404 de 1976

Ley Colombiana 27, 1990

Ley Colombiana 527, 1999

Ley de El Salvador 742 de 2002

Ley Peruana 27287 de 2000

Misión permanente de los Estados Unidos ante la Organización de los Estados Americanos títulos valores.

Real Academia Española, 2010

Resolución de superintendencia 097-2012/SUNAT. El futuro de los títulos valores

Sentencia C-662 del 2000

Sentencia C-831 del 2001

Sentencia C-1147 del 2001

Uniderechobga.blogspot.com, Derecho Temático, 2

13.2. Bibliografía

- Corte Constitucional, Sala Plena. Expediente D-2693. Sentencia C-662 2000. (Dr. Fabio Morón Díaz).

- Corte Constitucional, Sala Plena. Expediente D- 3371. Sentencia C-831 2001. (Dr. Álvaro Tafur Galvis).

- Corte Constitucional, Sala Plena. Expediente D-3495. Sentencia C-1147 2001. (Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. Diario Oficial 33.339.

- Decreto 1929 de 2007. Por el cual se reglamenta el artículo 616-1 del estatuto tributario, 29 de mayo de 2007. Diario Oficial 46.643.

- Decreto 2364 de 2012; por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones, 22 de noviembre de 2012, Diario Oficial 48.622.

- Decreto 1747 De 2000; por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999,

en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales, 14 de septiembre de 2000, Diario Oficial 44.160.

- Decreto 25632 de 1992, por la cual se reglamenta la Ley marco de comprobantes de pago de Perú. Gaceta Jurídica Digital.

- Derecho temático. Recuperado <http://uniderechobga.blogspot.com/2009/05/sabes-titulos-valores.html>

- Desmaterialización de los Títulos Valores. Recuperado de <http://www.derechocomercial.edu.uy/PubRV.htm>.

- Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, 21 de agosto de 1999, Diario Oficial 43.673.

- Ley 1231 de 2008. Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 4270 de 2008 y 3327 de 2009. Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones. 17 de julio de 2008. Diario Oficial 47.053.

- Ley 962 de 2005. Reglamentada parcialmente por el decreto nacional 4669 de 2005, Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1151 de 2008. Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. 8 de julio de 2005. Diario Oficial 45.963.

- Ley 1564 De 2011, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. Diario Oficial 48.489.

- Ley 27 de 1990 por el cual se dictan normas en relación con la bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto. 20 de febrero de 1990. Diario Oficial 39.195.

- Ley 742 de 2002, por la cual se establece la ley de anotaciones electrónicas de valores en cuenta. 22 de marzo de 2002. Diario Oficial 57 Tomo 354.

- Ley 6404 de 1976, por la cual se establece la ley de asociaciones público privadas. 15 de diciembre 15 de 1976.

- Ley 27287 de 2000, por la cual se reglamenta la Ley de títulos valores de Perú. 6 de junio de 2000. Gaceta jurídica Digital.

- Nelson Remolina A, Lisandro Peña N, año 2011; De los títulos valores y de los valores en el contexto digital, Colombia, Ediciones Temis.

- Resolución General 2904 de 2010, por la cual se reglamenta la factura electrónica de Argentina. 6 de septiembre de 2010. Boletín Oficial 9 septiembre de 2010.

- Resolución de superintendencia 097 de 2012, por la cual se crea el sistema de emisión electrónica desarrollado desde los sistemas del contribuyente. 27 de abril 27 de 2012.

- Ricardo León C, Títulos Valores, Título Valor Tradicional, Título valor Electrónico. 2008, Colombia Señora Editora.

- Rodríguez Cortez H, La desmaterialización de los Títulos valores, Revista Científica UNINCCA vol. 13 No 1, páginas 111 a la 126.

- Ruíz Rueda J, Manual de Títulos Valores Teórico Práctico. Año 2003, Colombia. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Proyecto integrador III

¿Con base en la teoría de igualdad y la prevalencia de los derechos del menor, podría considerarse constitucionalmente, el reconocimiento de la intersexualidad como un tercer sexo?

Natalia García Garces
Beatriz Elena Rodríguez Rodríguez
Luis Fernando Roa Jara

Programa:

Proyecto integrador III

Materia:

Proyecto Integrador de Derecho Penal

UNISABANETA

Sabaneta - Antioquia

2011

Contenido

| | | |
|----|----------------------|-------|
| 51 | Introducción | |
| 52 | Referente científico | |
| 55 | Justificación | |
| 60 | Regla | |
| 60 | Subregla | |

Introducción

Basado en los principios de Igualdad y Libertad, el Estado ha venido reconociéndole progresivamente a los grupos marginados, con mayor distinción, sus características de debilidad y de discriminación frente a la sociedad; ha sido necesario de esta manera replantear la tesis de igualdad, en la que todos somos iguales frente a la ley, haciendo a un lado este aspecto meramente formal, se impone el aspecto material, en donde se advierte que existe una sociedad de iguales y desiguales, y que estos últimos deben ser reconocidos como tal dentro de ella, para hacerla más justa.

Dentro de los grupos en mención encontramos a los intersexuales, más reconocidos socialmente como hermafroditas, tradicionalmente este término ha sido percibido por la sociedad, y ha servido para designar y rotular como personas defectuosas o enfermas, a aquellas que en algunos aspectos morfológicos son diferentes, de esta manera y en términos generales, es utilizado entonces, para la discriminación negativa de individuos que biológicamente pertenecen a un sexo (hombre o mujer),

pero que después de nacer y en sus etapas tempranas de autoconocimiento y fijación de identidad, se enfrentan a la ambivalencia de tener en su cuerpo características sexuales y físicas no bien definidas con respecto a otros niños o niñas, y en el caso más extremo, características manifiestas de hombre y de mujer simultáneamente.

La Corte Constitucional abordó el tema, sopesando todos los aspectos que afectan al individuo y con ello, todos los principios, derechos y deberes constitucionales que allí se concentran; referente obligatorio era el punto de vista médico y científico, por eso, apelando a estos criterios, se han pronunciado ocho Sentencias al respecto, y ha determinado que frente a los distintos casos asociados con este fenómeno, los padres están facultados constitucionalmente para tomar la decisión de resección genital del menor de edad, hasta sus primeros cinco años de vida, decisión que deberá estar sustentada en el criterio médico de un equipo científico interdisciplinario; cuando la edad del menor supere los cinco años, será necesario que sea este, quien acepte o no el procedimiento quirúrgico. Para aquellos casos similares en donde se halle comprometida seriamente la salud o la vida del menor, se tomará como emergencia médica y se dará prioridad al principio de vida.

Esta decisión en principio resolvió un problema individual, pero más enfocado en los protocolos procedimentales y en lo que tiene que ver con la prestación del servicio y el acceso a la salud de todo individuo y en la prevalencia de este derecho en los menores de edad, dejando a un lado criterios y derechos tan universales como el de la integridad física, la salud, el desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de derechos de los niños los cuales prevalecen sobre cualquier otro derecho.

Referente científico

Para comprender el hermafroditismo o la ambigüedad sexual, algunos consideran que se debe denominar más exactamente ambigüedad genital, así, uno de los conceptos destaca que “en medicina se consideran varias clases de sexo”, a saber, el sexo cromosómico o genotipo, que es dado por los cromosomas sexuales: 46 XY para el varón y 46 XX para la mujer, el fenotípico, que es dado por el aspecto de los genitales externos, el gonadal que es el dado por el tipo de las gónadas: Testículos u Ovario, el legal, que es el que aparece en los Registros Notariales con el respectivo nombre o identificación, el de crianza, que es el que inducen los Padres y el entorno Familiar y Social, y el psicológico, que es el que se adquiere en función de todo lo anterior o bajo el influjo de algunas condiciones genéticas, anatómicas o sociales”¹. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, señala que el sexo de un individuo “puede ser descrito en seis características: genético, gonadal, endocrinológico, anatómico, psicológico y social”. Esto lleva a que algunos de los conceptos distingan entre la identidad sexual y la identidad de género. Así, la primera hace referencia a “las características biológicas sexuales de una persona que incluyen cromosomas (XX mujer o XY hombre), genitales externos (pene o vagina), genitales internos. En cambio, la identidad de género tendría un componente más psicosocial, pues se relaciona con el sentido personal de la propia masculinidad o feminidad”².

1 Ver el concepto del profesor Efraim Bonilla Arciniegas, Coordinador Académico de la Unidad de Cirugía Pediátrica de la Universidad Nacional.

2 Según concepto del profesor Luis Eduardo Jaramillo González, director del Departamento de Psiquiatría de la Universidad Na-

A partir de lo anterior, los conceptos médicos presentados definen la ambigüedad sexual o intersexualidad como “trastornos de la diferenciación y el desarrollo sexual” que se traducen en “alteraciones en los procesos biológicos”. Por ende, un embrión humano con sexo genético XY no presenta los genitales externos e internos del sexo masculino, mientras que el embrión humano con sexo genético XX no presenta genitales externos e internos femeninos³. En otros términos, la intersexualidad surge cuando se presentan simultáneamente “estructuras anatómicas genitales masculina y femenina en un mismo sujeto”⁴, y en especial en aquellos casos en donde se presentan “diferentes tipos de defectos que se manifiestan a nivel de los genitales externos, en particular, cuando no se puede establecer desde el punto de vista clínico a qué sexo pertenece el niño recién nacido”⁵.

En general, estos casos se suelen clasificar en tres grandes grupos, a saber, el “hermafroditismo verdadero”, que se presenta en individuos “con ambos tipos de gónadas, es decir con testículos y ovarios al mismo tiempo”. En estos eventos los cromosomas suelen ser masculinos (46, XY) o femeninos (46, XX), aunque existe un grupo de baja frecuencia que pue-

cional, folios 309 y ss. del expediente.

3 Ver concepto del profesor Carlos Martín Restrepo Fernández, Jefe de la Unidad Genética y Medicina Molecular de la Universidad del Rosario, folios 160 y ss. del presente expediente.

4 Según concepto del Profesor Jaime Alvarado, Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Javeriana, Folio 306 del expediente.

5 Ver el concepto del profesor Alejandro Giraldo de la Universidad Nacional, folios 188 y ss. de este expediente

de mostrar anomalías de los cromosomas sexuales, pero que tiene en todo caso ambos tipos de gónadas. Por su parte, el “seudohermafroditismo femenino” tiene lugar cuando un individuo posee cariotipo⁶ femenino (46, XX) y gónadas femeninas (ovario) pero “ha sufrido algún grado de virilización antes del nacimiento, es decir una hembra virilizada”. En cambio, el “seudohermafroditismo masculino” hace referencia a un individuo que presenta gónadas masculinas (testículos) y tiene “un cariotipo masculino normal 46, XY la mayoría de las veces, o con alguna alteración en los cromosomas sexuales (X o Y), no se ha virilizado normalmente. Es decir un macho mal virilizado”⁷.

Varios conceptos coinciden en señalar que las causas de la ambigüedad sexual son diversas y complejas, como complejo es el proceso de desarrollo y diferenciación sexual de los seres humanos. Así lo explica uno de los profesores:

“Todo embrión, sea cual fuere el sexo, posee al principio una gónada indiferenciada, es decir, que no es ni ovario ni testículo. Está provisto a la vez de conductos de Wolff⁸, de los que se derivan los órganos genitales masculinos y de conductos de Muller⁹ que dan origen a los órganos genitales internos femeninos. La diferen-

ciación sexual del individuo hacia un sexo o el otro es un fenómeno gradual y dependiente de varios factores que empieza con la unión del óvulo y el espermatozoide y sigue hasta el completo desarrollo sexual del individuo.

En el momento de la concepción se determina el sexo cromosómico XX en el caso de la mujer y XY en el caso del hombre. Este factor cromosómico es responsable de la diferenciación de la gónada primitiva neutra en una gónada definida (testículo u ovario), o como en el caso del hermafroditismo de un ovotestis¹⁰. A su vez las hormonas producidas por las gónadas determinan la diferencia de los genitales externos a partir de un precursor común llamado tubérculo genital. En el individuo normal, los sexos genético, gonadal, somático (genitales externos) y psicológico son armónicos”¹¹.

En tales circunstancias, como lo señala otro de los conceptos, “los genitales internos y externos de un embrión, tienen la potencialidad simultánea de desarrollar genitales masculinos o femeninos y que este desarrollo va a depender de dos pasos previos, el establecimiento del sexo genético y el establecimiento del sexo gonadal. Las alteraciones en estos procesos son las causantes de los trastornos del desarrollo y la diferenciación sexual y causan genitales ambiguos”¹². Por ende, los factores que producen una ambigüedad sexual se relacionan tanto con “los cromosomas, como con influencias hormonales intrínsecas o extrínsecas en el embrión o

6 El cariotipo es el patrón cromosómico de una persona expresado a través de un código, establecido por convenio, que describe las características de sus cromosomas.

7 Las explicaciones son tomadas del citado informe del profesor Giraldo pero, con muy leves matices, todos los conceptos coinciden en estas caracterizaciones.

8 El conducto de Wolff en el feto masculino dará lugar al conducto deferente, el epidídimo, vesículas seminales y conductos eyaculadores; y en el feto femenino involucionará (solo quedando algunos vestigios del mismo).

9 En el sexo femenino el conducto de Müller da lugar a las trompas de Falopio y la matriz (útero).

10 Glándula sexual hermafrodita en la que está presente de forma simultánea tanto tejido testicular como ovárico.

11 Ver el citado concepto del Profesor Jaramillo.

12 Ver el citado concepto del profesor Carlos Martín Restrepo de la Universidad del Rosario.

el feto y trastornos estructurales". Así, el ejemplo más claro de pseudohermafroditismo masculino es el llamado "testículo feminizante", que se conoce académicamente "como síndrome de insensibilidad androgénica" que se presenta en individuos que tienen "un cariotipo masculino (46 XY) con testículos normalmente diferenciados y funcionantes", pero que, debido a una falta de respuesta adecuada de "los tejidos a la acción de la testosterona durante la gestación se forman genitales externos femeninos como en una niña normal pero sin genitales internos (útero y ovario)"¹³. Igualmente, uno de los casos más usuales de pseudohermafroditismo femenino es la hiperplasia adrenal congénita, por déficit de la enzima 21 hidroxilasa, la cual hace que personas con constitución cromosómica femenina (XX) se vean sometidas a hormonas masculinas en el útero, por lo cual "presentan genitales externos que pueden ir desde un alargamiento del clítoris y fusión de los labios e hirsutismo hasta genitales que semejan un escroto normal, testículo y pene pero que presentan vagina y útero"¹⁴. En otros eventos, las causas pueden estar ligadas a otras alteraciones genéticas, por cuanto las personas no tienen una constitución cromosómica masculina o femenina, como en los llamados síndromes de Turner o Klinefelter, en donde el cariotipo es XO y XXY respectivamente¹⁵.

Existen razones médicas que justifican intervenciones urgentes en los casos de intersexualidad. Por ejemplo, la hiperplasia suprarrenal congénita es "causada por un defecto enzimático que origina grandes

pérdidas de sal en la recién nacida y muchas veces ella muere deshidratada pocos días después de nacer"¹⁶, por lo cual debe haber una pronta atención del problema. Igualmente, en otros casos, las personas con ambigüedad sexual pueden tener graves dificultades urinarias, como sucede en las hipospadias severas, o pueden presentar mayores probabilidades de que las gónadas se malignicen, todo lo cual justificaría, por estrictas razones fisiológicas, la readecuación de los genitales o la extirpación de las gónadas.

Varios conceptos coinciden en indicar que la ambigüedad sexual no es frecuente, aunque no existe un pleno acuerdo sobre la magnitud cuantitativa del fenómeno. Así, según una respuesta, el caso más frecuente es el pseudohermafroditismo femenino por problemas de hiperplasia suprarrenal congénita, el cual "se cree que pueda tener en nuestro medio una frecuencia de 1 por cada 7.000 a 10.000 nacimientos"¹⁷. Otro concepto considera que si se suman todos los trastornos de diferenciación sexual, una cifra cercana a la realidad es de un caso por cada mil o dos mil personas, lo cual significa que puede haber en Colombia "15.000 a 37.000 personas con trastornos de este tipo"¹⁸. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina señala que la frecuencia de estos casos "varía según su etiología, pero se puede estimar que está entre 1 por 2.500 y uno por 20.000 nacidos vivos".

13 Ver concepto citado del profesor Efraín Bonilla Arciniegas.

14 Ver el concepto citado del profesor Jaramillo González.

15 Ibídem.

16 Concepto citado del profesor Restrepo Fernández.

17 Concepto citado del profesor Giraldo, Folio 189 del expediente.

18 Según el concepto citado del profesor Restrepo Fernández.

Justificación

Declara la Carta Magna de 1991 que Colombia es un Estado social de derecho, pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en la solidaridad de las personas que la conforman y en la prevalencia del interés general.

También declara que como fin del Estado, este se impone servir a la comunidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, que la constitución es norma de normas y que en la incompatibilidad entre esta y las leyes o normas jurídicas prevalecerá las disposiciones constitucionales.

Se reconoce la primacía de los derechos inalienables de que todas las personas nacen libres e iguales ante ley por ello recibirán la misma protección y trato, que gozarán de los mismos derechos, oportunidades y libertades sin ninguna discriminación por razones de sexo. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados, entendiéndose a estas como personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

Como son derechos fundamentales de los niños, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño y garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, en todo caso los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Este ejercicio intenta plantear la posibilidad del reconocimiento del intersexualismo como tercer género, y que dicho reconocimiento sea constitucional, por eso el punto de partida para justificar dicho planteamiento, es el análisis de la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-477 de 1995, seguida por las Sentencias SU-337 de 1999, la T-692 de 1999, la T-551 de 1999, la 1390 del 2000, la 1025 del 2002, la 1021 del 2003 y la 912 del 2008.

En la sentencia fundadora se abordó el tema por un hecho fortuito sucedido en 1981 en el que un menor de edad a los 6 meses de nacido y de sexo masculino, sufrió emasculación por cercenación de órgano genital y gónadas, según el criterio médico se siguieron todos los protocolos para facilitar la vida futura del menor, para ello se realizó reasignación genital y reorientación de este, hacia el género femenino, ello implicó durante 14 años aproximados, la inducción e introducción del menor en un ambiente que le permitiera desarrollar dicha identidad, sin embargo, a pesar de todo lo llevado a cabo, no siendo poco, se concluyó que todo había sido un fracaso, pues el menor ni se sentía mujer, ni quería serlo, todo lo contrario, manifestó este, siempre comportamientos masculinos.

En este caso, vale la pena aclarar que no se da un hecho de intersexualismo biológico, sino que se llega a una ambigüedad genital por el hecho fortuito en sí, y por la identidad de género que desarrolla el menor de edad, muy a pesar de la apariencia femenina, que pudo haberse logrado a través de tratamientos médicos, la Corte en proceso de revisión de sentencia del tribunal, toma el caso y lo categoriza como de intersexualismo, dada una de las características principales de dicha condición, como lo es la ambigüedad genital.

El alto tribunal valoró en esta y en las siguientes sentencias, diversos aspectos que podrían afectar al individuo dentro de un proceso de reasignación sexual y su relación con el carácter constitucional que demandan valores como el derecho a la identidad, a la identidad sexual, la dignidad, la igualdad y la libertad, estos principios consagran en el caso particular, elementos como el consentimiento del paciente para intervenciones en su cuerpo, y que además este consentimiento debe ser por escrito; El consentimiento informado, que no es otra cosa que el conocimiento de todo aquello que puede sobrevenir como consecuencia de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos y sus diferentes opciones, todas informadas debidamente por el médico al paciente; el principio de autonomía de toda persona, frente al principio paternalista de los padres y del Estado, cuando ponderados los dos, se encuentra en riesgo la integridad o vida del paciente y prevalece el segundo, como la misma Corte lo señala en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”; Los Derechos Fundamentales de los niños con prevalencia jurídica superior; la prevalencia de los Tratados de Derechos Humanos y su fuerza vinculante en el ordenamiento interno; y el Principio de Solidaridad que impera en el Estado Social de Derecho.

El derecho a la identidad es un valor con suficiente rango fundamental que sin duda, crea un verdadero problema jurídico en el intersexual, es en este aspecto donde la Corte habla de un individuo portador de derechos subjetivos cuya calidad precisamente de Humano lo diferencia del resto de seres vivos y lo exaltan a un pun-

to superior, que encuentra su correspondencia en la dignidad, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección, la que está dada de manera generalizada sin distinción de géneros, porque si así fuera tendríamos que decir que los intersexuales no son seres humanos.

La Corte ha dicho que el derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autopo-see, se autogobierna, pero valdría la pena ahondar en que tanto puede un intersexual que deja de serlo por su reasignación de género, autodeterminarse, autopo-see y autogobernarse cuando ya le han arrebatado esos derechos, ahondar si aún a pesar de la injerencia de terceros en su persona, sigue siendo dueña de sí y de sus actos. Si la Corte afirma que el derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, de carácter biológico, que se desvanecen en la misma razón cuando esos atributos varían con respecto al margen establecido, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad, entonces si un individuo que no es mujer ni es hombre o que es mujer y hombre a la vez se vería excluido al derecho de identidad sencillamente porque la no injerencia de terceros en su intimidad le evitan la obligatoriedad de pertenecer al género masculino o al género femenino, en cuyo caso manteniendo los aspectos relevantes de tal derecho, el camino más justo sería reconocer que este individuo pertenece a un tercer género y al mismo tiempo como ya es reconocido el libre desarrollo de su personalidad, solo él y nadie más pueden tomar decisiones futuras tendientes a establecer gustos o afinidades en su identificación propia y en la

tendencia del gusto hacia otros géneros. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad. No interpretando, sino acogiendo este postulado, podría decirse que el ser Humano es uno solo, que la clasificación de hombre o mujer como géneros, son una parte y no el todo, de ese derecho a identidad intrínseco de las personas, entonces si el ser humano tiene variaciones biológicas que lo hacen diferente al género masculino o femenino y nada puede hacerse para prevenirlo, ¿porque no reconocer esta diferencia?

Todos estos conceptos acercan al individuo al sujeto de derechos que el ideal constitucional pretende, no obstante, la igualdad es un valor que requiere distintos puntos de valoración, según el individuo, según las situaciones a que este se enfrente, y en las que se encuentre respecto de los demás, podría decirse que los valores naturales aceptados en cuanto a la distinción de género, en donde solo caben los de hombre y mujer, obedecen a consensos consuetudinarios que a través de la historia las distintas sociedades de manera más o menos uniforme han acuñado y aceptado como tal, dentro de estas sociedades podríamos incluir a la nuestra; pueden encontrarse diversas definiciones de lo que es hombre o mujer o masculino y femenino, ya sea desde un punto de vista sociológico, antropológico, químico, etc., cada rama aportará su propia tesis pero en definitiva todo está enmarcado por la costumbre, una de las bases de la costumbre en nuestra sociedad es sin duda alguna, de orden religioso, pues ella ha delimitado grandes rasgos de lo que hoy somos y en lo que hoy creemos, la construcción de un

Estado Republicano ha sido llevada a cabo dentro de fuertes convicciones de orden moral que no admiten el replanteamiento de tesis contradictorias al orden establecido, sin ofrecer resistencia, incluso dentro de las grandes instituciones del poder estatal se asumen posiciones ajustadas a la norma constitucional pero también a la costumbre. El intersexualismo es un tema que necesariamente obliga a las autoridades constitucionales a tener en cuenta múltiples detalles y aspectos de la naturaleza, que antes por la misma costumbre no se analizaron, pero que fueron existentes desde siempre. El proceso evolutivo de las sociedades evidencia que todo cuanto se ha declarado cierto, tiende a reevaluarse, a adquirir dimensiones adicionales u opuestas en un sentido más amplio, dentro de estos, por ejemplo, lo que antes fue inexistente jurídicamente, ahora tiene vida y adquiere valor superior por conexidad a los principios del derecho, es así como en el derecho romano, por costumbre y en razón de la protección a la propiedad, personas iguales a otras en el plano físico, psíquico y fisiológico, eran consideradas cosas, dada la figura jurídica de esclavitud existente en la época; o la mujer, quien en la actualidad tiene los mismos derechos del hombre e incluso se le ponderan algunos por encima de este, hasta hace menos de 50 años adolecía por falta de muchos de ellos; y cómo a través del tiempo se establecieron derechos de primera, segunda, tercera generación, etc., cada uno surgido después del anterior y redefiniéndose, indicador de que somos una sociedad cambiante. Esos cambios han surgido y marchado imparablemente en un sentido único, el de alcanzar, dentro de una democracia, ese valor contenido en todos los compendios elaborados hasta ahora por la humanidad, el derecho a la igualdad. En la Sentencia SU-337 de 1999 la Corte afirma que “la intersexualidad no solo plantea complejos problemas morales, jurídicos y

sociales, sino que además es un tema en plena evolución, tanto desde el punto de vista social y ético, como a nivel científico. Por ello, al igual que lo sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los distintos casos en donde tuvo que enfrentar un tema próximo, como es la transexualidad, la Corte Constitucional de Colombia reconoce que en relación con el hermafroditismo, la sociedad contemporánea está viviendo un período de transición normativa y cultural. Por consiguiente, en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados intersexuales. Esto tiene consecuencias importantes tanto sobre el alcance de la presente decisión como sobre la responsabilidad de los distintos órganos estatales y de la propia sociedad colombiana en este campo”.

Si desde 1999 se advertía sobre ese cambio en la sociedad, valdría la pena analizar si a la fecha, año 2011, una década después, no se hace necesario iniciar en firme esos ajustes de fondo que no eran posibles abordar en la época, pertinente es aclarar que, esta era la segunda sentencia que se refería al estado intersexual directamente, y obviamente, resultaba prematuro el planteamiento de ajustes de índole distinto a los formales. Consecuentemente, a este aspecto, le corresponde que surta su trámite legislativamente y que a través de políticas estatales se reconozca la condición de intersexualidad no como un problema, sino como un género, en este sentido la Corte reitera “que la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las

personas. Los estados intersexuales interpellan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas. Por ello, parafraseando las palabras anteriormente citadas del profesor William Reiner, a todos nosotros nos corresponde escuchar a estas personas y aprender no solo a convivir con ellas sino aprender de ellas”.

La innegable superioridad jurídica de los derechos del niño frente a los demás, son conceptos que a lo largo de la línea jurisprudencial se abordan y se dan por sentados así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento, resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de estos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquel será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquel.

Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados Internacionales. Esto nos permite desarrollar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a la identidad, manifestación a su vez de la dignidad

humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

Las ciencias naturales, puede decirse es en materia de avances, las que más lejos han llegado, no resulta difícil observar cómo se han logrado explicar un sinnúmero de fenómenos con su ayuda, por eso la Corte Constitucional en sus sentencias de intersexualismo necesariamente debió evaluar en un sentido amplio los conceptos y criterios médicos, para poder acercarse verdaderamente a juicios actuales de valor, que le permitieran aproximarse al punto y a la medida justa para toda la sociedad y en especial a la comunidad intersexual.

En la construcción del concepto de una sociedad se ha establecido como patrón la existencia de dos únicos géneros, identificados como varón o mujer, excluyendo de la esfera biológica y social a aquellos individuos con una anatomía sexual que no permite identificar fácilmente su género, estos individuos históricamente han estado a merced del discurso médico que los ha definido como intersexuales o hermafroditas, en consecuencia el sistema Estatal ha dejado en manos de la voluntad médica la preservación de las fronteras en las categorías de Hombre y de Mujer, el hecho de que esto haya persistido durante tan largo tiempo, deja entrever la incomodidad que despierta la ambigüedad sexual en nuestra cultura. Sin embargo, el status intersexual es considerado incompatible con la salud emocional y para ello se apela a técnicas médico-quirúrgicas para la normalización de dichos cuerpos intersexuados, ello puede llegar a causar un profundo daño emocional y físico, que una vez realizado resulta irreversible, todo comienza cuando en el nacimiento se declara como crisis médica o como una enfermedad, a sabiendas que solo en casos excepcionales la anatomía intersexual no resulta dolorosa para

el paciente, la cirugía es en sí un proceso destructivo, pues en un grado limitado remodela ciertos tejidos pero no puede crear nuevas estructuras.

La Corte ha dicho reiteradamente en su Jurisprudencia con relación al asunto en mención que “Si los individuos son libres y agentes morales autónomos, es obvio que es a ellos a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización. En efecto, la primera consecuencia que se deriva de la autonomía, consiste en que es la propia persona (y no nadie por ella) quien debe darle sentido a su existencia y, en armonía con él, un rumbo”. Por ello la Corte Constitucional ha señalado que del “principio general de libertad emana el derecho específico de la autonomía del paciente que le permite tomar decisiones relativas a su salud”. Igualmente, si las personas son inviolables, sus cuerpos también lo son, por lo cual no pueden ser intervenidos sin su permiso dentro del consentimiento que se da a los padres se prevé un límite de edad del menor para que no necesariamente se tenga en cuenta su consentimiento, ello implica que un menor con cuatro años, once meses y veintinueve días no es capaz de tomar decisiones que afecten su vida, pero que uno de cinco años si lo es y no hay evidencia científica de que esto sea real, por el contrario en ocasiones ni siquiera cuando se llega a la mayoría de edad, se puede afirmar categóricamente que un individuo es capaz de hacerlo, si bien existe en el ordenamiento una incapacidad relativa y una absoluta, no quiere decir esto, que dichos incapaces no sean sujetos de derecho y titulares de las garantías a que el Estado está obligado a preservarles.

El cambio de cultura de una sociedad es un proceso de duración en el tiempo, pero

tampoco se puede negar que esta es una masa en constante evolución, y lo que en un momento determinado fue aceptado como verdadero tiende a cambiar, es así como en el caso concreto de los géneros humanos ya no es tan claro si solo existentes, la visibilizarían de la comunidad intersexual nacional e internacionalmente convoca un replanteamiento en dirección al bienestar de su principal componente que es el ser humano, entonces se hace necesario el reconocimiento de individuos diferentes dentro de un género diferente, en la lógica del sentido común las autoridades estatales han sido delegadas para que así sea, y su responsabilidad es reconocer los cambios sociológicos que se dan por fenómenos que si bien en principio no fueron detectados, no por eso, significa que hayan sido inexistentes.

Regla

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Subregla

Cuando surgen en la sociedad nuevos juicios valorativos, fundamentados científicamente, en ocasiones pueden ir en con-

travía de los ya establecidos, aun así, es deber del Estado que estos confluyan en la máxima de igualdad y libertad; si la sociedad contemporánea está viviendo un período de transición normativa y cultural, en el futuro próximo serán necesarios e inevitables ciertos ajustes normativos para regular, en la mejor forma posible, los desafíos que plantean a nuestras sociedades pluralistas los estados intersexuales, no de otra forma se puede entender que para resolver el hecho, en el entendido genérico, Masculino – Femenino, sea únicamente el de readecuarlo físicamente para que encaje en una sociedad con parámetros rígidos, obligándolo a renunciar a su propia voluntad y al derecho que tiene para decidir sobre su cuerpo, las intervenciones quirúrgicas tempranas para la modificación genital en intersexuales no son más que el intento de asignar cuerpos sexuados y sujetos generizados normativamente por medio de un acto que violenta su integridad física, existe pues un patrón construido como natural y que se presupone es inmutable, pues bien, el fenómeno de la intersexualidad demuestra lo contrario y derrumba las tesis que hasta ahora se han construido, pues el individuo intersexual no es responsable de su condición, y no debería verse sometido a estigmatizaciones o a la discriminación por el hecho de ser diferente, y lo es, porque esa rigidez cultural de concepción de género así lo dicta, y no porque funcional, social y emocionalmente no sea un ser humano, con los mismos derechos; en virtud de esa pluralidad que alberga en su seno los ideales de igualdad y libertad, podría considerarse que el intersexualismo sea un género adicional a los existentes y que ello le permita al individuo una identidad propia.

Proyecto integrador III

Línea jurisprudencial Objeción de conciencia de los médicos frente a la IVE

Diego León Cano Restrepo
Daniel Montoya Hincapié
William Rubiano Ramírez
Carolina María Madrid Velásquez

Ensayo para el Proyecto integrador III

Coordinador

León Darío Giraldo

Facultad de Derecho

UNISABANETA

Sabaneta - Antioquia

2012

Contenido

| | |
|----|---|
| 63 | 1. Escenario constitucion |
| 64 | 2. Patrón fáctico |
| 66 | 3. Nicho citacional |
| 84 | 4. Ingenieria de reversa: identificación de las sentencias hito |
| 88 | 5. Análisis dinámico |
| 89 | 6. Análisis estático sentencias hito |
| 91 | 7. <i>Ratio decidendi</i> sentencia dominante |
| 92 | 8. Conclusiones |

1. Escenario constitucional

Parafraseando al Doctor Fernando Guzmán Mora¹, haremos una breve referencia a la relación entre norma jurídica y acto médico:

Empezaremos por decir que podemos entender el derecho como una ciencia que estudia el comportamiento del ser humano en sociedad, constituyendo un conjunto de normas que orientan y regulan la actividad humana dentro de un conjunto de libertades teóricas de tipo político y comunitario. Es posible hablar entonces, entre otros, de un Código Civil donde se recopilan las normas que rigen la conducta entre las personas dentro de la Sociedad, pero atendiendo a su voluntad. Voluntad que debe interpretarse alrededor de dos conceptos básicos: Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.

Las circunstancias generadoras de derechos pueden reducirse a dos categorías:

1 Ex presidente de la Federación Médica Colombiana. Doctor en Medicina. Diplomado en Derecho Médico. Postgrado en Administración en Salud. Bogotá. Colombia.

acto jurídico y hecho jurídico. El primero busca un resultado concreto en el derecho (por ejemplo en el caso de los médicos un contrato de prestación de servicios profesionales busca la recuperación de la salud del paciente a cambio de los honorarios médicos), mientras que el hecho jurídico no encuentra sus implicaciones jurídicas en la voluntad o intención con que se realizan (por ejemplo, en un accidente de tránsito, la lesión - hecho producido por el hombre no ha sido voluntaria sino, antes por el contrario, ha procurado ser evitada).

Respecto de los médicos, cuya actividad se encuentra regulada por la Ley 23 de 1981, podemos decir que pueden desprenderse dos tipos de consecuencias en Derecho: las que resultan del acto jurídico ("responsabilidad" por el acto) y las que resultan del hecho jurídico ("perjuicios" indemnizables por el hecho antijurídico capaz de generar implicaciones en el Derecho -el delito, por ejemplo-). Ambos tipos de consecuencias están contemplados en la ley (en los códigos civil o penal) y tiene que ver con los derechos subjetivos de las partes que intervienen en el acto médico: profesional de la medicina y paciente (por sí o por sus allegados).

Tanto los hechos como los actos jurídicos producen consecuencias jurídicas².

Existen tres tipos de consecuencias jurídicas:

1. La primera se relaciona con las sanciones impuestas por la sociedad a quienes transgrede las normas (consecuencia derivada de una violación de la norma).

2 El Artículo 6º del Código Civil Colombiano dice: "...La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones...".

Ejemplo: "...La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior..."³.

2. La segunda se asocia a los derechos subjetivos de las personas de satisfacer necesidades esenciales razonables y amparadas por la ley, con la imposición a los demás de respetar estos derechos.

Ejemplo: "...El médico respetará la libertad del enfermo para prescindir de sus servicios siempre y cuando el paciente tenga capacidad de expresar su libre albedrío..."⁴.

3. La tercera se refiere al estado, condición o circunstancias del sujeto de derecho como ser o no médico graduado, estar o no casado, etc.

En la misma forma en que no se puede concebir un hecho jurídico sin relación con la persona que lo lleva a cabo, no es lógico pensar en la consecuencia coactiva de la norma sin una autoridad que la ejecute. Esta autoridad es el Estado a través de sus diferentes agentes, quienes se encargan de efectuar la relación entre el hecho jurídico y su consecuencia.

De modo que cada vez que un profesional de la salud actúa, se está desenvolviendo dentro de normas jurídicas que rigen la sociedad en su totalidad y a las cuales debe sujetarse, como cualquier otro miembro de la sociedad⁵.

3 Artículo 343 del Código Penal Colombiano.

4 Artículo 5º del Decreto 3380 de 1981.

5 Extraído el 31 de mayo de 2012 de: <http://www.encolombia.com/heraldo2423002norma.htm> -Guzmán Mora, Fernando: Norma Jurídica y Acto Médico.

2. Patrón fáctico

Aplicación del principio de ponderación respecto a dos derechos fundamentales: objeción de conciencia frente a la IVE versus el derecho a la vida digna de la mujer en los supuestos expresos en la Sentencia C-355/2006.

En desarrollo del principio de la libertad de conciencia, regulado en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia⁶, ¿tienen los médicos la posibilidad de aducir la objeción de conciencia, como una razón válida para evitar la práctica del aborto cuando se cumplan los supuestos en que se admite jurisdiccionalmente la interrupción voluntaria del embarazo?

De acuerdo con nuestro rastreo y análisis, descubrimos que la línea jurisprudencial relacionada con el tema de la objeción de conciencia de los médicos frente a la interrupción voluntaria del embarazo -IVE- en las circunstancias que la ley lo avala ha sido fundamentada desde criterios sólidos que se han extendido en el tiempo, y aunque este es un tema que guarda una indefectible correspondencia con los principios éticos y morales, la Corte ha sido enfática al momento de ponderar los derechos de la mujer y los derechos del médico, ambos

6 Artículo 18: Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia. (Comentario del editor: Un acto consciente, es aquel acto racional, libre, espontáneo y dirigido del cual se tiene certeza, no vulnera las costumbres y los derechos de los ciudadanos de una comunidad. Aún más: la libertad de conciencia no admite intervenciones ni limitaciones por el Estado. Por consiguiente, la conciencia es autónoma y la garantía constitucional al libre desarrollo de ella es respeto del Estado y de todos los ciudadanos entre sí al respeto de dicho derecho fundamental). Constitución Política de Colombia, Editorial Leyer, 2003.

como seres humanos, para brindar una protección que sea congruente con los planteamientos del Estado Social de Derecho.

Desde 1992, año en que encontramos uno de los primeros pronunciamientos de la Corte en cuanto al tema de la objeción de conciencia, esta se ha ocupado de teorizar sobre el tema, aportando criterios de interpretación en los eventos que sea necesario una correcta aplicación de este tema para resolver un caso de manera justa.

Ahora bien, siendo la libertad de conciencia y el derecho a la objeción de conciencia un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, podemos vislumbrar una clara dicotomía que encarna el ejercicio de la objeción de conciencia, pues se enfrentan dos derechos personales (el médico versus la mujer gestante) o el derecho personal hasta donde comienzan los derechos de terceros, por lo que armonizar una relación de correspondencia resulta un tanto tedioso y solo posible acudiendo a prácticas como la ponderación y proporcionalidad entre los derechos.

Cabe citar, a este respecto, el pronunciamiento de la Corte en su Sentencia T-388 de 2009 cuando dice:

“El ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico con mayor o menor proyección social. Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia”⁷.

7 Sentencia T-388/2009. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Doctrinariamente, la libertad de conciencia, fundamento del derecho a la objeción de conciencia, se encuentra contemplada dentro de la categoría de las libertades religiosas amparadas tanto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”⁸.

La libertad de conciencia pudiera considerarse como el fundamento de las libertades religiosas y de culto, podemos entenderla tal como lo señala Jacobo Pérez Escobar, como *“la facultad de tener o no una fe religiosa, o convicciones o creencias de cualquier índole, sin hacer de estas posturas ninguna manifestación externa”⁹.*

8 Artículo 18 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

9 Pérez Escobar, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Octava Edición –Editorial Temis, Bogotá. 2010, pág. 358.

Al respecto cabe considerar también la definición de Duguit cuando dice: “... la libertad de conciencia, que no es solamente la libertad de no creer, sino también la libertad de creer lo que uno quiera. La libertad de conciencia, entendida así, escapa forzosa y naturalmente a todos los designios y propósitos del legislador, lo mismo que la libertad de pensar propiamente dicha. Ni en derecho ni de hecho puede el legislador penetrar en lo íntimo de la conciencia individual e imponerle una obligación o una prohibición cualquiera...”¹⁰.

Lo anterior se materializa en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia que garantiza la libertad de conciencia y expresa que “*nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia*”¹¹(negrilla fuera del texto original); confirmando que la libertad de conciencia es algo que solo puede darse a nivel interno del individuo.

3. Nicho citacional

Siguiendo las pautas del profesor Diego López Medina para la realización de la línea jurisprudencial, una vez acotado el patrón fáctico, punto de partida del presente trabajo, se han elegido las sentencias relacionadas a continuación para la elaboración del nicho citacional.

- Sentencia T-946 de 2008
- Sentencia C-355 de 2006
- Sentencia T-209 de 2008
- Sentencia T-388 de 2009
- Sentencia T-988 de 2007

Dichas sentencias han surgido luego de efectuar la selección de la **SENTENCIA ARQUIDÉMICA**: Sentencia T-946 de 2008, que creemos es la sentencia más próxima a la actualidad, donde se recopilan los criterios establecidos por la jurisprudencia colombiana en cuanto a la invocación de los médicos de la objeción de conciencia, para no llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo.

Para una mayor comprensión de las sentencias elegidas para este trabajo, se ha elaborado una ficha resumen¹² de cada una, que permita al lector identificar de manera abreviada sus principales elementos y que facilite al grupo de trabajo el desarrollo de la ingeniería de reversa como medio para la identificación de las sentencias hito y posterior hallazgo de las reglas y subreglas aplicables al caso concreto objeto de este trabajo.

10 Citado por Pérez Escobar, Derecho Constitucional Colombiano, Op. cit., pág. 358.

11 Artículo 18, Constitución Política de Colombia.

12 Adaptación del Cuadro-guía de análisis jurisprudencial de pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, diseñado con fines didácticos por la profesora Claudia Helena Forero Forero, para los estudiantes de la asignatura “Derecho Natural”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana, Colombia. Versión Enero 2005.

3.1 Fichas resumen

| Sentencia | | |
|---|--|--------------------------|
| Número | Tipo | Fecha |
| C-355 | Constitucionalidad | 10 de mayo de 2006 |
| Magistrados | | |
| Ponente | Salvaron el voto | Aclararon el voto |
| Jaime Araújo Rentería Clara Inés Vargas Hernández | Marco Gerardo Monroy Cabra Rodrigo Escobar Gil | Jaime Araújo Rentería |
| Actor / Accionante | | |
| Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana | | |
| Hechos o elementos fácticos | | |
| Mónica del Pilar Roa López, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Pablo Jaramillo Valencia, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, presentaron demanda contra los arts. 122, 124 y 123 (parcial) de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificados por el art. 14 de la Ley 890 de 2004. | | |
| Normas constitucionales objeto de pronunciamiento | | |
| <p style="text-align: center;">“CONGRESO DE LA REPÚBLICA LEY NÚMERO 599 DE 2000 (Julio 24) “Por la cual se expide el Código Penal”. El Congreso de Colombia, DECRETA:</p> <p>(...)</p> <p>ART. 32. —Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:</p> <p>1. (...).</p> <p>7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.</p> <p>(...).</p> | | |

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

ART. 122. —Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ART. 123. —Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124. —Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Procedimientos anteriores

Decisiones previas de la Corte, específicamente respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-647 de 2001 y C-198 de 2002

Problema jurídico de la sentencia

En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexequibles porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años.

Y quienes apoyan la exequibilidad de los preceptos acusados afirman, por regla general, que las disposiciones penales acusadas tienen como finalidad la protección del derecho a la vida del feto, derecho garantizado por el artículo 11 constitucional y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y que por esa razón son constitucionales. La mayoría de los intervinientes partidarios de la constitucionalidad de los artículos acusados coincide en afirmar que los derechos constitucionales de la mujer gestante no son absolutos y encuentran un límite legítimo en el derecho a la vida del feto.

Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia y el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurrirá en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable

su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “...o en mujer menor de catorce años ...” contenida en los artículos 123 y 124 de la Ley 599 de 2000.

Doctrina del caso concreto en la decisión mayoritaria (tesis)

Si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

Una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito–, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La Corte aclara que la decisión adoptada en la sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, esta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

En cuanto a la OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: “(...) la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la

opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.

En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto". (Sentencia C-355/2006 numeral 10.1. párrafos 37, 38 y 39).

Doctrina del caso concreto para el salvamento de voto

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil comparten la declaración de exequibilidad del numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000, pero salvan el voto respecto de la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 122 de la misma ley, así como de las declaraciones de inexecutable del artículo 124 y de la expresión "*o en mujer menor de catorce años*" contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Aclaran que sus razones se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes.

Doctrina del caso concreto para la aclaración de voto

Como resultado del debate Constitucional propio del tema del aborto, fueron valoradas por el Magistrado Sustanciador otras posibilidades de despenalización que no fueron contempladas por los demandantes en sus demandas. Así entonces, se evaluó la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado no consentidas, el incesto; igualmente fue sujeto de examen las incidencias del embarazo en la salud síquica y mental de la mujer, situación esta que ha llevado –en la práctica– a la despenalización total del aborto en varios países.

En consecuencia, ante la evidencia del nuevo estudio planteado y fundamentado en que la afectación de la salud síquica y mental de la mujer durante el embarazo puede conllevar la despenalización total del aborto; el Magistrado Sustanciador aceptó la posición señalada en la Sentencia.

El Magistrado consideraba que antes de efectuar análisis de fondo, debería procederse *en primer lugar*, a establecer el contenido Constitucional del *derecho a la vida*; el *Status jurídico de la mujer en la constitución de 1991*; así como el contenido jurídico de la *Cláusula General de Libertad* y sus especificaciones en el libre desarrollo y la dignidad; *el derecho a la salud*; para *en un segundo lugar* confrontar a la luz de dichos contenidos las normas acusadas.

Hace referencia a la Libertad de conciencia, en los siguientes términos: “Entendida como posibilidad de tener la concepción del mundo y convicción que se quiera, especialmente en materia política y religiosa. Nadie puede ser molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia (posibilidad de objeción de conciencia). La libertad de conciencia implica también la posibilidad de comunicar nuestro pensamiento a nuestros congéneres y de exteriorizarlo. La razón es que la conciencia como tal puede ser inviolable (Hegel decía que el esclavo seguía siendo libre en su conciencia), pero sus manifestaciones siempre pueden ser violadas”.

En un Estado de derecho, que presupone un Estado laico, existe una esfera de libertad donde el Estado no penetra y que se reserva al individuo para que adopte decisiones cruciales de su vida: si se casa o no y con quien lo hace; si cree o no en un ser superior y si cree en cuál cree (Jesucristo, Buda; etc.). Esos valores o creencias intrínsecas se dejan a la elección individual y nunca son objeto de decisión colectiva. La decisión de abortar o no, hace parte de esa esfera de la libertad de conciencia y debemos advertir que no se trata de una decisión fácil (como no es fácil la decisión de creer o no o de adoptar una religión, que también se deja a la conciencia de los individuos) sino difícil, donde se sopesan múltiples intereses y aspiraciones, deseos y proyectos de vida o inclusive la vida misma de la madre; elementos económicos, sociales y culturales, etc. Donde existen elementos “morales” y decisiones moralmente difíciles, que incluso en ese terreno pueden ser desaprobadas, pero que jurídicamente están reservadas a la conciencia de la mujer y que solo ella puede decidir las; que no pueden ser decididas por los gobiernos.

| Sentencia | | |
|--|------------------|-------------------------|
| Número | Tipo | Fecha |
| T-988 | Tutela | 20 de noviembre de 2007 |
| Magistrados | | |
| Ponente | Salvaron el voto | Aclararon el voto |
| Humberto Antonio Sierra Porto | N/A | N/A |
| Actor / Accionante | | |
| Acción de tutela instaurada por AA a nombre propio y de su hija BB contra Saludcoop EPS. | | |

| Hechos o elementos fácticos |
|---|
| <p>La peticionaria obrando en nombre propio y en nombre de su hija, de 24 años, quien desde los 20 meses de edad padece graves limitaciones de orden físico, psíquico y sensorial que la mantienen en silla de ruedas y la obligan a tomar medicamentos de modo permanente para contrarrestar las convulsiones que sufre a diario. La actora alegó que la joven fue violada supuestamente por un hijo de crianza y que en vista de las consecuencias negativas que la situación de embarazo produjo desde un comienzo sobre la calidad de vida de la joven, ya de por sí suficientemente deteriorada en razón de sus limitaciones, acudió a la EPS. Saludcoop para efectos de solicitar la práctica inmediata de una cirugía por medio de la cual se interrumpiera el embarazo.</p> |
| Normas constitucionales objeto de pronunciamiento |
| <p>Derecho al respeto por la dignidad humana (artículo 1º constitucional); a la vida (artículo 11 superior); a la intimidad (artículo 15 de la Constitución Nacional); de petición (artículo 23 constitucional); a la protección que le otorga el ordenamiento constitucional a las personas con diversidad funcional (discapacitadas) (artículo 47 superior); a la salud (artículo 49 de la Constitución Nacional)</p> |
| Procedimientos anteriores |
| <p>La Juez de primera instancia admitió que la entidad demandada había dilatado de modo innecesario la práctica del aborto inducido, pero se abstuvo de conceder el amparo solicitado por cuanto estimó que la interrupción del embarazo a esa altura de su desarrollo podría poner en riesgo la vida de la joven. La juez <i>ad quem</i> resolvió confirmar en todos sus extremos el fallo de la <i>a quo</i> pero en las consideraciones de su sentencia hizo caso omiso de la ratio contenida en la sentencia C-355 de 2006.</p> |
| Problema jurídico de la sentencia |
| <p>Establecer si desconoce una Entidad Promotora de Salud los derechos al amparo especial que le confiere el ordenamiento constitucional a las personas discapacitadas (artículos 47, 13 C.N.) así como la protección de la dignidad humana (artículo 1º de la C.N.), cuando se niega a practicar de manera pronta y urgente una cirugía tendiente a interrumpir el embarazo de una joven cuya discapacidad es un hecho notorio –en este caso, limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le impiden manifestar su consentimiento de manera libre y directa– quien fue víctima de abuso carnal sin consentimiento y abusivo.</p> |
| Decisión |
| <p>REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil de Circuito de Villavicencio el día 4 de octubre de 2006. En su lugar, confirmar parcialmente –con base en los motivos manifestados en la presente providencia– la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Villavicencio el día 26 de septiembre de 2006.</p> <p>ADVERTIR a la EPS Saludcoop que debe abstenerse de elevar obstáculos de orden formal cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada –con limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que le imposibilitan la manifestación libre y directa del consentimiento– cuando ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. ADVERTIR asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.</p> |

Doctrina del caso concreto en la decisión mayoritaria (tesis)

La Corte Constitucional fue muy clara en establecer que la protección del valor de la vida del *nasciturus* en el ordenamiento constitucional debe efectuarse sin detrimento de los derechos constitucionales de la mujer gestante. Cualquier medida de protección debe ser proporcionada y, en tal sentido, no puede traducirse en una carga excesiva y arbitraria para los derechos de la mujer gestante o en una medida perfeccionista que atente contra su dignidad, su autonomía o contra el libre desarrollo de su personalidad. Por ese motivo, en caso de configurarse acceso carnal violento, sin consentimiento o abusivo el **único requisito exigible para efectuar el aborto inducido** es que tal hecho punible *“haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes”*. Justo en esa misma línea de argumentación, resaltó la Corte que **debía considerarse inadmisibles cualquier regulación legal tendiente a exigir cargas desproporcionadas que dejaran sin protección a la mujer gestante”**.

En la sentencia, se recuerdan algunos pasajes del Decreto 4444 de 2006 *“Por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”*. Aquí no entra la Sala a cuestionar la validez del referido decreto. Le interesa, más bien, resaltar cómo las regulaciones contenidas en el decreto resultan aplicables en la medida en que armonizan con lo establecido por la Constitución Nacional y con lo consignado en la *ratio decidendi* contenida en la sentencia C-355 de 2006.

Acentuó el Decreto 4444 de conformidad con el Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1999) en situaciones en las cuales el aborto no es ilegal, *“los sistemas de salud deben entrenar y equipar a los proveedores de los servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que los abortos sean seguros y accesibles...”* (Énfasis añadido). Insistió en la necesidad de adoptar medidas encaminadas a eliminar “barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, la educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva, en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad, fijando los requisitos necesarios para su prestación”.

Sentencia

| Número | Tipo | Fecha |
|--------|--------|-----------------------|
| T-209 | Tutela | 28 de febrero de 2008 |

Magistrados

| Ponente | Salvaron el voto | Aclararon el voto |
|-----------------------------|------------------|-------------------|
| Clara Inés Vargas Hernández | N/A | N/A |

Actor / Accionante

Gladys Belén Arias Becerra

Hechos o elementos fácticos

El accionante manifiesta que el 16 de febrero de 2007 su hija Eli Johanna Palencia Arias, de 13 años, fue presuntamente víctima de un acceso carnal violento por parte de Luis Enrique Panqueva Contreras, como resultado de dicha agresión la menor queda en estado de embarazo y presenta tanto enfermedades físicas como mentales por tal vulneración.

| |
|--|
| <p>La menor Eli Jhoana es beneficiaria de la EPS Comeva, institución que en conjunto con entes territoriales y la misma fiscalía se ha apersonado del caso en cuanto al tratamiento para subsanar las patologías psicológicas creadas después del acto de acceso carnal violento.</p> <p>Comeva se niega a realizar la interrupción del embarazo ordenada por el Centro de atención integral a víctimas de agresión sexual (CAIVAS) de la Fiscalía objetando conciencia todo el grupo de ginecólogos que hacen parte del hospital, de esta manera se remite a la menor al hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta.</p> <p>Posterior a la remisión citada y cuando la niña ya se encontraba en el hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta se ordena por parte de este hospital el comienzo de un gran número de trámites dilatadores. Luego de todos estos trámites alega el hospital que la niña no es beneficiaria de Comeva y que además la situación no presenta mayor urgencia, por lo que la interrupción del embarazo no es idónea. Por último los ginecólogos de este lugar declaran objeción de conciencia grupal.</p> |
| Normas constitucionales objeto de pronunciamiento |
| Procedimientos anteriores |
| <p>Denunciado ante la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y formación sexual, habiendo correspondido su conocimiento al Centro de atención integral a víctimas de agresión sexual (CAIVAS) de la Fiscalía General de la Nación, en donde el respectivo proceso se radicó con el N° 140.559.</p> <p>Defensoría del Pueblo el Oficio DPRNS-501 N° 071042.</p> <p>El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 20 de abril de 2007 Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta –mediante Sentencia del 07 de mayo de 2007– confirmó la decisión impugnada.</p> |
| Problema jurídico de la sentencia |
| <p>El problema jurídico subyace en el límite que hay en la relación de los derechos de la niña y el derecho del médico a la libertad de conciencia, así la corte en su labor interpretativa alude a criterios de ponderación para decidir sobre un tema tan complejo por tratar de una clara discrepancia entre los derechos fundamentales de dos titulares diferentes.</p> |
| Decisión |
| <p>La Corte Constitucional para resolver este caso en concordancia con los mandatos del Estado Social de Derecho decide tutelar los derechos de la mujer, esto partiendo del interés superior del menor, dado que para el caso la mujer menor de 14 años ha presentado una serie de sucesos traumáticos que merecen una pronta solución.</p> <p>Se tutelan los derechos de la menor y se obliga a los médicos a realizar la interrupción del embarazo con celeridad y eficacia.</p> |
| Doctrina del caso concreto en la decisión mayoritaria (tesis) |
| <p>Los magistrados en el presente caso fundamentan la falta de procedencia para la objeción de conciencia grupal o para personas jurídicas, fundamentando que la libertad de conciencia se predica para las personas naturales individualizadas puesto que este tema riñe con los más profundos criterios y principios de las personas.</p> |

La Corte se pronunció sobre tres aspectos relevantes para los casos de interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), a saber: i) la objeción de conciencia; ii) la actuación de las entidades prestadoras del servicio de salud; y iii) las consecuencias jurídicas que conlleva el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en estos casos.

Sobre el tema de la objeción de conciencia pronuncia: *“la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “()a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo”.*

“En esta sentencia la Corte reiteró la Sentencia C-355 de 2006 en cuanto solo las personas naturales –y no las jurídicas– son titulares de la objeción de conciencia, así como el deber del galeno, que invoca la objeción de conciencia para abstenerse de realizar la IVE, de remitir de inmediato a la mujer a un médico que pueda practicarla” (Citado textualmente de la Sentencia T-946 de 2008).

La Corte en esta sentencia precisó las siguientes reglas sobre la objeción de conciencia: *“(…)(i) que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos”.*

Al respecto la Sentencia T-209 de 2008, advirtió: *“(…)los médicos tienen derecho a presentar, de manera individual, objeción de conciencia debidamente fundamentada en razones de orden religioso, a fin de abstenerse de practicar un procedimiento de IVE, no es menos cierto que a los Tribunales de Ética Médica les corresponde valorar si un médico, en un caso particular, presentó objeción de conciencia pero incumplió con la obligación ética y legal de respetar los derechos de la mujer, al no remitirla inmediatamente a otro profesional de la salud que estuviere habilitado para llevar a cabo la interrupción del embarazo.*

| | | |
|--|-------------------------|---|
| <i>En efecto, los Tribunales de Ética Médica, tienen a su disposición normas nacionales e internacionales que rigen el ejercicio de su profesión, con fundamento en las cuales pueden decidir si la objeción de conciencia presentada por un médico es procedente o pertinente respecto de un caso particular en el que se negó la práctica del procedimiento de IVE y no envió de manera inmediata a la mujer a otro profesional que estuviera en condiciones de practicar el aborto”.</i> | | |
| Sentencia | | |
| Número | Tipo | Fecha |
| T- 946 | Tutela | 02 octubre de 2008 |
| Magistrados | | |
| Ponente | Salvaron el voto | Aclararon el voto |
| Jaime Córdoba Triviño | Rodrigo Escobar Gil | Mauricio González Cuervo Jaime Córdoba Triviño |
| Actor / Accionante | | |
| María en representación de su hija Ana | | |
| Hechos o elementos fácticos | | |
| <p>La señora <i>María</i> señala que al comienzo de este año, ante la transformación visual del cuerpo de su hija, menor discapacitada, la llevó a revisión médica en el municipio de Funza, en donde luego de los exámenes respectivos le informaron que su hija estaba embarazada. Agrega que el 8 de enero de 2008, se le realizó una ecografía a la menor que certificó que para la fecha tenía 18 semanas de gestación. Ella y su esposo solicitaron la interrupción del embarazo de su hija Ana y el ginecólogo se negó en nombre de Cosmitet Ltda. a practicar procedimiento de interrupción del embarazo a pesar de conocer por la documentación a él presentada del estado mental de la menor, el hecho de que su gestación fue producto de su violación, el grave riesgo que corre la vida de la gestante y el altísimo índice de posibilidades de malformaciones del feto, no solo por la transmisión genética, sino por el consumo prolongado de la droga denominada Epamine que según conceptos profesionales incrementa en un alto porcentaje el riesgo de malformaciones en el feto”.</p> | | |
| Normas constitucionales objeto de pronunciamiento | | |
| Derechos a la integridad, a la salud, a la autonomía y a la intimidad de su hija. | | |
| Procedimientos anteriores | | |
| <p>Decisión de primera instancia, el 28 de enero de 2008, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, decidió denegar el amparo invocado por la accionante. A juicio de la juez de instancia no obran en el expediente pruebas idóneas que permitan concluir que la menor <i>Ana</i> se encuentre en alguno de los eventos de despenalización del aborto contemplados en la Sentencia C-355 de 2006.</p> <p>Decisión de segunda instancia. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, mediante providencia de 29 de febrero de 2008, decidió confirmar el fallo de primera instancia. En criterio del fallador el avanzado estado de gestación en que se encuentra la hija de la accionante impide ordenar la interrupción del embarazo.</p> | | |

| Problema jurídico de la sentencia |
|---|
| <p>Corresponde a esta Sala determinar si al no haberse atendido la solicitud de interrupción del embarazo se vulneran los derechos a la dignidad, a la integridad y a la autonomía de una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido que fue denunciado ante la autoridad competente.</p> |
| Decisión |
| <p>CONCEDER la acción de tutela y el amparo demandado para proteger los derechos sexuales y reproductivos, la integridad y la libertad de la hija de la accionante.</p> <p>ADVERTIR a Cosmitet Ltda. que debe abstenerse de interponer obstáculos cuando se solicite la interrupción de embarazo en mujer discapacitada que ha sido víctima de acceso carnal violento, no consentido o abusivo. ADVERTIR asimismo que en esa eventualidad la solicitud de interrupción del embarazo puede efectuarla cualquiera de los padres de la mujer que se halle en esta situación u otra persona que actúe en su nombre sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso carnal violento o no consentido o abusivo.</p> <p>CONDENAR en abstracto a Cosmitet Ltda., y solidariamente al profesional de la salud que atendió el caso, y no obraron de conformidad con sus obligaciones, a pagar los perjuicios causados a <i>Ana</i>, por la violación de sus derechos fundamentales.</p> <p>Se tutelan los derechos de la menor y se obliga a los médicos a realizar la interrupción del embarazo con celeridad y eficacia.</p> |
| Doctrina del caso concreto en la decisión mayoritaria (tesis) |
| <p>En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo.</p> <p>Por ello, no es de recibo la alegación del médico Germán Arango relacionada con la imposibilidad de establecer si el embarazo de <i>Ana</i> era producto de una violación puesto que ante la presentación de la denuncia correspondiente lo que procedía era la IVE. Ahora bien, si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE.</p> <p>En consecuencia, era suficiente que <i>María</i> presentara la denuncia penal del acceso carnal no consentido del que había sido víctima su hija para que Cosmitet Ltda. autorizara la IVE en una institución que garantizara la realización del aborto de manera inmediata. En el mismo sentido, si bien el médico tratante apeló a la objeción de conciencia para negarse a realizar la IVE lo cierto es que omitió remitir de manera inmediata a la menor a un profesional de la salud habilitado para llevar a cabo el procedimiento.</p> <p>La Corte consideró que los tribunales de ética médica tienen competencia para estudiar la falta disciplinaria en que pudieron incurrir los médicos que no remitieron a la mujer embarazada a otro profesional de la salud para que le practicara la IVE de manera oportuna ante la presentación de la objeción de conciencia.</p> |

Doctrina del caso concreto para el salvamento de voto

1. Aunque soy consciente del alcance de cosa juzgada constitucional que tienen las decisiones adoptadas por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006 y de su fuerza vinculante, considero que la providencia de la que me aparto en esta oportunidad ilustra claramente las dificultades implícitas en la decisión de la Corte en materia de interrupción voluntaria del embarazo a las que alude el salvamento de voto que en su oportunidad suscribí conjuntamente con el Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

2. En la sentencia de la que me aparto en esta oportunidad se decidió revocar los fallos de los jueces de instancia, en los que se había negado el amparo solicitado con fundamento en la consideración de que lo avanzado del periodo de gestación hacía improcedente el aborto.

En la Sentencia C-355 de 2006 no hay una consideración expresa sobre este tema, ni se aportan ahora argumentos orientados a desvirtuar las razones de los jueces de instancia. Sin embargo, no solo se revocan sus decisiones, sino que, además, se corre traslado del expediente para que dichos jueces sean investigados por las posibles faltas disciplinarias o penales en las que pudieron incurrir.

3. Considero altamente lesivo del principio constitucional de la autonomía judicial la pretensión de imponer a los jueces de tutela, por la vía de las investigaciones penales o disciplinarias, la sujeción a criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Constitucional, más aún cuando, como en este caso, existe un alto grado de indeterminación en las decisiones judiciales que se consideran parámetro obligatorio para los jueces, y cuando, además, la concreción de los criterios que se toman como base para evaluar las decisiones de los jueces de instancia se ha hecho *a posteriori*, en la propia sentencia de revisión.

4. Aunque las condiciones en las que se produjo el embarazo en este caso, en una menor que presenta discapacidad, permitirían presumir que el mismo fue consecuencia de un acceso carnal abusivo, considero que, dado el momento en el que se produjo el fallo de revisión, ya no cabía una orden para la efectiva protección del derecho y sí encuentro que las consideraciones de la Sala instrumentalizan el caso concreto, para hacerle producir consecuencias más allá de sus circunstancias concretas, en condiciones de las que discrepo claramente.

Así, en la sentencia no se alude de manera específica a la condición de discapacitada de la persona embarazada, al punto que el problema jurídico gira en torno al interrogante de si se vulneran los derechos de *“una mujer cuya gestación es el resultado de un acceso carnal no consentido”*.

El análisis de constitucionalidad que cabe hacer es muy distinto según se trate de una mujer, que se presume sana y adulta, o de una menor en estado de discapacidad, y también varía el análisis según se trate de violación o de acceso carnal abusivo en incapaz de resistir. Esas distinciones eran relevantes, por ejemplo, para valorar las consideraciones del médico sobre la imposibilidad de encuadrar el caso en las previsiones de la Sentencia C-355 de 2006 o las de los jueces de instancia al decidir con base en el avance del periodo de gestación.

5. Estimo que en esta sentencia, que sigue la línea de otras de distintas salas de revisión, se trata de impulsar una concepción en torno al aborto que va más allá del ámbito fijado en la Sentencia C-355 de 2006 y que se pretende imponer aún por encima de consideraciones valorativas que tienen amplio respaldo constitucional, al cambiar el acento desde la verificación de las circunstancias objetivas en las que de acuerdo con la aludida sentencia no cabe penalizar el aborto, hacia la autonomía de la mujer, para que dentro de un amplísimo margen de valoración y con un mínimo de condiciones, decida si se practica el aborto, teniendo como referencia lejana las hipótesis planteadas en dicha sentencia.

Doctrina del caso concreto para la aclaración de voto

Con todo respeto, aclaro mi voto frente a la sentencia de tutela aprobada por la Sala Tercera de Revisión en sesión del 2 de octubre de 2008. Mauricio González Cuervo/ Magistrado

1. Esta corporación, mediante Sentencia C-355 de 2006, realizó el control de constitucionalidad de los artículos 32-7, 122, 123 (parcial) y 124, de la Ley 599 de 2000 Código Penal, estos tres últimos modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con la penalización del aborto, fallo que proferido en ejercicio del control jurisdiccional hace tránsito a cosa juzgada de conformidad con lo previsto en el artículo 243 de la Constitución.

2. En el fallo, la Corte Constitucional determinó tres causales taxativas en las cuales *“no se incurre en delito de aborto [...]”: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.*

3. La decisión tomada por la Corte Constitucional, por sus efectos *erga omnes*, implica la obligación para cualquier particular autoridad pública, de respetar el contenido de la decisión, por lo cual se debe propender por el cumplimiento y la realización de las prescripciones de la anotada sentencia, sin perjuicio de la facultad de anteponer la objeción de conciencia.

4. Así las cosas, en los casos en los que se demuestre que se da cualquiera de las excepciones antes citadas, es una obligación del Estado respetar la decisión de la madre que decide acudir al aborto, como lo sería también el respetar la decisión de la madre que, a pesar de darse tales circunstancias, decide continuar con la gestación y esperar el nacimiento de la criatura.

5. De acuerdo con lo anterior, y reiterando la obligatoriedad en el cumplimiento de las decisiones de esta corporación, era claro que en el presente caso los jueces de tutela y la Corte Constitucional debían acceder al amparo, puesto que la madre de la accionante logró demostrar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales en torno a la existencia de la causal tercera de inexistencia del delito de aborto, referida en el presente caso a la existencia de denuncia penal por el supuesto delito de acceso carnal con incapaz de resistir, acreditado por la Fiscalía General de la Nación mediante comunicación de 12 de agosto de 2008, en la que la Unidad Seccional de Fiscalía de Funza remitió copia de la denuncia penal instaurada, el 5 de enero de 2008, por la señora xx.

6. A pesar de esto, debe anotarse que es obligación y facultad de los jueces de la República determinar, para cada caso en concreto, el alcance que se le da a dichas disposiciones jurisprudenciales, en especial para establecer cuándo la solicitud para la práctica del aborto contiene los elementos por los cuales la Corte Constitucional decidió excluir la existencia del delito. Así, el juez no puede aceptar, de plano y sin aplicar la sana crítica, la existencia de cierta situación o la ocurrencia de ciertos hechos, ya que es indispensable que este acometa la valoración crítica del acervo probatorio y aplique su criterio jurídico en la determinación de las especiales circunstancias del caso. Es claro que el análisis del juez frente al tema del aborto debe incluir las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355/2006, pero igualmente el juez debe y tiene que aplicar su criterio para valorar las circunstancias específicas del caso y administrar justicia de acuerdo a la Constitución y la Ley. Así las cosas, no procede una interpretación que favorezca la automatización en la toma de decisiones judiciales, y por el contrario considero que el juez debe hacer un análisis profundo y concienzudo de cada caso, siendo muy estricto en la aplicación de las normas legales y las disposiciones jurisprudenciales.

7. Finalmente, llamo la atención sobre el hecho de la falta de regulación y límites frente al tema del tiempo de gestación para la aplicación de las causales de despenalización del aborto, puesto que no considero que un caso en el que se solicite el aborto a las primeras semanas de embarazo sea igual que uno en el que se realice la solicitud semanas después, o como en el presente caso, a las 18. Así, y dado que ni el legislador ni la jurisprudencia han establecido un término límite que determine hasta qué semana de gestación puede ser interrumpido el embarazo, es obligación del juez constitucional analizar cada caso en concreto y cuando lo determine necesario, exigir un mayor rigor probatorio y de adecuación a las causales de exclusión del delito requiriendo, por ejemplo, una justificación para la demora de la solicitud del procedimiento, o la necesidad de un concepto médico que establezca que el aborto aún es viable y que no se pone en peligro la vida de la madre al realizarlo.

| Sentencia | | |
|---|------------------|-------------------------|
| Número | Tipo | Fecha |
| T-388 | Tutela | 28 de mayo de 2009 |
| Magistrados | | |
| Ponente | Salvaron el voto | Aclararon el voto |
| Humberto Antonio Sierra Porto | N/A | Juan Carlos Henao Pérez |
| Actor / Accionante | | |
| AA y BB (se identifican con estas letras para proteger con la dignidad e intimidad de los accionantes). | | |
| Hechos o elementos fácticos | | |
| “(…) El peticionario, quien obra en nombre de su compañera permanente, solicitó le fuera realizado a esta última el procedimiento de interrupción del embarazo por grave malformación del feto –de conformidad con lo establecido en la sentencia C-355 de 2006, mediante la cual la Corte Constitucional, interpretando los arts. 122, 123 y 124 | | |

de la Ley 80 de 2004, concluyó que resulta legítima la práctica del aborto inducido en algunas circunstancias, dentro de las cuales está el presentarse “grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”, así como exigió a la EPS le fueran practicados a la joven los exámenes de diagnóstico indispensables para determinar las causas de la malformación del feto (...).

Normas constitucionales objeto de pronunciamiento

Considera el accionante que le están violando el derecho a la salud en conexidad con la vida, ya que el EPS no le quiere cubrir los exámenes pertinentes a su esposa para detectar cual es el origen de la malformación del hijo que está esperando, además de esto ella ha abortado por causas desconocidas en dos ocasiones.

Procedimientos anteriores

En sentencia de primer instancia, de fecha 31 agosto de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Santa Marta negó la tutela, por *Objeción de conciencia*

En segunda instancia, de fecha 8 de septiembre de 2006 el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Santa Marta revocó en todos los aspectos el fallo de tutela y concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales, propios a la vida humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud en conexidad con la vida.

Problema jurídico de la sentencia

La Corte siguiendo los hechos decidió para resolver el caso establecer los siguientes problemas jurídicos:

“(...) Qué mandatos se derivan del contenido de la Sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos para las mujeres?

¿Qué consecuencias prácticas surgen para las EPSs, las IPSs y el personal médico que en ellas labora en cumplimiento de la Sentencia C-355 de 2006?

¿Pueden los funcionarios judiciales declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento, máxime cuando el mismo involucre la garantía de derechos fundamentales?

Decisión

Confirmar el fallo de la sentencia de segunda instancia.

ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS –independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales– cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

Doctrina del caso concreto en la decisión mayoritaria (tesis)

A partir de la lectura del artículo primero constitucional, queda claro que entre los rasgos con que la Norma Fundamental caracteriza al Estado colombiano se encuentran el de ser un Estado social, democrático y participativo de derecho respetuoso de la dignidad humana, y abierto al pluralismo. Uno de los rasgos distintivos del Estado es, por tanto, su apertura al pluralismo. Tal apertura se conecta al menos con tres dimensiones:

ser el reflejo de una sociedad que (i) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad (artículo 7º Superior); (ii) aprecia de modo positivo las distintas aspiraciones y valoraciones existentes hasta el punto de proteger de modo especial la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión, y (iii) establece los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de la diferencias vigentes en un momento determinado.

El ejercicio de la objeción de conciencia puede desencadenar y, de hecho, desata consecuencias frente a terceras personas. Por eso, resulta imposible catalogar la objeción de conciencia como un acto que permanece ubicado dentro del fuero interno de quien la ejerce. Cuando se manifiesta la objeción por motivos de conciencia, ello supone incumplir un deber jurídico “con mayor o menor proyección social”¹³. Admitida esa circunstancia, surge la cuestión de ponderar hasta qué punto es posible el ejercicio de la objeción por motivos de conciencia –la cual prima facie puede parecer justificada–, vista desde la óptica de las consecuencias negativas que su ejercicio produce respecto de los derechos de terceras personas.

Como lo recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, una situación es, por ejemplo, la que deben afrontar los médicos que por motivos de conciencia se oponen a la práctica de interrupción voluntaria del embarazo al considerar que esta acción riñe de manera profunda con sus convicciones morales. En esta contingencia, cuando resulta factible asegurar que otra persona profesional de la medicina puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo y ello ocurrirá de modo que se preserven de manera efectiva los derechos de la mujer gestante colocada bajo los supuestos previstos en la referida sentencia, entonces no habría ningún reproche frente al ejercicio de la objeción de conciencia. Cosa distinta se presenta cuando el Estado o las Entidades Promotoras de Salud no aseguran la presencia del número de profesionales de la medicina suficientes para garantizar los derechos que le reconoció la Sentencia C-355 de 2006 a las mujeres. Si solo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarlo, con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica. En esta hipótesis la restricción a la libertad de conciencia del médico es totalmente legítima –en tanto proporcional y razonable–, pues conlleva la protección [entre otros] del derecho a la vida y la salud de la mujer embarazada; en otras palabras, ante esta eventualidad las consecuencias de la no prestación del servicio de interrupción del embarazo trae consigo perjuicios directos e irreversibles para la mujer gestante e infringe sus derechos constitucionales fundamentales, razón por la cual no puede admitirse su ejercicio cuando las consecuencias negativas sean tan elevadas en materia de derechos fundamentales.

Resulta pertinente mencionar que existe un límite respecto de la titularidad para ejercer el derecho a la objeción de conciencia y, en este sentido, la Sala deja en claro que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo. Contrario sensu, no será una posibilidad cuya titularidad se radique en cabeza del personal que realiza funciones administrativas, ni de quien o quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención, ni de quien o quienes tengan a su cargo las actividades posteriores a la intervención.

13 Escobar Roca, Guillermo. La objeción, Op. cit., pág. 225.

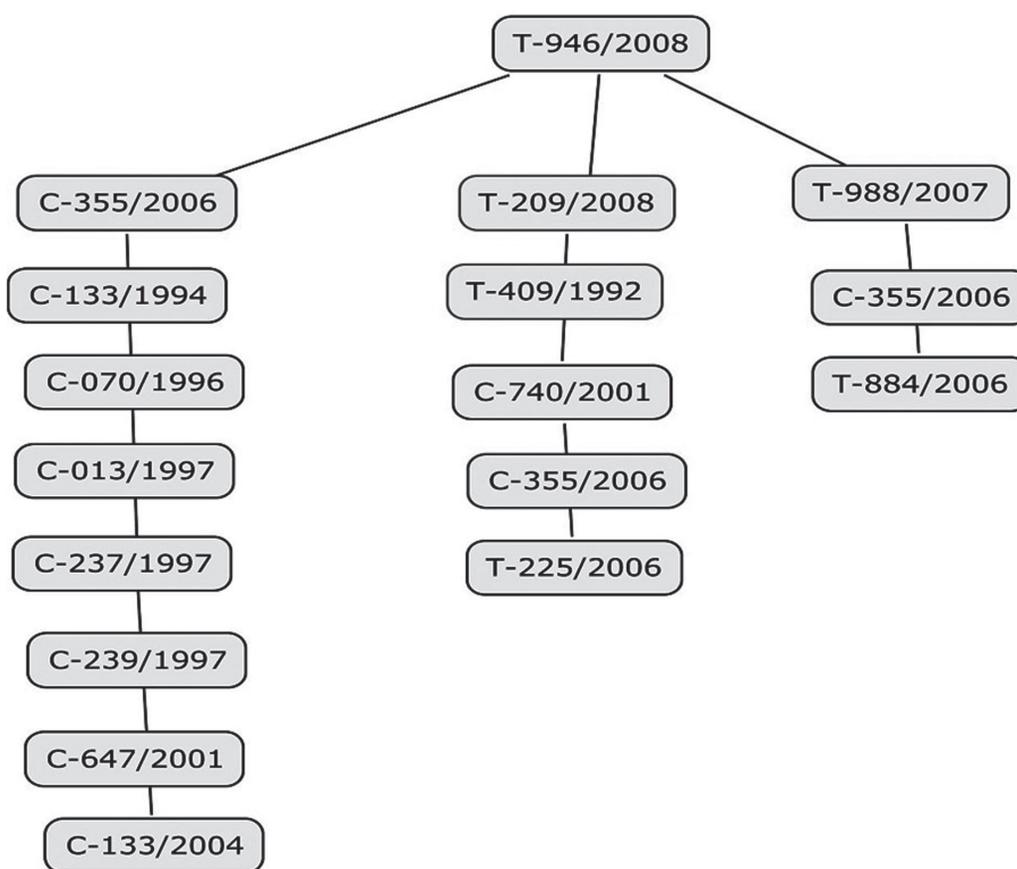
Deben existir límites formales, en el sentido de prever ciertos requisitos y procedimientos para ejercer en estos precisos casos el derecho de objetar en conciencia. En caso de que el personal médico que participará directamente en la intervención conducente a interrumpir el embarazo desee manifestar su objeción de conciencia respecto del procedimiento encomendado deberá hacerlo por escrito expresando: (i) Las razones por las cuales está contra sus más íntimas convicciones la realización del procedimiento tendente a interrumpir el embarazo en ese específico caso, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia; y (ii) El profesional médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida. Esto teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido. De esta forma se respeta el carácter garantista y plural que tiene el núcleo esencial de los derechos fundamentales, a la vez que se generan elementos para impedir que la objeción se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo para las pacientes que así lo soliciten y se aporta seriedad y rigurosidad al ejercicio de la objeción de conciencia.

La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado –cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas–. No obstante, queda excluido alegarla cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. Cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea –art. 230 de la Constitución–, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida esta en sentido amplio–, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia.

Ha insistido la Corte Constitucional y lo reiteró en las consideraciones de la presente sentencia, en que las autoridades judiciales no pueden alegar la objeción de conciencia para abstenerse de autorizar solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer gestante se halla en los supuestos permitidos por la Sentencia C-355 de 2006. Por demás, no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano una disposición que permita a las autoridades judiciales declararse impedidas –como inicialmente alegó el a quo– para abstenerse de tramitar y de fallar tutelas en esas eventualidades. De una parte, y por los motivos indicados en las consideraciones de la presente sentencia, las funcionarias y los funcionarios judiciales emiten sus sentencias en derecho y no en conciencia. De otra, las causales de impedimento en el caso de las autoridades judiciales son taxativas –no prevén la objeción de conciencia– y son de interpretación restrictiva.

| Doctrina del caso concreto para la aclaración de voto |
|--|
| “(…) Considero que se vulneran el derecho a la libertad de conciencia, a la asociación, a la libertad religiosa y al pluralismo, si se obliga a las instituciones prestadoras de salud privada, cuyo fundamento ideológico sea confesional o religioso, a practicar la interrupción voluntaria del embarazo cuando no se trate de un caso de urgencia o cuando dicha entidad de salud no sea la única entidad del lugar donde se requiera el servicio. (…)”. |

3.2. Gráfico nicho citacional



4. Ingeniería de reversa: identificación de las sentencias hito

En la labor hermenéutica de identificación de las sentencias determinamos que la **SENTENCIA ARQUIDÉMICA** es la T-946 de 2008, dada su actualidad y

fundamento como punto de partida para iniciar el trabajo de línea jurisprudencial; además de esto recopila los criterios establecidos por la jurisprudencia colombiana en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo con relación a la objeción de conciencia. Por este motivo estipulamos que dicha sentencia es **ARQUIDÉMICA DE CARÁCTER REITERATIVO**, pues en

ella no se sienta un precedente ni se establecen nuevos principios, lo que hace la Corte es consagrar los razonamientos de fallos anteriores.

Después de cruzar la información obtenida en el desarrollo del nicho citacional, descubrimos que la Sentencia T-409 de 1992, a la que acude la Corte en sus Sentencias T-946 de 2008 y T-388 de 2009 (Sentencia no incluida en el nicho citacional pero sí considerada en este trabajo como de carácter reiterativo, ubicada dentro de la categoría de sentencias no importantes), contiene el primer pronunciamiento de la Corte respecto a la objeción de conciencia como derecho fundamental de un individuo, razón por la cual se constituye en la sentencia **HITO FUNDANTE** de la línea jurisprudencial acá ejecutada.

Si bien dicha sentencia no se refiere a un hecho similar al concretamente citado en el patrón fáctico a partir del cual dilucidamos esta línea, la Corte se pronuncia respecto a la libertad de conciencia y la objeción de conciencia de la siguiente manera:

“D. La libertad de conciencia.

La facultad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacerlo, se ve determinada en grado sumo por sus convicciones, por su propia ideología, por su manera de concebir el mundo. Tales convicciones e ideología son el producto de su formación académica, social, moral y religiosa, la cual condiciona al individuo imponiéndole modelos de comportamiento a seguir en medio de la sociedad a la cual pertenece y encauzando el ejercicio de su libertad, la cual, por eso mismo, pierde desde el comienzo su carácter absoluto.

La formación que la persona recibe y asimila va integrando su sistema

de valores, para llevarla a considerar, frente a las distintas opciones que la vida en comunidad le ofrece, lo que desde su particular perspectiva es bueno, justo, equitativo, oportuno..., arrojando unos resultados exteriores que son el producto de un análisis interno cuyo ámbito es del dominio inalienable de la persona. Ese sistema de valores constituye, en lo más íntimo de cada ser humano, su propia conciencia, en cuyas profundidades no puede penetrar la acción del Estado ni forma alguna de coacción.

En principio, la conciencia misma del individuo, dada su propia naturaleza, no está expuesta a violaciones por actos de la autoridad. Son las manifestaciones exteriores, derivadas del proceso interno, las que pueden verse coartadas, impedidas, dificultadas o condicionadas mediante acción del Estado o sus agentes, o de particulares.

Por tanto, el ejercicio de la libertad consagrada en el artículo 18 de la Carta es susceptible de violación y, por ello, de protección jurídica, en la medida en que aflora por las distintas vías que el hombre ha concebido para explicitarla, dando lugar a formas específicas de previsión normativa tendientes a preservarla en su integridad: allí se sustentan las libertades constitucionales de expresión y de cultos (artículos 19 y 20), entre otras.

Obsérvese cómo la misma libertad de conciencia tiene una referencia jurídica que hace recaer la protección sobre los momentos exteriores de su desarrollo, como cuando el artículo 18 de la Carta indica que “nadie será molestado por razón de sus convicciones y creencias”, hipótesis en la cual se suponen conocidas, o cuando prohíbe que el individuo sea “compelido a revelarlas u obligado

a *actuar contra su conciencia*" (subraya la Corte).

En virtud de lo anterior, la doctrina jurídica ha clasificado a la libertad de conciencia como *individual*, por cuanto antes de ser un ciudadano libre frente a la sociedad, el hombre tiene derecho a ser un individuo libre, esto es, exento de coacciones y atentados arbitrarios que afecten, impidan o sancionen la exteriorización de sus convicciones íntimas, mientras ellas en sí mismas no causen daño a la colectividad.

Las constituciones políticas de la mayoría de los estados democráticos garantizan la libertad de conciencia, lo cual implica dos efectos: que cada individuo tiene derecho a regular su vida de acuerdo con sus creencias y que el Estado no tiene facultad para imponérselas; él debe tener en cuenta tales creencias para permitirle ejercer su libertad.

Como ya se dijo, la Constitución Política, en su artículo 18, garantiza la libertad de conciencia, de lo cual se desprende que, a partir del inalienable fuero interno de cada individuo, este goza de facultad para actuar o abstenerse de hacerlo en virtud de su razón práctica, de su pensamiento y de su íntima convicción, claro está, sobre la base, implícita en todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones están limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas.

La garantía de la **libertad de conciencia** no necesariamente incluye la consagración positiva de la **objeción de conciencia** para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir

una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación.

La objeción de conciencia, es definida por Venditti como "la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito"¹⁴.

Continuando con el análisis del nicho, obtenemos como sentencia **HITO DOMINANTE** la C-355 de 2006, sentencia de trascendencia y actualidad en el tema del aborto y su despenalización, que toca en su contenido el derecho de los médicos a invocar la objeción de conciencia como eximente para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo y es referida en todas las sentencias que hacen parte de esta línea jurisprudencial.

En esta oportunidad en su fallo la Corte se pronuncia sobre un tema que choca fuertemente con el sentir axiológico de la sociedad, haciendo más compleja la labor constitucional de interpretación del espíritu legislativo y el interés general.

Específicamente, sobre la objeción de conciencia, la Corte dice:

"(...) la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que

14 Sentencia T-409 de 1992. Corte Constitucional. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que, en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica”¹⁵.

Dos años después, con la Sentencia T-209 de 2008, se recopilan los pronunciamientos anteriores de la Corte en cuanto al tema objeto de este trabajo, reiterando lo expuesto en la Sentencia C-355 de 2006, por la cual ha sido determinada como **SENTENCIA CONSOLIDADORA de línea**, estando dentro de sus principales argumentos, los siguientes:

15 Sentencia C-355 de 2006. Numeral 10.1 párrafo 37.

“(…) la objeción de conciencia planteada por los médicos a quienes se les solicitó la IVE, la Corte reconoció que: “() a fin de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, protegidos por la Constitución y la Sentencia C-355 de 2006, asegurándoles la prestación del servicio público esencial y legal de salud de interrupción voluntaria del embarazo, y evitar barreras de acceso al mismo, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento, a fin de impedir que aquella se constituya en barrera de acceso a la prestación del servicio esencial de salud de interrupción voluntaria del embarazo”.

En esta sentencia la Corte reiteró también el concepto establecido en la Sentencia C-355 de 2006 sobre la titularidad de la objeción de conciencia, que recae solo en las personas naturales –y no las jurídicas– y el deber del médico que invoca la objeción para no practicar la IVE, de remitir inmediatamente a la mujer a un médico que pueda practicarla, con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales.

5. Análisis dinámico

| | | | |
|---|--|---|----|
| <p>¿En desarrollo del principio de la libertad de conciencia, regulado en el artículo 18 de la Constitución Política de Colombia, tienen los médicos la posibilidad de aducir la objeción de conciencia, como una razón válida para evitar la práctica del aborto cuando se cumplan los supuestos en que se admite jurisdiccionalmente la interrupción voluntaria del embarazo?</p> | | | |
| Sí | <p>C-355/2006 Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería Clara Inés Vargas Hernández (En caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto).</p> | | NO |
| | <p>T-988/2007 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto (Eliminar “barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006).</p> | | |
| | <p>T-209/2008 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández (la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional o colectiva, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo; además, la objeción de conciencia debe presentarse por escrito debidamente fundamentada, siguiendo la obligación del médico que se acoja a ella remitir inmediatamente a la madre a un médico que pueda practicar el procedimiento)</p> | <p>T-388/2009 Condicionado Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto (Si solo existe una persona profesional de la medicina que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis previstas en la referida sentencia, entonces deberá practicarlo, con independencia de si se trata de un médico adscrito a una entidad hospitalaria privada o pública, confesional o laica)</p> | |

| | | |
|----|---|----|
| SÍ | <p>T-946/2008 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño (Si como en el caso objeto de estudio el médico invoca la objeción de conciencia es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen la IVE).</p> | NO |
|----|---|----|

6. Análisis estático sentencias hito

Siguiendo los lineamientos del profesor López Medina, en este acápite debemos elaborar el resumen de cada una de las sentencias hito halladas en el transcurso del trabajo, que contenga los hechos, consideraciones o argumentos de la Corte y la decisión fallada.

Para este caso concreto, las sentencias objeto de análisis estático son:

- Sentencia fundadora de línea: T-409 de 2002
- Sentencia arquidémica: T-946 de 2008
- Sentencia dominante: C-355 de 2006
- Sentencia consolidadora: T-209 de 2008

En el capítulo 3, numeral 3.1., encontramos la estructura de la sentencia arquidémica, la dominante y la consolidadora, quedando pendiente la sentencia fundadora de línea cuya ficha se detalla a continuación:

| Sentencia | | |
|--|--|-------------------|
| Número | Tipo | Fecha |
| T- 409 | Tutela | 8 de junio 1992 |
| Magistrados | | |
| Ponente | Salvaron el voto | Aclararon el voto |
| Jose Gregorio Hernández G. | Alejandro Martínez Caballero Fabio Morón Díaz | N/A |
| Actor / Accionante | | |
| Óscar Flavio Ochoa Quiñones y Andrés Ospina Cruz | | |
| Hechos o elementos fácticos | | |
| Las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, mediante oficios expedidos por la Dirección de Reclutamiento, comunicaron a los jóvenes Óscar Flavio Ochoa Quiñones y Andrés Ospina Cruz que habían sido seleccionados para prestar el servicio militar. | | |

Al mismo tiempo se les hizo saber que debían presentarse en las instalaciones de un Distrito Militar, portando la constancia auténtica de haber aprobado el undécimo grado de educación media.

De igual manera, se les advirtió que, en caso de no presentarse, serían declarados “REMISOS”, con todas las consecuencias que ello implica, de conformidad con la Ley 1ª de 1945.

Las Fuerzas Militares han atentado contra la libertad de conciencia de dichos jóvenes, violándoles al mismo tiempo a los padres de estos, el derecho de escoger la educación para sus hijos. El apoderado sustenta la petición de tutela en las siguientes razones:

1) Sus representados, tanto los padres como los menores, son miembros de la IGLESIA DE “DIOS ES AMOR” DE LOS HERMANOS MENONITAS. La creencia religiosa y base teológica de sus poderdantes se fundamenta en un profundo respeto al prójimo, en el amor a los enemigos, en el cumplimiento al mandato divino de no matar, por lo que expone el accionante, rechazan pertenecer a organismos creados para imponer la fuerza, monopolizar la violencia, eliminar o intimidar al enemigo, o para ejercer la “acción legal” de matar a un ser humano.

Procedimientos anteriores

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión General, asumió el conocimiento del caso, el cual fue fallado el seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), negando las pretensiones del actor quien fue notificado mediante telegrama enviado en la misma fecha.

Contra la mencionada providencia no se interpuso recurso alguno, razón por la cual fue remitido el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, siendo recibido en la Secretaría el dieciocho (18) de febrero del presente año. La Sala de Selección, en sesión de marzo 6, determinó que la sentencia debería ser revisada.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86, inciso 2, y 241, numeral 9, de la Constitución Política; 31, 32, y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C. ha proferido en el presente caso.

Problema jurídico de la sentencia

La garantía de la **libertad de conciencia** no necesariamente incluye la consagración positiva de la **objeción de conciencia** para prestar el servicio militar. Esta figura, que en otros sistemas permite al individuo negarse a cumplir una obligación como la mencionada cuando la actividad correspondiente signifique la realización de conductas que pugnan con sus convicciones íntimas, no ha sido aceptada por la Constitución colombiana como recurso exonerativo de la indicada obligación.

La objeción de conciencia, es definida por Venditti como “la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito”.

| Decisión |
|---|
| <p>1) Confirmar en todas sus partes la providencia de fecha 6 de diciembre de 1991, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., mediante la cual se negó la tutela solicitada por el abogado Ricardo Esquivia Ballestas.</p> <p>2) Comuníquese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, D.C., a efecto de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.</p> |
| Doctrina del caso concreto en la decisión mayoritaria (tesis) |
| <p>La facultad que tiene una persona para actuar en determinado sentido, o para abstenerse de hacerlo, se ve determinada en grado sumo por sus convicciones, por su propia ideología, por su manera de concebir el mundo. Tales convicciones e ideología son el producto de su formación académica.</p> <p>El objetor de conciencia, en los estados que consagran esa posibilidad, no incurre en violación de las prescripciones constitucionales y legales sobre servicio militar por el hecho de adoptar una posición negativa frente a la obligación que se le impone, sino que, dadas las condiciones que el respectivo régimen jurídico establezca, hace uso de un verdadero derecho, que debe ser reconocido por las autoridades.</p> |
| Doctrina del caso concreto para el salvamento de voto |
| N/A |
| Doctrina del caso concreto para la aclaración de voto |
| N/A |

7. *Ratio decidendi* sentencia dominante

Una vez realizado el trabajo de interpretación jurisprudencial es pertinente identificar la motivación de la Corte para plantear una serie de principios de necesaria comprensión para el entendimiento del tema que se está tratando. Así destacamos en la Sentencia C-355/2006 razonamientos como:

- ✓ No son absolutos los valores, principios o derechos fundamentales, puesto que cada caso presenta un criterio interpretador argumentado según una pauta de ponderación.
- ✓ El *nasciturus* en el ordenamiento jurídico colombiano es sujeto de protección por su potencialidad a

la vida, aun así se dan una serie de garantías a la mujer gestante para afirmar el Estado Social de Derecho.

Las medidas para proteger la vida del *nasciturus* nunca deben atentar contra la dignidad o vida de la mujer, así lo cita la corte en la Sentencia T-988/2007. “Es preciso insistir en que a partir de lo establecido en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-355 de 2006, la protección del valor de la vida del *nasciturus* no puede hacerse equivalente al amparo que confiere el ordenamiento constitucional a los derechos de la mujer gestante. Cualquier medida que se adopte para amparar el valor de la vida del que está por nacer, debe evitar poner en entredicho el derecho de la mujer gestan-

te a su vida y a su salud integral; ha de impedir el desconocimiento del derecho de la mujer gestante a vivir libre de violencia, de humillaciones y de discriminación injustificada. Debe orientarse, en suma, a garantizar la protección de la dignidad humana de la mujer gestante, su libertad e integridad física y psíquica”¹⁶.

8. Conclusiones

Según el análisis de las sentencias expuestas sobre la objeción de conciencia podemos determinar que es un derecho del fuero interno, de manera que puede invocarse solo de forma individual y nunca institucional.

Como regla general en el desarrollo de la línea se observa un pronunciamiento similar entre las sentencias, donde la Corte

acepta la objeción de conciencia del médico como una eximente para la práctica de la IVE, siempre y cuando el médico que la invoque remita de manera inmediata y/o garantice a la mujer, la prestación adecuada y segura del servicio que solicita, sin detrimento de sus derechos fundamentales. Y excepcionalmente en los casos que solo hay un profesional de la salud, para realizar dicha práctica imposibilitando la remisión a otro médico o entidad de salud la objeción de conciencia no es aceptada como eximente, ya que prevalecerá el derecho a la vida de la mujer sobre el derecho a la libertad de conciencia del médico, luego de un ejercicio constitucional de ponderación de derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior se puede afirmar que estamos ante un caso de constitucionalidad moderada, dado que el papel de la Corte es el de sentar a partir de su interpretación una posición donde ambas partes queden satisfechas, armonizando la relación entre los principios constitucionales y la labor médica.

16 Sentencia T-988/2007.

¿Qué tipo de justicia transicional resulta más adecuada a implementar en el caso colombiano, en el marco de la negociación entre los grupos insurgentes y el gobierno, en pos de concretar el derecho síntesis de la paz?

Cartagena Durango María Enelia
Colorado Henao Margarita María
Echavarría Zapata Martha Lucía
González Sandoval Alba Rosa
Ruiz Ruiz Luis Fernando
Serna Ruiz Luis Alberto

Ensayo para el Proyecto integrador III

Docente - Asesor

Wilberto Teherán Lopera

Facultad de Derecho

UNISABANETA

Sabaneta - Antioquia

2013

Contenido

| | |
|-----|---|
| 95 | 1. Justicia |
| 95 | 2. Derechos humanos en la humanidad |
| 97 | 3. La paz |
| 98 | 4. Violencia |
| 100 | 5. Justicia transicional |
| 103 | 6. Estrategias políticas |
| 107 | 9. Resultados concretos que materialicen la superación del conflicto político |
| 107 | 10. Qué es el conflicto |
| 111 | Referencias |

1. Justicia

El paso que debe anteceder a la consideración de una clase específica de justicia para hacerle frente al conflicto armado es la definición misma de justicia y todo lo que ello pueda implicar para el desarrollo del proceso de paz.

Existe un elemento muy importante en lo referente a justicia y es la necesidad de mantener la armonía entre sus miembros, lo que implica la existencia de la norma, pues es esta la directriz que permite establecer en el campo de acción de cada integrante de un grupo social, de forma tal que cada uno tenga la posibilidad de actuar libremente, pero sin causar una afectación negativa a otro(s).

Esto nos permite concluir que existe una relación estrecha e inquebrantable entre justicia, norma y derecho.

Además y partiendo de la definición básica de justicia, si esta trata de dar a cada uno lo que le pertenece, entonces es fundamental que las víctimas reciban algo más que una posición de espectadores para presenciar cómo se toman decisiones a pesar de ellos y se les deja con las manos vacías.

Teniendo en cuenta que al hablar de justicia se hace referencia a la equidad, es decir, a dar a cada uno lo que le pertenece, entonces es evidente que en este proceso de paz que tanta alusión hace a la justicia, es indispensable la participación de la sociedad para que así pueda defenderse algo más que los intereses particulares de los actores armados del país.

Si actualmente se quiere tener una idea clara de lo que es justicia y no perdernos en un mar de definiciones, entonces basta con decir que la justicia de una sociedad se mide por la posibilidad que tienen las personas para poder ejercer sus derechos humanos.

2. Derechos humanos en la humanidad

Aunque las posturas frente al asunto de los derechos humanos son muy variadas, nos centraremos en las adoptadas por la tradición liberal, la tradición socialista y la tradición demócrata.

2.1. Tradición liberal.

Para los abanderados de esta tradición, el “supremo valor humano está constituido por la libertad individual que ningún poder puede vulnerar...se busca defender la libertad individual de la intromisión o imposición del estado ostentador del poder”¹.

Bajo esta teoría se ampara el argumento del bien por el bien mismo, ya que promueve el principio “mis derechos dejan de serlo cuando perjudican los derechos de los demás”.

1 “Conflicto urbano y cotidianidad” planteado por el grupo “Territorio” de la Universidad Pontificia Bolivariana.

“Los derechos propios de la tradición liberal son los que garantizan la independencia de los individuos frente a la sociedad y el Estado. El derecho a la vida encabeza la lista, ya que sin este los demás derechos y libertades no son posibles, por tal razón ha recibido la denominación de derecho continente.

También se encuentra dentro de esta categoría de derechos el concerniente a la integridad física y moral que condena cualquier tipo de violencia (tortura, desaparición, reclusión arbitraria, tratos inhumanos) y se exige del Estado un deber de garantizar a los ciudadanos seguridad para sus vidas y bienes. Del mismo modo se consagra el derecho a la intimidad y su respeto: buen nombre, reputación, dignidad, y el derecho a que la propiedad como desarrollo de la libertad personal cuente con una protección por parte del Estado”².

Respecto a la teoría propuesta por este tipo de tradición hay bastante que cuestionar si se hace alusión al conflicto colombiano.

Está la violación del derecho continente como le han llamado algunos teóricos al derecho a la vida; situación que se nos ha hecho paisaje debido al manejo que los medios de comunicación le han dado a esta problemática social; a nuestra indiferencia fruto también de la razón primera que se mencionó; a la intimidación que sufren los que tratan de visibilizar y dar un rostro a todas las víctimas de homicidio y que en muchos casos terminan en las mismas condiciones de aquellos a los cuales defienden, torturado y/o desaparecidos ante la mirada de un Estado que por muchas razones queda impotente o que en el peor de los casos es el ALIADO DEL DIABLO y se convierte en un victimario más

del pueblo; ¿o cómo más puede llamarsele a un ejército o gobierno que hace alianzas con grupos armados al margen de la ley en su afán egoísta e inhumano de recibir ascensos y reconocimientos a costa de la sangre y el dolor de aquellos que ven en ellos a los garantes de sus derechos?

2.2. “Tradición socialista

La libertad en la tradición socialista es entendida como la posibilidad real de satisfacer necesidades materiales y espirituales básicas; la liberación de la miseria y el hambre para lograr el desarrollo de una vida humana plena. Es el Estado quien debe buscar la redistribución equitativa de los bienes y propiedades para obtener el derecho a una vida digna. Aquí el derecho a la vida es de gran importancia, aunque va más allá de la integridad física; aquí se busca garantizar los medios materiales de existencia que permitan el acceso a bienes primarios (alimentación, vestido, vivienda), se presenta la necesidad de mejorar los métodos de producción por parte del Estado y el llamado a los países más ricos a asumir una distribución equitativa de los alimentos mundiales según las necesidades”³.

Esta teoría lleva a un gran cuestionamiento en un país como Colombia, catalogado como uno de los países más inequitativos del mundo no por falta de recursos sino por la corrupción imperante de la gran mayoría de aquellos que ostentan el poder y le dan la espalda al pueblo que los eligió.

Más precisamente lo encontramos en las siguientes palabras citadas: “Antes que igualdad frente a la ley se requiere igualdad de medios; la idea de igualdad es en-

tendida desde Aristóteles como una forma de justicia”⁴. O en palabras del mismo Aristóteles “parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo... “La justicia según la igualdad se condensa en la conocida fórmula de “Lo igual para los iguales, y lo desigual para los desiguales”⁵.

2.3. Tradición demócrata

“La tradición demócrata concibe la idea de libertad como participación en el poder, como manifestación de la voluntad general; el individuo necesita su autonomía pero reclama una participación como ciudadano frente a la política y al espacio público, el Estado es el reflejo de la sociabilidad. Se destaca el papel del ser humano como ciudadano y privilegia por consiguiente los derechos de participación política o derechos de la democracia”⁶.

Según esta tradición, “los verdaderos derechos del hombre son los derechos del ciudadano como derechos políticos de participación en el poder, que de un lado suponen los derechos de libertad, y del otro garantizan, por su misma existencia, la toma en cuenta de las exigencias de solidaridad o de hermandad”⁷.

Aunque nuestra sociedad es de tradición democrática y no sufrimos las dictaduras que sufren otros países, todavía nos falta tener un pueblo mejor informado para que sea consciente al momento

de hacer uso de su derecho al voto y por medio de él a ejercer la democracia de una mejor manera e impidiendo que sean siempre los mismos corruptos quienes gobiernan el país a partir de un aval dado por un pueblo desinformado, manipulado y con problemas de memoria.

3. La paz

En el derecho a la paz se contienen todos los demás derechos, pues para que haya paz se requiere del cumplimiento de los otros derechos humanos, porque, qué es la paz sino un conjunto de derechos garantizados y ejercidos eficazmente.

Pero entonces hay que hacer mención a algunos conceptos de paz que han permitido tener una idea más clara de las razones que generan violencia, y por lo tanto, de las formas de superarla.

Entre las teorías más fuertes está la que argumenta que existe una paz positiva y una paz negativa (Johan Galtung)

3.1. Paz negativa

La paz negativa se caracteriza por una tensa calma, lo que se suele denominar guerra fría. También se denomina paz negativa a aquella que no hace uso de la violencia directa, pero que igualmente y vista con una mirada más amplia contribuye a generar cimientos para que se presente la violencia directa. La paz negativa tiene una estrecha relación con la violencia estructural, ya que en muchas ocasiones esta no se percibe debido a la indiferencia o la idea reduccionista de lo que es violencia, pero se buscan las razones que llevan a la violencia directa, se pueden encontrar en la mayoría de los casos en todas aquellas situaciones que día a día vemos pasar frente a nuestros ojos y que catalogamos como normal.

4 Ibídem.

5 Aristóteles. *Ética Nicomaquea* (1129b). Citado por: Ruíz, Miguel, Alfonso., Op. Cit. p. 35.

6 *Conflicto urbano y cotidianidad*” Op. Cit.

7 Op. Cit.

Para poner un ejemplo acorde tenemos el caso del conflicto colombiano; si se quiere tener una idea global de su origen, puede recurrirse a una de las formas de violencia estructural (la violencia estructural es una forma de violencia indirecta): la represión que provocó la privación de los derechos humanos de algunos miembros de la sociedad; lo que llevó a que algunas personas se alzaran en armas pretendiendo reclamar el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, hecho que terminó en el bárbaro desierto en medio del cual vivimos actualmente.

3.2. Paz positiva

“Supone un nivel reducido de violencia directa a un nivel elevado de justicia. Se persigue la armonía social, la igualdad, la justicia y, por lo tanto, el cambio radical de la sociedad... la paz positiva no involucra renuncia a los desacuerdos presentes, involucra en contraer el nuevo compromiso en el método en el cual resolvemos esos conflictos, aplicando un elevado concepto de justicia”⁸.

Aunque tiene tintes utópicos no está de más que este tipo de paz sea la que nos motive y el referente a seguir para nuestra sociedad convulsionada, pues los desacuerdos no son un problema en sí mismos, el verdadero problema está en nuestra incapacidad para darles solución.

4. Violencia

Es un comportamiento deliberado que puede provocar daños físicos o psíquicos al prójimo. Es importante tener en cuenta que, más allá de la agresión física, la violencia puede ser emocional mediante ofensas o amenazas. Por eso la violencia

puede causar tanto secuelas físicas como psicológicas.

La violencia busca imponer u obtener algo por la fuerza. Existen muchas formas de violencia que son castigadas como delitos por la ley. De todas formas, es importante tener en cuenta que el concepto de violencia varía según la cultura y la época.

4.1. Violencia directa

Toda aquella acción agresiva o destructiva (física y/o verbal) contra las personas, la colectividad o la naturaleza, y que tiene objetivos diferentes; lucro personal y/o intereses políticos. Tiene como principal característica diferenciadora lo visible de sus efectos; básicamente materiales, pero también se pueden presentar otros menos visibles (odios, traumas psicológicos). En este tipo de violencia se presenta un abuso de la fuerza (o poder). Robos, asesinatos, daños contra los recursos naturales o ataques a inmuebles son algunas de las manifestaciones más habituales de este tipo de violencia.

A este tipo de violencia hemos llegado tras años de intimidación indirecta; a diario vemos y/o escuchamos en los medios de comunicación como se vulneran derechos de personas, comunidades completas, o de los recursos naturales del país en pro de la ambición de unos cuantos. Se nos hizo costumbre la muerte violenta, los robos, amenazas, maltrato físico, y verbal hacia los niños y mujeres, discriminación por razones de color de piel, de preferencias sexuales o creencias religiosas, entre otras. Además, los gobernantes de turno suelen facilitarle a extranjeros o nacionales adinerados el daño, en muchos casos irreversible, de los recursos del país; lo cual agrava la situación que se viene presentando desde hace ya varios años y que últimamente se ha agudizado debido a la

explotación excesiva de recursos por parte de los grupos al margen de la ley.

4.2. Violencia indirecta

Son las acciones que no están diseñadas y realizadas directamente con el fin de causar daño, sino que son derivaciones de las políticas o acciones iniciales. Este tipo de violencia es una de las formas que lleva a la violencia directa. **La violencia estructural es una forma de violencia indirecta.**

4.3. Violencia estructural

Se considera la más peligrosa (cultural, directa y estructural), pues es la que se origina, a través de diversos sistemas, como consecuencia de no poder o no ver satisfechas las necesidades que se tienen. La violencia estructural es “aquello que provoca que las realizaciones efectivas, somáticas y mentales, de los seres humanos estén por debajo de sus realizaciones potenciales”⁹.

El término violencia estructural es aplicable en aquellas situaciones en las que se produce un daño en la satisfacción de las necesidades humanas básicas (supervivencia, bienestar, identidad o libertad) como resultado de los procesos de estratificación social, por tanto, no hay la necesidad de violencia directa. El término violencia estructural remite a la existencia de un conflicto entre dos o más grupos sociales (normalmente caracterizados en términos de género, etnia, clase, nacionalidad, edad u otros) en el que el reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos es resuelto sistemáticamente a favor de alguna de las partes y en perjuicio de los demás,

debido a los mecanismos de estratificación social¹⁰.

La violencia estructural es una forma de violencia indirecta.

“La violencia estructural se conforma de tres tipos de violencia: la pobreza que provoca la privación de las necesidades humanas básicas; la represión que provoca la privación de los derechos humanos y la alienación que provoca la privación de los derechos humanos y políticos”¹¹.

Teóricamente se habla de dos tipos de violencia estructural:

4.3.1. Violencia estructural vertical: “es la represión política, la explotación económica o la alienación cultural que violan las necesidades de la libertad, bienestar e identidad, respectivamente”¹².

4.3.2. Violencia estructural horizontal: “separa a la gente que quiere vivir junta, o junta a la gente que quiere vivir separada. Viola la necesidad de identidad”¹³.

La información aportada sobre la violencia estructural nos permite tener una idea más clara y visionaria de las posibles soluciones del conflicto, ya que brinda una mirada de las causas básicas que alimentan la violencia.

4.4. Violencia cultural

Crea un marco legitimador de la violencia y se concreta en actitudes. Se manifiesta a través de obras de arte, la ciencia o la religión, entre otras áreas. La violencia cul-

9 Galtung, Johang, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Bilbao: Bakeaz/Gernika-Lumo: Gernika Gogoratuz, 1998.

10 Ibídem.

11 Galtung, J., Ibídem.

12 Documento Colectivo Utopía Contagiosa.

13 Ibídem.

tural y la violencia estructural, son menos visibles, en ellas intervienen más factores, razón por la cual detectar su origen, prevención y remedio es más complicado.

En palabras bastantes claras de Galtung la violencia cultural “se expresa también desde la afinidad de medios (simbolismos, religión, ideología, lenguaje, arte, ciencia, leyes, medios de comunicación, educación, etc.) y que cumple la función de legitimar la violencia directa y estructural, así como de inhibir o reprimir la respuesta de quienes la sufren, y ofrece justificaciones para que los seres humanos, a diferencia del resto de especies, se destruyan mutuamente y sean recompensadas incluso por hacerlo”¹⁴.

A veces la forma más sutil de violencia se nos cuela por debajo de la puerta y nos encontramos a nosotros mismos lanzando justificaciones pobres y erradas cerca de la conducta violenta de unas personas contra otras; y es que la violencia de tipo cultural es una forma bajo la cual se hace más fácil caer, pues no es tan visible como la violencia directa y se acuña en las costumbres, lo que la hace más difícil de identificar y solucionar.

5. Justicia transicional

Ahora y antes de sugerir una u otra forma de justicia transicional como la más acertada a implementar para alcanzar el derecho síntesis de la paz, tras una negociación con los grupos insurgentes del país, se debe hacer mención en la tipología de la misma para poder tener así una mayor claridad acerca de las razones por las cuales se argumenta a favor de unas y no de otras.

A saber existen algunas variaciones de justicia transicional según diferentes autores, pero básicamente se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Procesos transicionales por el contenido de la fórmula de transición adoptada:
 - Perdones amnésicos
 - Perdones compensadores
 - Perdones responsabilizantes
 - Transiciones punitivas
- Procesos transicionales por el procedimiento de adopción de la fórmula de transición adoptada:
 - Justicia impuesta
 - Autoamnistías
 - Perdones recíprocos
 - Transiciones democráticamente legitimadas

De acuerdo a las características de cada forma de justicia transicional que se irá describiendo se alcanza una idea más clara de cuál es el tipo de justicia transicional que resulta más conveniente para dar solución al conflicto armado colombiano.

5.1. Formas de justicia transicional

5.1.1. La justicia impuesta. Se caracteriza por una imposición de la justicia por un soberano o por la parte victoriosa en un conflicto y se basa en castigar unilateralmente a los infractores de los derechos humanos e imponer un nuevo orden democrático fundado en su respeto. Como ejemplo de esta forma de justicia encontramos los casos Bosnia y Núremberg¹⁵.

14 Galtung, J, Op. Cit.

15 Uprimny Yepes, Rodrigo; Lasso Lozano, Luis Manuel. *Justicia Transicional en pers-*

Ahora bien, si trasladamos este ejemplo al caso colombiano se observa que no resulta viable, ya que un actor armado no goza éticamente de la capacidad para juzgar unilateralmente a otro actor armado, pues aquel también ha cometido crímenes que violan gravemente los derechos humanos.

5.1.2. Autoamnistías. En este tipo de justicia los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías como condición para permitir la transición. La premisa de este tipo de justicia es dejar impune los crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos por los victimarios, a fin de que estos permitan que la transición a la democracia tenga lugar. Ejemplos que se pueden citar: Argentina y Chile¹⁶.

Teniendo en cuenta esta definición contenida en el documento de autoría de Rodrigo Uprimny, claramente podemos afirmar que este mecanismo aunque se defina como una forma de justicia transicional, no resulta ser nada justo, ya que violadores de mujeres, reclutadores de niños y homicidas de personas a las cuales les arrebatan hasta el derecho de permanecer neutros frente al conflicto, torturadores y usurpadores de las tierras que le pertenecen a aquellos que trabajan de sol a sol, sean quienes determinen

que la transición tenga lugar y que aparte de todo excluyan a los demás sectores que conforman nuestra sociedad; definitivamente esta sería una forma de perpetuar la violencia a partir del rencor originado en la evidente transgresión de

pectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=53.

16 Ibídem.

los derechos de las víctimas del conflicto y de la sociedad en general.

5.1.3. Perdones recíprocos. En esta modalidad de justicia transicional los actores armados de una guerra civil se conceden perdones recíprocamente, como consecuencia de un acuerdo de paz logrado entre ellos. La lógica subyacente de esta forma de justicia es la posibilidad de perdonar a los otros actores armados a cambio de ser ellos perdonados en pro de la reconciliación nacional¹⁷.

Esta forma de justicia transicional es contradictoria pues no se puede hablar de reconciliación nacional cuando los actores armados niegan la posibilidad de participación de las víctimas y demás actores de la sociedad. Y al igual que las autoamnistías esta modalidad no permite que racionalmente se sanen heridas, pues es una omisión al derecho que tienen las víctimas de conocer la verdad y participar en lo que debería ser un proceso de reconciliación que permitiera reiniciar a partir de la sensación de legalidad y no con lo que resulta ser una trampa a la justicia.

5.1.4. Transiciones democráticamente legitimadas. Sus características principales son el alcance a la transición a través de negociaciones de paz entre los actores armados, de discusiones sociales más amplias e incluso de formas de consulta a la ciudadanía. La lógica subyacente de esta modalidad de justicia transicional es la de garantizar la participación activa de la sociedad civil en general, y de las víctimas en particular, en el proceso transicional, a fin de dotarlo de legitimidad democrática¹⁸.

17 Ibídem.

18 Ibídem.

Viendo la situación desde lo ideal, esta forma de justicia, debido a sus características, es la más prometedora frente a la importancia de reconstruir el tejido social, ya que se trata de negociaciones de paz entre los actores armados, que entendiéndolo desde su forma básica, significa que debe haber un acuerdo en el cual todas las partes del conflicto ceden terreno, pero igualmente reciben algo a cambio; esto lleva a que todos se vean en el deber de comprometerse con el proceso de transición hacia la paz. Además, hay algo relevante en este modelo y es la importancia que se le da a la participación de las víctimas en particular y a la sociedad en general.

5.2. Tipos de perdón

Otro de los temas que es imposible dejar de lado son los tipos de perdón, los cuales van de la mano con los derechos humanos que se hayan vulnerado. De estos últimos los más vulnerados, en el marco del tema tratado, son:

- El derecho a la vida
- El derecho a la integridad personal-física, psíquica y moral
- El derecho a la libertad de expresión
- El derecho a circular y residir en el territorio de un Estado
- EL DERECHO A VIVIR EN PAZ

Y aunque no hayan sido mencionados todos los derechos humanos, es importante hacer claridad en que unos guardan relación con los otros, y en muchas ocasiones la vulneración de uno o algunos de ellos llevan a que se vulneren los demás.

5.2.1. Los perdones “amnésicos”. Se trata de amnistías generales, que no con-

templán estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas y que como lógica subyacente se basa en la idea de facilitar las negociaciones entre los actores, y la reconciliación nacional a través del olvido¹⁹.

Desde todo punto de vista resulta incorrecto adoptar una posición de apoyo a una forma de perdón que desconoce el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas, pues esto en lugar de lograr la tan anhelada reconciliación nacional, se convierte en una fuente generadora de rencor que luego puede desencadenar actos de violencia aún mayores.

5.2.2. “Los perdones compensadores”. Consiste en amnistías generales acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas. Su lógica subyacente consiste en compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de la reparación de las víctimas²⁰.

La dificultad para implementar este tipo de perdón en Colombia obedece a la imposibilidad de ir en contra de la obligación internacional de castigar a los responsables de crímenes que albergan tanta gravedad como los que se han perpetrado en nuestro país. Además, sacrifica el derecho que tienen las víctimas a la verdad y la reparación.

5.2.3. “Perdones responsabilizantes”. Sus características básicas son el establecimiento de una comisión de verdad, la exigencia de la confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones y el otorgamiento de perdones indivi-

19 Ibídem.

20 Ibídem.

duales y condicionados para algunos crímenes. Su lógica subyacente es lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y perdón, que haga posibles la transición y la reconciliación, intentando individualizar responsabilidades²¹.

Esta forma de perdón es bastante completa, pues tiene en cuenta el derecho de las víctimas a conocer la verdad, a ser reparadas, promueve el equilibrio entre perdón y justicia, y así ninguna de las partes queda con las manos vacías; propone además una implementación de justicia de acuerdo al crimen cometido y al grado de compromiso con el proceso de consecución de la paz. Aquí verdaderamente estamos hablando de negociación, de diálogos de paz.

5.2.4. Transiciones punitivas. Corresponden al establecimiento de tribunales *ad hoc* para castigar a los responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Su lógica subyacente es que solo por medio del castigo de los responsables es posible fundar un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los derechos humanos²².

Esto es inadmisibles desde todo punto de vista, ya que no tiene en cuenta lo primordial de lograr verdad, justicia y reparación para las víctimas; y en este caso es imposible fundar un orden democrático que respete los derechos humanos, pues se habrá cimentado en la violación de los mismos, en su sacrificio, y así no puede existir perdón ni un verdadero comienzo.

Entonces ante la pregunta ¿qué tipo de justicia le conviene a Colombia? Puede afirmarse que nuestro país necesita de una

justicia de transiciones democráticamente legitimadas, pues este modelo contempla la negociación de las partes y no una imposición de una de ellas; permite que se dé el respeto por el derecho que tienen las víctimas a conocer la verdad, a ser reparadas en alguna forma específica; permite algo tan importante como lo es la participación de la sociedad civil en general en el fruto del proceso de negociación del conflicto; cumple con las exigencias de tipo jurídico, político y ético, razón por la cual da cumplimiento a los requisitos internacionales en cuanto a conflictos se refiere, haciendo de este un proceso legítimo. Este tipo de justicia se encuentra unida a perdones responsabilizantes, lo cual permite que se dé el respeto por los requisitos éticos de verdad, justicia, y reparación; perdones individuales y condicionados, que impiden la impunidad; aunque es innegable que al tratarse de una negociación ambas partes deben ceder en sus pretensiones de una u otra forma; teniendo en cuenta el respeto por el derecho a la verdad, la justicia y la reparación, vale la pena ceder cuando de la consecución de la paz se trata. Como en cierta forma lo plantea Humberto de la Calle Lombana, toca tragarse ese sapo para poder alcanzar el fin de las negociaciones: la paz.

6. Estrategias políticas

Las estrategias políticas pactadas son una forma de llevar a buen término un proceso de negociación que bajo el marco jurídico puede llegar a truncarse, pues no se puede desconocer que la justicia transicional seguida de forma rígida no garantiza necesariamente los resultados esperados, que básicamente se traducen en uno solo: la paz.

Las estrategias políticas planteadas y acordadas en la agenda son las siguientes:

21 Ibídem.

22 Ibídem.

I. Política de desarrollo agrario integral. Este es determinante para impulsar la integración de las regiones y el desarrollo social y económico equitativo del país. Tierras improductivas. Formalización de la propiedad. Frontera agrícola y protección de zonas de reserva.

- a. Acceso y uso de la tierra.
- b. Programas de desarrollo con enfoque territorial.
- c. Infraestructura y adecuación de tierras.
- d. Desarrollo social: salud, educación, vivienda, erradicación de la pobreza.
- e. Estímulo a la producción agropecuaria y a la economía solidaria y cooperativa. Asistencia técnica. Subsidios. Crédito. Generación de ingresos. Mercadeo. Formalización laboral.
- f. Sistema de seguridad alimentaria²³.

II. Participación política.

- a. Derechos y garantías para el ejercicio de la oposición política en general, y en particular para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del acuerdo Final. Acceso a medios de comunicación.
- b. Mecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa, en los diferentes niveles y diversos temas.
- c. Medidas efectivas para promover mayor participación en la política

nacional, regional y local de todos los sectores, incluyendo la población más vulnerable, en igualdad de condiciones y con garantías de seguridad²⁴.

III. Fin del conflicto.

Proceso integral y simultáneo que implica:

1. Cese al fuego y de hostilidades bilaterales y definitivas.
2. Dejación de las armas. Reincorporación de las FARC-EP a la vida civil, en lo económico, lo social y lo político, de acuerdo con sus intereses.
3. El gobierno Nacional coordinará la revisión de la situación de las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC-EP.
4. En forma paralela el Gobierno Nacional intensificará el combate para acabar con las organizaciones criminales y sus redes de apoyo, incluyendo la lucha contra la corrupción y la impunidad, en particular contra cualquier organización responsable de homicidios y masacres o que atente contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos.
5. El Gobierno Nacional revisará y hará las reformas y los ajustes institucionales necesarios para hacer frente a los retos de la construcción de la paz.
6. Garantías de seguridad²⁵.

23 Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera suscrito en agosto de 2013 p. 3.

24 *Ibidem.* 3.

25 *Ibidem.* p. 4.

IV. Solución al problema de las drogas ilícitas.

1. Programas de sustitución de cultivos de uso ilícito. Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos.
2. Programas de prevención del consumo y salud pública.
3. Solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos²⁶.

V. Víctimas.

1. Derechos humanos de las víctimas.
2. Verdad²⁷.

VI. Implementación, verificación y refrendación.

1. Mecanismos de implementación y verificación.
 - a. Sistema de implementación, dándole especial importancia a las regiones.
 - b. Comisiones de seguimiento y verificación.
 - c. Mecanismos de resolución de diferencias.

Estos mecanismos tendrán capacidad y poder de ejecución y estarán conformados por representantes

de las partes y de la sociedad según el caso.

2. Acompañamiento internacional.
3. Cronograma.
4. Presupuesto.
5. Herramientas de difusión y comunicación.
6. Mecanismos de refrendación de los acuerdos²⁸.

Herramientas jurídicas. A la hora de refrendar el proceso de justicia que actualmente se adelanta en nuestro país se tienen varias opciones.

Lastimosamente no se puede desconocer que en nuestro país se torna bastante difícil lo concerniente a la participación de la sociedad, y particularmente de las víctimas, pues es innegable que el derecho a la libre expresión es uno de los que nos ha costado el exilio, desaparición o muerte de muchos colombianos. A esto se le suma la complejidad que acarrearía la implementación de mecanismos como la asamblea constituyente, una consulta popular, un referendo, un plebiscito o un listado de leyes.

Para comenzar está la Asamblea Constituyente, la cual permite reformas tan amplias de la Constitución que pueden terminar por volverse en contra no solo del proceso sino también de otros pilares constitucionales, que aunque vulnerados, pueden ser defendidos en algún momento por los colombianos siempre y cuando estén consignados en la Constitución, pero en caso de optar por este mecanismo de participación sin la debida claridad que

26 *Ibidem.*, p. 5.

27 *Ibidem.*, p. 5.

28 *Ibidem.*, p. 5.

debe primar en la sociedad colombiana, a la larga se pueda dejar al país aún más expuesto ante tanto criminal o corrupto disfrazado de padre benevolente de la patria.

Otro de los mecanismos es la consulta popular, que en el histórico nacional no cuenta con resultados positivos, ya que se requiere de una tercera parte del censo electoral (más de diez millones de participantes).

El referendo tiene múltiples características que lo harían lento y posiblemente inoperante; a saber debe ser aprobado por el Congreso y su validez depende de la participación de la cuarta parte de los votantes registrados en el censo electoral (más de 7,5 millones de personas), además se debe contar con casi dos millones de firmas previas al mismo. A esto se le suma que si el referendo considera varias propuestas, algunas pueden llegar a ser aprobadas y las otras no.

Está el plebiscito, que requiere de la participación de 16 millones de personas, lo cual, en un país con poca cultura de voto, es un factor que le resta viabilidad.

A todos estos mecanismos de participación ciudadana se le suma una constante en nuestro país; el votar sin conocer a favor o en contra del que se está votando. Por este motivo sería fundamental que toda la población fuera correctamente informada acerca de los efectos de sus diversas posibilidades de voto en un momento dado. La única traba en este sentido es la manipulación innegable que se puede evidenciar en muchos de los procesos que se han adelantado en nuestro país y en los cuales ha primado la corrupción y posterior afectación de los colombianos, ya que aquellos que los lideran se caracterizan por un interés particular, y los que quieren ser transparentes con la sociedad son víctimas de amenazas, el exilio u homicidio.

Finalmente está la posibilidad de aprobar un compendio de leyes que vinculen los acuerdos, pero este dependería de la decisión tomada por el Congreso, lo que puede ocasionar un cambio significativo entre lo que se acuerde en la Habana y lo que interprete el Congreso.

Aunque no se tenga claridad respecto al mecanismo de participación ciudadana, no se debe descartar la importancia de la intervención de esta en las decisiones tomadas en la Habana.

Este asunto requiere de una mirada con lupa que permita alcanzar un balance entre los indultos aplicables a los victimarios, que sin duda alguna están buscando, y el derecho de participación activa de las víctimas y el resto de la sociedad. Se requiere de un mecanismo que facilite la información, opinión y posibilidad de sugerencias para la solución del conflicto.

Lo que sí debe quedar completamente claro es la prohibición expresa de las amnistías totales y los indultos indiscriminados, ya que esto atenta por completo contra los derechos humanos de las víctimas, sus familiares y el resto de la sociedad; además está prohibido tajantemente por el Derecho Internacional, lo cual les restaría legitimidad e iría en contra de uno de los puntos acordados: el acompañamiento internacional.

Exigencias éticas. Para que los diálogos de paz puedan contribuir verdaderamente a la consecución de una paz duradera se requiere del compromiso de ambas partes con la verdad para las víctimas y el resto de la sociedad, la justicia, la reparación y sobretodo la NO REPETICIÓN.

La sociedad merece conocer, no de una manera amarillista pero sí sincera, quiénes y cómo participaron de los crímenes cometidos.

Queda claro que no son admisibles los indultos indiscriminados y las amnistías totales, pues son un insulto no solo para las víctimas sino para la sociedad en general. Si se comete un crimen se debe estar dispuesto a enfrentar sus consecuencias ante la ley o ante las disposiciones de un acuerdo en el cual participen todas las partes que hayan o puedan llegar a verse afectadas.

Aunque las víctimas jamás podrán reconstruir en su totalidad la vida que tenían, sí es justo que se les reconozca, económicamente hablando, todo o gran parte de lo que perdieron. Y respecto a lo psicológico merecen un constante acompañamiento que les ayude no a olvidar, lo cual es imposible, pero sí a superar los traumas que deja toda guerra.

A las víctimas no solo se le debe reconocer derechos, lo más importante es que se les garantice la posibilidad de ejercerlos indefinidamente.

Y lo más importante dentro del acuerdo es la NO REPETICIÓN, pues en caso contrario se hablaría de una burla a las víctimas y a la sociedad en general, que a pesar de los incesantes abusos por parte de los grupos al margen de la ley aún confían en que puedan llegar a comprometerse con la paz del país. Y nada sería más diciente para nuestra sociedad que la **no repetición** de los crímenes que han desangrado el pueblo colombiano durante **tantos años**.

9. Resultados concretos que materialicen la superación del conflicto político

La respuesta a la superación del conflicto se haya básicamente en el respeto de la exigencias éticas.

No existe una mayor muestra de compromiso por parte de las FARC-EP, que

el cese de las hostilidades contra los colombianos y la no repetición de crímenes. Pero para que esto sea posible se requiere también del compromiso del Estado como garante de los derechos humanos de toda una sociedad.

En vista de lo mencionado al final del párrafo anterior, debe hacerse alusión entonces a la necesidad de reestructurar los estamentos que hacen parte del Estado y que han participado de los crímenes cometidos contra el pueblo colombiano, pues para que se pueda superar el conflicto se requiere de confianza en aquellos que nos representan y que deberían de cumplir su función de respetar, garantizar y mantener el ejercicio de los derechos humanos de toda una sociedad.

Es fundamental el reconocimiento de los derechos humanos y la garantía de poder ejercerlos gracias al respaldo del Estado y al compromiso de NO REPETICION por parte de los actores del conflicto. Debe hacerse claridad en las consecuencias legales, políticas, y específicamente penales, que acarrearía el incumplimiento del acuerdo, caso en el cual se deben perder los privilegios que se hayan recibido gracias al acuerdo de paz.

Pero cuando se habla de cumplimiento de compromiso en el acuerdo no solo se alude a las FARC-EP, sino que también se está haciendo referencia al Estado, el cual debe implementar, evaluar y corregir las acciones que sean fruto de lo acordado. Además, debe tenerse en cuenta que el ostentar el título de mayor garante de los derechos humanos, es parte de su función; el respeto, garantía y respaldo al ejercicio de los derechos en mención.

10. Qué es el conflicto

A continuación se contemplan varias definiciones.

Diccionario de sociología de Luciano Gallino. Tipo de interacción más o menos consciente entre dos o más sujetos individuales o colectivos caracterizada por una divergencia tal de objetivos simultáneamente, que hace objetivamente necesario, o subjetivamente indispensable, a cada una de las partes, neutralizar o desviar hacia otros objetivos o impedir la acción de la otra parte, aún si esto comporta infligir conscientemente un daño o sufrir costos relativamente elevados frente al objetivo que se persigue²⁹.

Diccionario de sociología de Helmut Schoeck. (Agresión – Etnocentrismo – Lucha – Prejuicio). Es toda rivalidad. Posible o realmente existente, que por regla general se da entre dos posiciones que pueden estar ocupadas por individuos o por grupos de todas las magnitudes³⁰.

Diccionario de sociología de Henry Pratt Fairchild. Proceso – situación en el que dos o más seres o grupos humanos tratan activamente de frustrar sus respectivos propósitos, de impedir la satisfacción de sus intereses recíprocos, llegando, incluso, a lesionar o destrozar al adversario. El conflicto tiene su origen en el principio de limitación de un universo finito. Los deseos y los intereses de los seres conscientes se oponen recíprocamente y el egoísmo impele a cada parte a tratar de eliminar a la contraria en la medida necesaria para la satisfacción de sus propios deseos. Por analogía puede ampliarse el término hasta

incluir la lucha por objetos inanimados o subhumanos, pero en su significación sociológica todas las partes que intervienen en el conflicto deben ser seres humanos³¹.

El conflicto en Jürgen Habermas. Habermas parte de la existencia del conflicto (en realidad de los conflictos) y señala la posibilidad de utilizar los recursos ideológicos democráticos para la solución del conflicto en concreto, pues la posibilidad del conflicto en general nunca se elimina.

“El conflicto no es en sí mismo un caos, sino que sigue una forma pautada que tiene una lógica, que es comprensible en sus elementos, que se deja leer. Hasta la forma más radical del conflicto, como es la guerra, tiene una serie de pautas a seguir”.

“Es fácil señalar que según los conceptos de conflicto, estos surgen en torno a la distribución de recursos escasos, o a los valores que rigen los grupos sociales, e incluso, sobre la definición de las reglas que rigen o gobiernan los sistemas de interacción”.

“Lo que define el conflicto es la divergencia, es la contraposición de las necesidades y de intereses, es la disputa por los recursos de cualquier naturaleza. Siguiendo a Hobbes, encontraríamos que la agresión –que sería una expresión clásica del conflicto– se ubica como uno de los cuatro grandes instintos o fuerzas elementales del comportamiento del hombre, siendo los otros tres; la tendencia a la reproducción de la especie, la búsqueda de la comida y la tendencia a sentir temor y repeler con el dolor. Entonces, el conflicto surge cuando las partes perciben que uno o varios de los fines, propósitos, preferencias o medios

29 GALLINO, Luciano. “Conflicto urbano y cotidianidad” planteado por el grupo “Territorio” de la Universidad Pontificia Bolivariana, Diccionario de Sociología. México: Siglo XXI, 1995. p. 89.

30 SCHOECK, Helmut. “Conflicto urbano y cotidianidad” planteado por el grupo “Territorio” de la Universidad Pontificia Bolivariana, Diccionario de Sociología. Barcelona: Herder, 1973. p. 63.

31 PRATT FAIRCHILD, Henry. *Conflicto urbano y cotidianidad* planteado por el grupo “Territorio” de la Universidad Pontificia Bolivariana, Diccionario de Sociología. México: Fondo de Cultura Económica. 944. p. 50.

para alcanzarlos, se encuentran amenazados por actitudes o acciones del otro. Así se construye también la idea de contraparte, del adversario, del enemigo”³².

“Las teorías del CONFLICTO tienen como principios los siguientes:

- El orden social de la moderna sociedad industrializada no descansa en el consenso sino en el disenso.
- El conflicto no expresa una realidad patológica, sino la propia estructura y dinámica del cambio social, siendo incluso funcional cuando contribuye a un cambio social positivo.
- Los estamentos del estado (lo político, las escuelas, el ejército, etc.) representan los valores e intereses de las clases o sectores sociales dominantes, no los generales de la sociedad.
- Las dinámicas sociales son las formas como se manifiesta el desigual e injusto reparto del poder y la riqueza de la sociedad”.

“Finalmente se puede decir que el conflicto es connatural a cualquier forma de organización social, no porque sea parte de su esencia, sino más bien porque resulta del interjuego de interés, posiciones, expectativas y accesos a los bienes sociales entre los diversos actores. Una vez que el conflicto se ha establecido, su continuación es previsible, no así su final, que retorna únicamente del entorno del sistema”³³.

De las definiciones del conflicto que se citaron puede concluirse que este esta no

es estrictamente una situación negativa como podría pensarse, sino que es la actitud asumida por las partes lo que define la funcionalidad del mismo. Además ha de tenerse en cuenta que el conflicto nunca ha de desaparecer, ya que la sociedad se compone de personas, lo que de manera natural destina al disenso debido a las formas diversas de pensar, sentir, y actuar propias de cada individuo.

10.1. Conflicto en Colombia

Caracterización

“Enmarcado en la caracterización que nos propone Eduardo Pizarro León Gómez del conflicto en Colombia, se ofrecen nociones sobre el tipo de guerra que se libra, tales como, guerra civil, guerra contra la sociedad, “guerra ambigua” y guerra antiterrorista. Partiendo de este análisis y de su exacta o al menos aproximada definición, es posible plantearse el camino adecuado para lograr la paz con los grupos insurgentes en su guerra contra el Estado Colombiano. Es igualmente relevante que, de acuerdo con la definición del conflicto, se logre establecer la relación con la llamada comunidad internacional para su intervención con miras a obtener su respaldo para la superación del conflicto.

En ese orden, no es lo mismo hablar de una guerra civil, donde uno o ambos actores bélicos cuentan con un sólido apoyo social o de una guerra contra insurgentes, en la que el enemigo es conocido por su estructura y capacidad militar, pero con débiles raíces sociales. Tampoco es lo mismo, caracterizar al adversario del Estado como una guerrilla o como un grupo terrorista.

El análisis sobre las cuatro principales caracterizaciones del conflicto armado que sufre Colombia pone en evidencia sus múltiples insuficiencias al decir de Pizarro León Gómez. El concepto de guerra civil

32 HABERMAS, Jinger. *Teoría de la acción comunicativa*. Volumen I. Madrid: Paidós, 1997. p. 57.

33 “*Conflicto urbano y cotidianidad*” Op. Cit.

es, de lejos, el más inapropiado. Al menos dos de los tres indicadores de una guerra civil (la polarización de la comunidad nacional y la existencia de una “soberanía escindida”), se hallan ausentes. Las otras tres caracterizaciones (guerra contra la sociedad, guerra ambigua o guerra contra el terrorismo), aun cuando apuntan a realzar aspectos centrales del conflicto armado, a su turno, ocultan otras dimensiones o generan distorsiones conceptuales. La noción de “guerra contra la sociedad”, minimiza la dimensión política de la confrontación. El concepto de “guerra ambigua” tiende a una criminalización de la guerrilla en términos de una total derivación delincinencial. Finalmente, la noción de guerra contra el terrorismo asimila de manera superficial a los grupos guerrilleros colombianos con las guerras terroristas de otras naciones.

Sostiene Pizarro León Gómez sobre las dificultades que se presentan para una caracterización del conflicto en Colombia. Además para dificultar más el análisis interpretativo, subraya que, se trata de un conflicto armado prolongado que está sugiriendo una etapa de metamorfosis, que se hace evidente en el escenario internacional en que se desenvuelve en los 60 y 70 estaba determinado por la lógica de la guerra fría, pero hoy está enmarcado en la guerra mundial contra el narcotráfico y el terrorismo.

Un conflicto interno, irregular, prolongado y con raíces ideológicas.

En primer término se trata de una confrontación armada interna en tránsito hacia un conflicto regional complejo.

Steven David, define un conflicto armado interno como una confrontación violenta cuyos orígenes echan raíz esencialmente en factores domésticos más que en elementos ligados al sistema internacional, en el cual la violencia armada transcurre

esencialmente en los límites de un solo Estado. Este ha sido, hasta el momento el caso de Colombia.

En segundo término el conflicto en Colombia reviste la modalidad de una guerra no convencional. Esta se distingue de la guerra convencional esencialmente por la forma como pelean los combatientes.

En tercer lugar, existe un consenso en el hecho de que el conflicto armado se originó por diferencias en el plano ideológico y no por cuestiones relacionadas con etnia, lenguaje o religión.

Por último, existe un consenso según el cual la confrontación armada de Colombia es, desde una perspectiva comparada, prolongada o, si se prefiere, un fenómeno de insurgencia crónica.

En una primera aproximación al tema se puede afirmar que estamos frente a un conflicto armado interno, irregular, prolongado y con raíces históricas de índole ideológica.

Conflicto armado de baja, media o alta intensidad. ¿Cuál es la intensidad del conflicto colombiano?

Según Eduardo Pizarro León Gómez, el conflicto colombiano se halla situado en algún punto entre un conflicto de pequeña escala (guerra de guerrillas de escala mayor) y un conflicto de escala intermedia; lo que conduce simple y llanamente, a un reconocimiento del ahondamiento del conflicto interno en las últimas décadas, caracterizado por su honda degradación. Esto permite determinar que se trata de un conflicto armado interno, internacionalizado, irregular, prolongado, con raíces ideológicas y situado en algún punto intermedio entre un conflicto de baja y mediana intensidad.

Se puede agregar entonces, que las guerras internas son por lo general, definidas

como un conflicto armado que tiene lugar en el interior de las fronteras de un Estado reconocido internacionalmente, y en el cual se halla envuelto el propio Estado como uno de los protagonistas centrales. Según bases de datos internacionales, se codifica una guerra, como todo conflicto que causa más de 1.000 muertos por año en el campo de batalla (proyecto Cow – Correlates Of War)³⁴.

Ahora y para terminar, cabe preguntarse ¿Qué tan firme es el interés del gobierno para obtener la paz tan anhelada para nuestro pueblo? Esta pregunta se da porque parece más un interés personal del gobernante de turno, con finalidades electorales; mejor dicho de reelección, que un sueño realizable de manera altruista, además,

¿Por qué el gobierno en su equipo negociador no incluyó a quien desde la década de los 80's, se ha dedicado a buscar salidas negociadas a múltiples conflictos de carácter nacional, que ha sido comisionado por diferentes gobiernos en pro de lograr un acercamiento con los grupos insurgentes, que por su interés por lograr la paz en el país ha tenido que exiliarse de su patria? Se hace referencia al Doctor Álvaro Leyva Durán ex ministro, ex congresista, ex constitucionalista, pero antes que nada un luchador incansable en pro de lograr una PAZ duradera para nuestro país. Entonces ¿Por qué el gobierno no lo incluyó como negociador y aprovechó su **experiencia y aceptación por parte de los grupos insurgentes?** ¿O será acaso que este proceso no es tan transparente como quiere hacer ver el gobierno de turno y hay algo que no quiere que se conozca?

34 Pizarro León Gómez, Eduardo. *Colombia una democracia asediada* (2004).

Referencias

- Acuerdo general para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, Resolución 339 de 2012.
- Aristóteles. *Ética Nicomaquea* (1129b). Citado por: Ruíz, Miguel Alfonso., Op. Cit. p. 35.
- Carvajal, J. (2002). *La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia*.
- De La Calle Lombana, Humberto. (2013). *Justicia transicional: “más allá de la teoría del sapo”*. En *El Tiempo*.
- GALLINO, Luciano. “Conflicto urbano y cotidianidad” planteado por el grupo “Territorio” de la universidad pontificia Bolivariana, *Diccionario de Sociología*. México: Siglo XXI, 1995. p. 89.
- Galtung, Johang, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*. Bilbao: Bakeaz/Gernika-Lumo: Gernika Gogoratz, 1998.
- HABERMAS, Jinger. *Teoría de la acción comunicativa. Volumen I*. Madrid: Paidós, 1997. p. 57.
- PRATT FAIRCHILD, Henry. *Conflicto urbano y cotidianidad* planteado por el grupo “Territorio” de la universidad pontificia Bolivariana, *Diccionario de Sociología*. México: Fondo de Cultura Económica. 944. p. 50.
- Recuperado de: <http://definicion.de/violencia/#ixzz2VfcPyM7U>
- SCHOECK, Helmut. *Conflicto urbano y cotidianidad* planteado por el grupo “Territorio” de la universidad pontificia Bolivariana, *Diccionario de Sociología*. Barcelona: Herder, 1973. p. 63.
- Uprimny Yepes, Rodrigo; Lasso Lozano, Luis Manuel. *Justicia Transicional en perspectiva comparada: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. http://www.dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=53

