



Universidad de **Nariño**

*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*

# Revista Científica **CODEX**

*Vol. 3 No. 5 Año 2017*

*ISSN: 2463 - 1558*

*ISSN - E: 2463 - 2031*



# Revista Científica CODEX

*Volumen 3 N° 5 Año 2017*

**CARLOS SOLARTE PORTILLA**

Rector Universidad de Nariño

**MARTHA SOFÍA GONZÁLES  
INSUASTY**

Vicerrectora Académica

**PEDRO PABLO SANTACRÚZ  
GUERRERO**

Vicerrector de Investigaciones,  
Postgrados y Relaciones Internacionales

**DIRECTOR - EDITOR  
LEONARDO A. ENRÍQUEZ  
MARTÍNEZ**

Decano de la Facultad de Derecho  
y Ciencias Políticas

**DIRECTORA GRUPO DEJURE**

Derecho, Justicia y Región

**AURA ISABEL GOYES  
MORENO**

Doctora en Ciencias de la Educación  
Universidad de Nariño- RudeCo-

lombia. Magister en Derecho Universidad Nacional, Magister en Dirección universitaria Universidad de Los Andes, Magister en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Abogada y docente de tiempo completo de la Universidad de Nariño.

**DIRECTOR GRUPO CEJA**

Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

**OMAR ALFONSO CÁRDENAS  
CAYCEDO**

Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño.

**COMITÉ EDITORIAL  
MIEMBROS EXTERNOS:**

***EDGAR IVÁN  
LEÓN ROBAYO***

Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X el Sabio. Docente de la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

***DIEGO ARMANDO  
YAÑEZ MEZA ABOGADO***

Investigador, docente universitario en pregrado y posgrado, litigante en materia de derecho administrativo y constitucional. Director de la Revista Academia & Derecho, indexada por Colciencias. Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional CCDPC.

***GABRIELA  
PRADO PRADO***

Profesora de Derecho Económico de la Universidad de Atacama, experta en integración europea. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca.

***GAMAL MOHAMMANT  
ATSHAN RUBIANO***

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia,

Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambiario y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

**MIEMBROS INTERNOS**

***JUAN CARLOS  
LAGOS MORA***

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño

***MANUEL ANTONIO  
CORAL PABÓN***

Magister en Derecho y candidato a Doctor en Derecho de la U. Santo Tomás. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño

**COMITÉ CIENTÍFICO  
MIEMBROS EXTERNOS**

***GUSTAVO  
GARCÍA BRITO***

Director del área de comercio exterior del Bufete CorralRosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador.

Magister en Derecho Internacional Económico de la U. Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

**TERESA  
REYES ASPILLAGA**

Título Profesional de Abogado, otorgado por la Il. Corte Suprema. Magister en Investigación en Educación por la Universidad Autónoma de Barcelona.

**ROBERTO  
MOLINA PALACIOS**

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la U. Externado de Colombia

**ALEXANDER  
SÁNCHEZ PÉREZ**

Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, Docente de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Público de la Universidad Paris II.

**MONITORA**

**MARIA FERNANDA  
JOSA VALENZUELA**

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño

**APOYO TÉCNICO**

“TIPOGRAFÍA IMPERIAL”

**FILIACIÓN INSTITUCIONAL**

Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho. <http://derecho.udenar.edu.co> email: [derecho@udenar.edu.co](mailto:derecho@udenar.edu.co)

Página web revista: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>  
email revista: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)  
co Telefax: (+57) (2) 7315438

Vol. 3 N° 5. Año 2017

**PORTADA  
HOMENAJE MAESTRO  
RODRIGO NELSON  
ESTUPIÑAN VALLEJO**

**Foto:** Santiago Rodríguez Estupiñan

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
GRUPO DE INVESTIGACIÓN CEJA  
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO**

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558

ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

**ENTIDAD EDITORA**

Universidad de Nariño – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Grupo CEJA- Centro de Estudios Jurídicos Avanzados  
Página web: [www.udenar.edu.co](http://www.udenar.edu.co)  
[Derecho.udenar.edu.co](http://Derecho.udenar.edu.co)

**VERSIÓN ELECTRÓNICA**

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO ELECTRÓNICO**

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:

rcodex@udenar.edu.co

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras.

### **SISTEMA DE ARBITRAJE.**

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

### **BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES**

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX

adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en:

[http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

### **CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE**

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.

Email: rcodex@udenar.edu.co y en la dirección postal.



# Contenido



EDITORIAL .....	11
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: DESAFÍOS EN EL DERECHO FILIATIVO CHILENO.....	15
Juliana S. Díaz Pantoja.....	15
EL COMERCIO ELECTRÓNICO: INCIDENCIAS Y DESAFÍOS EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR .....	35
Christian Camilo Gómez Gómez.....	35
MOVILIZACIÓN LEGAL: ENFOQUES PARA EL ESTUDIO DE LA RELACIÓN ENTRE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES Y EL DERECHO .....	53
Rolando Víctor Guerrero Tenganán.....	53
EL DISEÑO INDUSTRIAL, EL CONTENIDO ESTÉTICO EN LA PROPIEDAD INDUSTRIAL .....	81
Diana Marcela Ortiz Tovar.....	81
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS QUE LA CONFIGURAN FRENTE AL HECHO DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO DE PERSONAS DESDE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.....	103
Jessica Tatiana Jiménez Escalante.....	103
LA CARGA DE LA PENA: UN DIAGNÓSTICO DE LAS FALLAS EN LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA EN CUANTO A LOS FINES DE LA PENA .....	129

Diego Alejandro Palacios Parra .....	129
CONTAMINACIÓN AUDITIVA, REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL RUIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO .....	157
Yamal Elias Leal Esper .....	157
ÍNDICE DE AUTORES .....	197
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ÉSTE NÚMERO .....	199
INSTRUCCIONES PARA AUTORES .....	201
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA .....	217
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA .....	218





## EDITORIAL

### HOMENAJE A RODRIGO NELSON ESTUPIÑÁN VALLEJO

La enseñanza tradicional del derecho le viene apostando a la fragmentación del conocimiento, práctica que conlleva la creación de categorías, clasificaciones, divisiones y subdivisiones, encaminadas a facilitar al interesado su aterrizaje en los campos de la ciencia jurídica, el cual se haría en extremo difícil sin el uso de la metodología que se apoya en la práctica de la categorización. Desde los albores de la formación del abogado, el futuro profesional se ve expuesto a un bombardeo constante de dichas categorías que, bajo la pretensión de fraccionar el conocimiento para facilitar su asimilación, encuentran terreno abonado en currículos de ascendencia asignaturista, construidos a manera de compartimentos estancos, predominantes aún en las escuelas de formación jurídica.

Conceptos como derechos público y privado, positivo y natural, objetivo y subjetivo, hacen parte de las dinámicas académicas y del lenguaje técnico científico que acompaña las disertaciones de estudiantes y profesionales que transitan por los caminos del derecho. Lo expuesto nos sirve de antecámara para referirnos a una muy útil clasificación del derecho que comienza a contactarnos con la persona a quien hoy la revista Codex quiere rendir un homenaje.

Los planes de estudios de la carrera de Derecho, para el caso de Colombia, diseñados a partir de una normatividad que contempla un mínimo de materias que deben ser comprendidas en los mismos, adoptan una serie de espacios académicos que, en primer lugar y en gran mayoría, nos indican el QUÉ, esto es, el conjunto de derechos y deberes jurídicos a cargo de los sujetos con personalidad jurídica y de otro lado, haciendo parte de una importante minoría, hallamos las asignaturas que nos indican el CÓMO, la forma en que aquellos derechos y obligaciones se pueden hacer efectivas frente a una eventual ausencia de voluntariedad en su satisfacción o cumplimiento a cargo de los titulares.

El QUÉ es el foco de atención del derecho sustancial y el CÓMO justifica la existencia del Derecho Procesal y es en este punto en particular donde se erige la figura de Rodrigo Nelson Estupiñán Vallejo, hijo ilustre de nuestra casa de estudios que, una vez finiquitada una brillante trayectoria académica

mica que culminó con su tesis laureada titulada “Del derecho de penar a la adecuación de la pena”, recibió su título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en ceremonia llevada a cabo el día 12 de diciembre de 1958, la cual contó con la particularidad de que en la misma, el Rector de la Universidad de Nariño de la época, Doctor Luis Santander Benavides, nombró al nuevo profesional como profesor de Derecho Procesal Civil General en nuestra Facultad, cátedra que empezó a regentar el 19 de enero de 1959 y la conservó de manera ininterrumpida hasta el 12 de junio de 2012.

Sin olvidar su larga trayectoria profesional que le permitió ocupar importantes cargos, tanto en la administración pública pero principalmente en la rama judicial, donde descolló como magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto (desempeño que le hizo merecedor, habida consideración de sus calidades que lo acreditaron como el mejor magistrado del país, de la medalla José Ignacio de Márquez, conferida por el Presidente de la República el día 17 de diciembre de 1989), sea esta la oportunidad para referirme no al servidor público, ni al magistrado, sino al docente que durante décadas formó abogados explicando con acierto ese CÓMO, complemento inescindible del QUÉ.

Con conocimiento de causa y la autoridad que me da el haber sido alumno de Rodrigo Nelson, puedo describir su talante como profesor: ética a toda prueba, modelo de puntualidad, reconocido por no desatender nunca sus compromisos con la cátedra, exigente en el uso preciso de los conceptos y la terminología procesal, dueño de una vasta cultura general que la utilizaba para matizar sus explicaciones apoyadas en fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, reflejadas estas últimas en los clásicos amados por este ilustre profesor, que siempre hacían su aparición en esas tempranas y frías mañanas que la Universidad reservó con recelo para su cátedra: Calamandrei, quien nos invitaba a serle fiel a la justicia, pues como todas las divinidades se manifiesta solamente a quien cree en ella; Carnelutti, quien recordaba que de nada vale el respeto escrupuloso a la obra del legislador si ésta no responde a la justicia, la cual, de ser tardía, sentenciaba su infaltable Couture, se asemeja a la injusticia.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño se precia de haber contado durante más de medio siglo con un docente del talante anotado, un académico que nos enseñó el CÓMO: cómo ejercer la abogacía y cómo desempeñarse en la judicatura. Parafraseando a Calamandrei en su “Elogio de los jueces....”, Rodrigo Nelson fue un profesor que a sus alumnos nos

enseñó, a los futuros litigantes, a indagar la verdad de perfil, aguzando la mirada desde la orilla del cliente, a los futuros jueces que se ubican en el centro, a mirar la verdad tranquilamente a la cara y a aquellos que optamos por la academia, a suministrar a nuestros estudiantes las herramientas para que la verdad procesal coincida con la verdad verdadera.

## **MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN**

Docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

Miembro del Comité Editorial

Revista Científica CODEX





## TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: DESAFÍOS EN EL DERECHO FILIATIVO CHILENO

Juliana S. Diaz Pantoja<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 19 de junio de 2017

Fecha de aceptación: 15 de julio de 2017

Referencia: DIAZ PANTOJA, Juliana S. *Técnicas De Reproducción Humana Asistida: Desafíos En El Derecho Filiativo Chileno*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 15 a 33. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** The application of assisted human reproduction techniques (TRHA) has generated a reality that challenges the traditional concepts derived from the biological nexuses between parents and children, as is filiation, paternity and motherhood, thereby generating a gray scenario in the legal world in which the modernization demands, or have not have been attenuated, or soft regulations have been presented without achieving full regulation clear.

Not unrelated to this reality, the Chilean case presents an evident absence of a norm that regulates the practice of the TRHA in all its complexity, however the Law of Filiation 19,585 of 1998 includes in its art. 182 the regulation of the filiation of children product of these techniques, which although it manages to provide a certain level of protection, does not cover all the bioethical and legal approaches that are generated from the application of the TRHA, as

<sup>1</sup> Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Col). Estudiante de Magister en Derecho mención Derecho Familia de la Universidad de Talca. Correo electrónico: [juliana.sdp@outlook.es](mailto:juliana.sdp@outlook.es)

they are the obsolescence of the classic concept of filiation, motherhood and fatherhood biological, the diverse interests at stake of the parties involved in the TRHA, and the legal gaps against techniques such as surrogate motherhood or on request.

**KEYWORDS:** Assisted human reproduction - Filiation – Bioethics

**RESUMEN:** La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha generado una realidad que desafía los conceptos tradicionales derivados de los nexos biológicos entre padres e hijos, como lo es la filiación, la paternidad y la maternidad, generando con ello un escenario gris en el mundo legal en el que las exigencias de modernización, o bien no han sido atendidas, o se presentan blandas normativas sin lograr brindar una regulación totalmente clara.

No ajeno a esta realidad, el caso chileno presenta una evidente ausencia de una norma especial que regule la práctica de las TRHA en toda su complejidad, sin embargo la Ley de Filiación 19.585 de 1998 recoge en su art. 182 la regulación de la filiación de los hijos producto de estas técnicas, el cual si bien logra brindar cierto nivel de protección, no alcanza a cubrir todos los planteamientos bioéticos y jurídicos que se generan a partir de la aplicación de las TRHA, como lo son la obsolescencia del concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad biológica, los diversos intereses en juego de los intervinientes en las TRHA, y los vacíos legales frente a técnicas como la maternidad sustituta o por encargo.

**PALABRAS CLAVE:** Reproducción humana asistida – Filiación – Bioética.

## INTRODUCCIÓN

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida, contrario a la afirmación de algunos autores<sup>2</sup>, no es un fenómeno reciente, debido a que es posible constatar que técnicas como la inseminación artificial y la fecundación in vitro son practicadas desde siglos atrás en plantas y animales, como

<sup>2</sup> Autores como René Abeliuck Manasavich considera a las Técnicas de reproducción asistida “como un fenómeno social, científico y tecnológico absolutamente novedoso”. (2000) p. 110.

se evidenció cuando en 1784 el italiano Lazzaro Spallanzani realizó la primera inseminación artificial de una perra derivando en el nacimiento de tres cachorros sanos. Sin embargo, solo a principios del siglo XX su aplicación en seres humanos fue exitosa cuando el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe (CAMBRÓN, 2001) lograron el nacimiento de la primera “bebe probeta”, aunque se conoce de algunos casos como el del “cirujano escocés John Hunter quien recogió en una jeringa caliente el semen de un comerciante con hipospadía y lo inyectó en la vagina de su mujer, realizando la primera inseminación artificial en un ser humano en la historia” (BORBÓN, 2015) lo cual remonta a fines del siglo XVIII. (GÓMEZ, 1993)

Independientemente del momento histórico al que se le atribuya la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), es innegable que su génesis se presentó como solución<sup>3</sup> a las distintas causas de infecundidad tanto femeninas como masculinas, y que posteriormente en observancia al desarrollo científico se les concedió fines más allá de los terapéuticos. Estos avances propiciaron en el mundo del derecho un escenario gris donde se evidencia la ineficiencia de los esquemas clásicos frente a la modernización de la ciencia, exigencias sociales que, o no son atendidas por el mundo legal, o se presentan sin lograr brindar una regulación totalmente clara.

En el caso específico de Chile, como consecuencia a los intentos legislativos fallidos para regular las TRHA materializados a través de tres proyectos actualmente archivados<sup>4</sup>, no existe en la actualidad una norma que regule los procedimientos para su aplicación o tan siquiera la licitud o ilicitud de las técnicas, lo cual si bien no obsta para impedir su práctica, origina incertidumbre legal frente a los diferentes contextos en los que las técnicas pueden ser aplicadas, haciendo hincapié en aquellos que ponen en riesgo la equidad social y legal que debe propiciar el Estado social de derecho, provocados debates en la esencia de la ley, la moral y la ciencia como repercusión de la transformación de la naturaleza humana.

Con lo anterior, una de las regulaciones que ha generado ambigüedad frente a la respuesta institucional chilena ante las TRHA es la determinación de la filiación de los hijos producto de las técnicas de reproducción humana asistida, figura que hizo su aparición jurídica en un único precepto – art. 182- de la Ley de filiación 19.585 de 1998, en el que establece que «el

<sup>3</sup> Entendida como la forma de viabilizar la obtención de un hijo, aun cuando su finalidad última no sea la cura de las distintas causales de infecundidad.

<sup>4</sup> Proyectos de julio de 1993 y julio de 2006 archivados los dos en agosto de 2008 y el último presentado en octubre de 2006 y archivado en enero de 2009.

padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas». Este primer y único acercamiento a la filiación producto del sometimiento a las TRHA, encuentra su principal falencia en el desconocimiento de la amplitud de técnicas de reproducción asistida que se desarrollan en la actualidad.

Observado lo expuesto, podemos esgrimir algunos de los planteamientos bioéticos y jurídicos que se generan a partir de la aplicación de las TRHA, como son la obsolescencia del concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad biológica, los diversos intereses en juego de los intervinientes en las TRHA, y los vacíos legales frente a técnicas como la maternidad sustituta o por encargo.

En tal sentido, el objetivo de este breve texto será analizar los vacíos normativos del tratamiento de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, haciendo para ello un breve repaso de las TRHA, seguido del estado actual del tratamiento de filiación en Chile, para finalmente adentrarnos a las problemáticas legales que enfrenta su aplicación, y así por último presentar algunos comentarios frente a temas tan complejos que deberán seguir debatiéndose en la doctrina, jurisprudencia y legislación chilena.

## 1. BREVE ACERCAMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Las técnicas de reproducción humana asistida entendidas como el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o substituir a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana (SANTAMARÍA, 2000), originariamente fueron creadas como mecanismo para solucionar la infecundidad<sup>5</sup>, concepto último que encuentra ambigüedad en su definición medica entre otras, en razón a la existencia de dos vertientes, la primera que la considera como una patología derivada de un hecho netamente fisiológico, mientras que la segunda va más allá de la mera circunstancia física extendiéndose al aspecto volitivo de la persona afectada, esto es, el deseo íntimo de procrear que se ve frustrado (CAMBRÓN, 2001)

<sup>5</sup> Entendida por la OMS como “una enfermedad que resulta de la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Más allá del debate de lo que debemos considerar por infecundidad, las TRHA logran solucionar las diferentes circunstancias que lo originan, las cuales en tratándose del sexo masculino puede tener causas pretesticulares, espermáticas, testiculares, postesticulares, o referente a eyaculación precoz o ausencia de testículos y pene. Mientras que en el sexo femenino las causas pueden estar dadas por inflamación pélvica, alteraciones en las trompas, en el moco cervical, pólipos o miomas, malformaciones de la matriz, ausencia de ovarios, ovulación anormal o irregular.

Es por ello que se han desarrollado distintas técnicas encaminadas a dar solución a las distintas causas de infertilidad que se van descubriendo. Así es posible clasificar algunas de las técnicas más utilizadas en la actualidad en intracorpóreas y extracorpóreas, siendo la fecundación en la primera de ellas realizada al interior del aparato reproductor femenino, mientras que en el segundo caso se produce fuera del aparato reproductor femenino; de igual forma, es posible clasificarlas como homologas cuando los gametos corresponden a los progenitores y heterólogas cuando estos pertenecen a terceros (RABANALES, 2015). En la mayoría de las sociedades son las técnicas extracorpóreas y heterólogas las que encuentran mayor resistencia respecto de su aplicación, por cuanto representan un mayor desafío a los paradigmas convencionales del origen de la vida que presupone la existencia de la relación sexual entre un hombre y una mujer a fin de procrear.

Dentro de las principales técnicas de reproducción asistida encontramos la inseminación artificial, la técnica de fertilización invitro con transferencia de embrión, el diagnóstico genético perinplantatorio y la maternidad subrogada o por encargo.

## 2. TRATAMIENTO DE LA FILIACIÓN A LA LUZ DE LA LEY 19.585 DE 1988

La filiación es importante en el contexto familiar como una relación mutuamente relacionada con la consanguinidad y alianza, que en conjunto forman la base de la familia como un hecho natural y universal que combina una realidad biológica que está en el origen de toda existencia humana, con una realidad jurídica y social (MORANDE, 1999).

La palabra Filiación viene del latín filus que significa hijo e implica “un hecho natural, una relación biológica que une a sus procreantes y pro-

creadores, relación que pasa a ser jurídica, en cuanto se encuentra reconocida y regulada por el derecho” (COURT, 2010) y la que solo es posible desde una mirada descendente, es decir, “cuando el asunto se enfoca del punto de vista del hijo, porque si se invierte, esto es si se mira desde el del padre o madre, ya no es propio hablar de filiación, sino de paternidad o maternidad respectivamente” (TRONCOSO, 2006)

Este concepto tradicional de filiación que se define como la relación que une a progenitores y procreados biológicos, encuentra, en virtud del desarrollo científico, situaciones que permiten el establecimiento de relaciones paterno-filiales que van más allá de una relación engendrante–engendrado, tal como sucede con los hijos producto de técnicas de reproducción asistida, así mismo desde la óptica jurídica con los hijos adoptivos con los que no existe lazos de sangre.

En Chile la ley vigente en materia de filiación es la 19.585 de 1988, la cual si bien no define la filiación, establece tres posibles categorías teóricas (1) Determinada y no determinada, (2) Matrimonial y no matrimonial<sup>6</sup> y (3) Filiación natural, adoptiva y de filiación asistida. (ABELLUCK, 2000)

La primera categoría distingue a los hijos de filiación no determinada como aquellos que no conocen a uno o ambos de sus progenitores -padre y/o madre-, frente a aquellos hijos respecto de los cuales se conocen quienes son sus padres como filiación determinada. Por otro lado la filiación matrimonial requiere la existencia de una de las siguientes condiciones a) matrimonio entre los padres al tiempo de la concepción, b) matrimonio al tiempo del nacimiento del hijo, c) la celebración de matrimonio posterior al nacimiento siempre que la paternidad y la maternidad hayan estado previamente determinadas o d) el reconocimiento realizado por ambos padres en el acto del matrimonio o durante su vigencia. En todos los demás casos la filiación será extramatrimonial, la cual en definitiva “tiene lugar cuando los padres no han contraído matrimonio y siempre que se encuentre determinada respecto

<sup>6</sup> En el tratamiento histórico hacia los hijos se evidencia la presencia de dogmas y paradigmas creados por las instituciones religiosas, concretamente la iglesia católica, y las estructuras patriarcales reflejadas institucionalmente a través de Derecho, que justificaron a lo largo de la historia la clasificación y tratamiento diferenciado de los hijos por el hecho de nacer o no dentro de una unión cobijada por el manto del matrimonio, no obstante en Chile bajo la ley 19585 se reconoció la igualdad de los hijos independiente de su origen, la clasificación persiste. Sin embargo algunos podrían afirmar que la mencionada clasificación, se encuentra justificada por la aplicación de la presunción de la paternidad “pater is est” ello “resulta francamente débil, porque no habría necesidad de crear toda una categoría diferente de filiación y con denominación propia, hubiera bastado la misma disposición actual, fijando la presunción por el matrimonio como una de las formas de establecer la filiación.” ABELLUCK (2000), p. 47. Es por lo anterior, que a juicio de esta autora, debería eliminarse toda distinción respecto de los hijos, incluso la terminológica y consecuentemente “para lograr evitar la discriminación social que existe respecto de los hijos que no tienen una filiación matrimonial, el Registro Civil debe expedir partidas de nacimiento, que no denoten el tipo de filiación y de la forma en que esta ha sido determinada, a través de la unificación de los formatos de ellas.” LÓPEZ (2001), p. 211.

del hijo la maternidad, la paternidad o ambas. Ello a diferencia de la filiación matrimonial que, además del matrimonio de los padres, supone la determinación de la paternidad y de la maternidad” (COURT, 2010)

Finalmente encontramos la filiación natural, la cual hace referencia al concepto tradicional de filiación, que presupone la existencia del nexo biológico entre padres e hijos; paralelamente se encuentra la filiación adoptiva como “una filiación puramente jurídica, que reposa sobre la presunción de una realidad no biológica, sino afectiva: a petición de una persona, el derecho estable artificialmente entre ellas y otra persona una relación de padre (o madre) e hijo” (CARBONNIER, 2002). Por último –pero no menos importante– encontramos la filiación producto de técnicas de reproducción asistida, que se encuentra regulada por el art. 182 de la Ley de filiación, la cual atribuye la calidad de padres del hijo nacido mediante la aplicación de las TRHA a aquellas personas que se sometieron voluntariamente a ellas.

Cabe precisar que la clasificación de la filiación tiene efectos meramente teóricos, en razón de que no constituyen categorías independientes a la clásica cuestión de filiación matrimonial o extramatrimonial, por tal motivo un hijo nacido mediante TRHA ha de ser considerado matrimonial o extramatrimonial, dependiendo de las circunstancias en las que nazca.

### 3. FILIACIÓN EN TRHA Y LA AMBIGÜEDAD EN SU ACERCAMIENTO AL DERECHO

La descripción típica del art. 182 de la Ley de filiación genera gran ambigüedad en varios aspectos ético-legales, tales como: cuales son las calidades que legitiman a las personas para acudir a este tipo de técnicas; la determinación de la filiación de hijos producto de la aplicación de técnicas heterólogas (incluida la maternidad por encargo); las limitaciones frente a la acción de impugnación; la delimitación de los fines para los cuales se deben emplear; y algunos debates que atañen situaciones que desbordan lo legal. Cuestiones que procederemos a desarrollar a continuación: Calidades que deben reunir las personas legitimadas para acudir a las TRHA

El debate inicial se plantea respecto de si el art. 182 exige que la participación en las TRHA estén o no limitadas a parejas formadas por un hombre y una mujer unidas en matrimonio, o puede extenderse también a personas solteras o incluso parejas del mismo sexo.

Se señala por autores como COURT, SCHMIDT & VELOSO (COURT, 2010), que si bien el sometimiento a las técnicas debe hacerse en razón de la descripción típica de la norma «El padre y la madre», valga decir, por parte de parejas heterosexuales, no es posible exigir que las mismas se encuentren unidas por el vínculo matrimonial. Contrariamente encontramos la visión minoritaria de ABELIUCK que establece que la disposición “no prohíbe por sí solo en caso alguno que no pueda haber en parejas no heterosexuales o en personas individuales una reproducción asistida” (ABELIUCK, 2000)

Si bien la última posición abierta y garantista de los derechos de personas con orientación sexual diversa puede desde un enfoque conservador ser atacada por considerarse en contra del espíritu de la norma y la intención del legislador, ha de entenderse en una visión más amplia que la discriminación por motivos de orientación sexual esta proscrita en el ordenamiento jurídico chileno en virtud de la Ley 20.609 del 2012 que establece medidas contra la discriminación que incluye entre sus categorías protegidas a la orientación sexual y la identidad de género, así como de conformidad al bloque constitucional de derechos<sup>7</sup>, que remiten a pensar que la filiación de hijos nacidos mediante TRHA en parejas del mismo sexo no puede ser excluida entendiendo que “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención.” (CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, 24 DE FEBRERO DE 2012.)

Adicionalmente, frente al «sometimiento del hombre y mujer a la TRHA» que refiere el art. 182 para que pueda operar la filiación de los hijos nacidos mediante la aplicación de estas técnicas, es necesario, como coinciden en señalar CORRAL, ABELIUCK Y COURT, que se realice de manera voluntaria, de tal forma que “el nexo biológico deja de ser el sustento presun-

7 El bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile hace referencia al carácter inacabado de la constitución, el cual “está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al derecho internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente, las fuentes convencionales de este último, basta en este sentido tener presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en estos dos últimos su preámbulo.” NOGUEIRA (2014), p 9.

tivo del vínculo jurídico/paterno-filial y aparece como un elemento importante la voluntad procreacional del hombre y de la mujer” (GÓMEZ, 2007)

Por lo anteriormente expuesto, si bien queda resuelto el elemento volitivo como factor determinante de la filiación establecida en el art. 182, la dificultad persiste respecto de cómo debiera exteriorizarse tal voluntad, si como sucede en otras legislaciones como la española, es necesario reunir formalidades tales como la del consentimiento informado<sup>8</sup> o las de la escritura pública, o basta con la simple exteriorización verbal. Este punto adquiere relevancia en los procesos de impugnación de la paternidad en las que el padre del hijo nacido mediante la TRHA con donación de gametos masculinos afirme haber desconocido dicho procedimiento. Igualmente en los casos de hijos póstumos producto de la aplicación de las TRHA, en los que el padre fallece habiendo dejado consentimiento para la práctica de la técnica misma que se realiza con posterioridad a su deceso.

La determinación de filiación cuando se ha realizado con la participación de terceros

Surge también el cuestionamiento de si el precepto 182 de la Ley 19.585 limita de manera tacita la aplicación de la filiación allí consagrada a las TRHA homologas, en las cuales no existe la intervención de un tercero – mediante la donación de gametos o embriones-, o se predica también respecto de las técnicas heterologas, incluida la maternidad por encargo entendida como el proceso mediante el cual una mujer ofrece su vientre para gestar el bebé de otra pareja hasta el momento de su nacimiento.

No obstante la posición doctrinal mayoritaria acepta que la aplicación de las TRHA homologas y heterologas se encuentran cobijadas por la filiación allí regulada. De esta manera frente a la maternidad por encargo la interpretación es diversa, por un lado SCHMIDT, C. & VELOSO manifiestan que “la norma legal es suficientemente amplia como para sostenerse que permite, en principio, cualquier procedimiento como la donación de gametos, incluso el alquiler de útero: ya que no toma partido en cuanto a la licitud o ilicitud de determinadas técnicas.” (SCHMIDT, 2001) , pero de forma contraria CORRAL (CORRAL, 1998) establece que “pese a lo ambiguo del texto legal, la ley no posibilita cualquier procedimiento reproductivo, sino solo técnicas homologas (con gametos propios de los interesados) o hetero-

<sup>8</sup> El Art. 8 de la Ley 14/2006 de España sobre técnicas de reproducción humana asistida estipula que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

lógicas (con gametos de terceros ajenos, sean conocidos o anónimos). No se incluye la gestación por cuenta ajena”

Corolario a lo anterior, si bien la norma no tiene una finalidad prohibitiva de las TRHA, la aplicación de la filiación allí contemplada encuentra -a juicio de esta autora- una limitación respecto la maternidad por encargo, por cuanto desafía la figura clásica de la determinación de la maternidad por el hecho del parto, norma que dada su vigencia, imposibilita la aplicación de la filiación del hijo respecto de la mujer que pese a tener el factor volitivo, no lo ha gestado y consecuentemente no lo ha parido, siendo por tanto la madre gestante quien es considerada como la madre legal. En el mismo sentido CORRAL (CORRAL, 1998) expresa que:

“En caso de llegar a nacer un hijo por medio de un contrato de maternidad subrogada, entendemos que el acuerdo adolecerá de causa y objeto ilícito, y no será ejecutable. La mujer gestante que haya alumbrado al hijo podrá adquirir el estado de madre, en virtud de la norma del art. 183 CC que determina la maternidad por el hecho del parto. Dudoso será en este caso si la mujer que ha aportado sus óvulos (madre genética) podría ejercer la acción de impugnación de la maternidad determinada por el parto para reclamar el establecimiento de su maternidad biológica. Por el contrario, creemos que esa acción no podría serle negada al hijo, en virtud del derecho fundamental a la identidad que incluye el conocimiento de sus orígenes”

### 3.1. La acción de impugnación y reclamación

Correlativamente con la determinación de la filiación de los hijos producto de TRHA, encontramos la acción de impugnación, que se encuentra en virtud del inciso 2 del art. 182 negado frente al hombre y la mujer que se sometieron voluntariamente a la técnica, limitación que de conformidad a lo expuesto por la mayoría de autores se extiende también al hijo y el donante. De esta manera LÓPEZ (LÓPEZ, 2001) plantea que:

“a los hijos concebidos a través de técnicas de reproducción asistida, les queda negada la acción de impugnación de la filiación que ha quedado determinada por el art. 182 del C.C. Además, ni el donante pueden alegar la acción de reclamación de la filiación que los une.”

Esta interpretación, aunque criticable, es la que de conformidad con

los planteamientos de ABELIUCK (ABELIUCK, 2000) se desprende del claro sentido de la norma, misma que por ser de carácter especial prima sobre el principio general de libertad de investigación de paternidad y maternidad.

Sin embargo, el hecho de que no pueda emprenderse por parte del hijo producto de las TRHA acciones de impugnación, no desconoce per-se el derecho a identidad expresado en la facultad de conocer sus raíces biológicas, consagrado -entre otras- en el art 5 de la carta fundamental y acogido a través de tratados internacionales como el art. 7 de la Convención de los Derechos de Niño. Por ende, es posible que el niño pueda eventualmente indagar acerca de su progenitor biológico, sin atribuir ninguna consecuencia legal en su filiación.

Otro dilema es el que encontramos respecto al derecho de reserva del donante, lo que nos genera múltiples interrogantes como ¿Qué derecho debe ser privilegiado, el del donante o el del hijo producto de las TRHA? ¿Debe en caso de prevalecer el derecho del hijo a la verdad biológica ser atendido en cualquier circunstancia o debe limitarse a ciertas situaciones que impongan su conocimiento? ¿Puede eventualmente el donante, con fines distintos al de la reclamación, indagar por los hijos producto del material genético aportado?

#### 4. CONSIDERACIONES MÁS ALLÁ DE LO LEGAL

La aplicación de las TRHA nos ponen indefectiblemente frente a situaciones que desbordan lo legal y exigen un acercamiento desde lo bioético<sup>9</sup> hacia diversas temáticas tales como el análisis de los fines para los cuales se deben emplear las técnicas, el hecho de considerar el inicio de la vida como punto neurálgico en la manipulación genética y los diversos intereses en juego desde una perspectiva de género.

##### 4.1. Fines para los cuales se deben emplear las TRHA

Como se ha mencionado con anterioridad, a las TRHA se les confirió inicialmente la finalidad de superar circunstancias de infecundidad, pero en gracia del desarrollo biotecnológico hoy en día es posible su uso con fines terapéuticos, aunque aún se siguen separando a través de una delgada línea

<sup>9</sup> Entendida como “aquella rama de la filosofía que clásicamente estudia lo relativo al bien y al mal, pero que ha ido asumiendo una perspectiva más orientada hacia lo práctico, consistente en observar y comentar los actos humanos en cuando fomentan lo deseable y evitan efectos deletéreos”. KOTTOW (1995), p. 7.

de distinción con respecto a la función eugenésica.

En este entendido, y dado el vacío legal existente, no es posible afirmar que en Chile la filiación de los hijos producto de las TRHA este limitado cuando se ha practicado para superar circunstancias de infertilidad de la pareja; a juicio de esta autora, nada impide su aplicación cuando se ha usado con fines terapéuticos como el de prevenir posibles enfermedades congénitas o incluso cuando se ha buscado el nacimiento de hijos seleccionados genéticamente para servir de donantes y curar a hijos con enfermedades graves<sup>10</sup>.

Ahora bien, frente a las prácticas eugenésicas, las mismas están proscritas por la Ley 20.120 sobre investigación científica en el ser humano, en donde la dificultad subyace en la demarcación de los límites entre lo terapéutico –en búsqueda de prevenir y curar enfermedades– y lo eugenésico –la búsqueda de selección de las calidades del individuo–, que al estar ligado a conceptos como “normalidad” y “gravedad” impiden su objetividad, arrastrándonos consecuentemente a la inefable conclusión que “una vez que se ha aceptado el principio de la selección humana, una vez que se ha cruzado el Rubicón de la eugenesia, todo lo que sigue es simplemente avanzar en la misma dirección; no hay razones suficientes para decir solamente hasta aquí y no más” (ANDORNO, 2013)

En el mismo sentido BOBBIO (BOBBIO) manifestó que la preocupación por el futuro de la humanidad debe centrarse en la evolución científica y tecnológica, la cual no encuentra límites, siendo imparable e irreversible de forma que “¡Una vez que se ha descubierto el código genético del hombre, ya no se puede echar marcha atrás en el conocimiento! ¡Y todo ello da miedo!”

#### 4.2. El Diagnóstico genético preimplantatorio, fecundación in vitro y el tratamiento del embrión.

El Diagnóstico genético preimplantatorio<sup>11</sup> y la fecundación in vitro son técnicas mediante las cuales el embrión es manipulado de manera extracorpórea, lo que a la postre nos pone indefectiblemente frente a situaciones como: el desecho de los embriones supernumerarios (aquellos que no fueron implantados o fueron descartados por considerarse no aptos por no reunir las cualidades deseadas), la criopreservación (congelamiento de

<sup>10</sup> Práctica que no es ajena a la realidad chilena, tal como se puede constatar con el nacimiento mediante la aplicación de TRHA de Milagros en 1998, elegida genéticamente por sus padres para ser histocompatible con su hermano mayor Tomas y poder así realizar la donación de médula que le salvaría la vida.

<sup>11</sup> El DGP consiste en la Técnica de “someter a los embriones obtenidos in vitro a un examen genético para detectar posibles anomalías y transferir al útero materno solamente aquellos que tengan riesgos de padecer de alguna enfermedad.

embriones a fin de evitar el descarte), el intercambio o donación y su uso con fines de desarrollo biotecnológico. Cualquiera sea la práctica a realizar, la manipulación sobre el embrión ha evidenciado la dificultad de definir el status con el que ha de ser tratado.

Un primer acercamiento al status del embrión es el que nos brinda el Código Civil Chileno que mantiene una visión natalista de persona cuando establece que “la existencia legal de toda persona principia al nacer”, perspectiva que niega al nasciturus y consecuentemente al embrión los atributos de la personalidad. En consonancia con lo anterior de esta manera GUZMÁN BRITO (GUZMÁN, 2001) propone que “por “personas” se entiende, desde luego, a las naturales en el sentido del art. 55 del Código civil. Pero no al que está en el vientre de su madre, vale decir, al concebido que no ha nacido aun, porque no ha principiado a ser legalmente persona, en los términos del art. 74 inciso 1ª CC., y porque la norma aplica la igualdad a quienes “nacen” y el nasciturus es quien no ha nacido todavía”. Bajo estos postulados, si bien no se desconoce cierto nivel de protección del nasciturus, se genera más liberalidad sobre la manipulación del embrión en etapas de desarrollo temprano.

Otro es el status reconocido por autores como CORRAL (CORRAL, 1998), quien contradice la interpretación gramatical del art. 74 por considerarla sobredimensionada por la doctrina común que niega de manera radical la personalidad del nasciturus, cuando del articulado mismo del Código y la Constitución es posible reconocerle al embrión, desde el momento en que es concebido, la calidad de individuo perteneciente a la especie humana, debiendo consecuentemente reconocérsele igualdad en el tratamiento jurídico respecto de las personas ya nacidas. Bajo esta perspectiva, la manipulación del embrión resulta en una forma de “cosificación” del ser humano, la cual independientemente del fin que se invoque, debiera ser considerada jurídicamente ilícita e incluso penalizable.

Desde mi perspectiva, una posible solución es la brindada por la teoría del preembrión que permite considerar que la unión de los gametos (femenino y masculino) no alcanza la categoría de embrión, posibilitando su manipulación genética extracorpórea por un periodo limitado de aproximadamente 14 días. Esta visión puede encontrar soporte en aquella que considera que la concepción, está determinada por la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer y no por la fecundación.

### 4.3. Maternidad por encargo y derechos de la mujer

La maternidad por encargo, subrogada o sustituta es la “técnica de reproducción asistida por la cual una mujer, a cambio de una contraprestación o sin ella, adquiere el compromiso de gestar a un bebé para posibilitar que una o varias personas puedan establecer una filiación respecto de ese neonato” (SERRA, 2015). Sin embargo, esta definición trae consigo la discusión de diversos dilemas con perspectiva de género.

Por un lado, la maternidad sustituta ha sido criticada no solo por movimientos religiosos y conservadores, también por “un sector del feminismo –que- está en contra de los contratos comerciales de maternidad subrogada, –al calificarlos- como una forma de tráfico de bebés y explotación de mujeres, por lo general de escasos recursos y minorías étnicas” (SÁNCHEZ, 2011).

Bajo esta visión la maternidad por encargo se constituye en una práctica de instrumentalización del cuerpo de la mujer contratada quien es tratada como objeto, manipulada y explotada por el yugo de una versión moderna del patriarcado. Esta visión se encuentra reforzada si consideramos que en la mayoría de casos las circunstancias económicas en las que se encuentran las mujeres contratadas como madres gestantes son precarias<sup>12</sup>, lo cual condiciona su libertad y las induce a la mercantilización de su cuerpo.

Desde opinión personal, y de conformidad con la corriente feminista que atribuye a prácticas como la maternidad subrogada la expresión máxima del derecho de las mujeres sobre su cuerpo, la maternidad por encargo no puede ser vista per-se como una forma de mercantilización de la mujer. Esta técnica como expresión de autonomía de la mujer o como cosificación de la misma se encuentra arraigada a las condiciones particulares de la madre sustituta, en tal sentido si la libertad está condicionada por factores económicos este procedimiento implicaría la explotación de su cuerpo, en caso contrario, la técnica realmente sería la expresión de los derechos de libertad y autonomía de la mujer sobre sí misma. Adicionalmente debe considerarse que la mujer gestante no siempre persigue una retribución económica por lo que “la maternidad subrogada no debe enjuiciarse como algo diabólico y perverso,

<sup>12</sup> La maternidad subrogada es recurrentemente practicada en países en vía de desarrollo en los que la vulnerabilidad por la falta de información y la pobreza juegan un papel fundamental en el incremento de la disponibilidad de las mujeres dispuestas a gestar el hijo de otros, así “De acuerdo con Glickman et al (2009), en el nombre del tratamiento y la cura el 30% de las prácticas biomédicas y de experimentación con seres humanos se realizan en regiones de alta vulnerabilidad y pobreza, lugares des/no-industrializados como África, América Latina y Asia; o en las áreas más deprimidas de estas regiones en donde transitan invisibles operaciones biopolíticas usando cuerpos despojados de ciudadanía para la experimentación de la ciencia y la ‘cura’ de otros cuerpos –blancos en la mayoría de los casos- en el mundo desarrollado.” AMADOR (2011), p.40.

ni como la sistemática “comercialización del embarazo”, ya que también hay casos en que su puesta en práctica se asienta en actos de altruismo o solidaridad familiar” (LASARTE, 2013)

Sea cual sea la circunstancia que motiva la práctica de esta técnica, lo cierto es que la tipificación de la maternidad subrogada no puede presentarse como solución, puesto que más allá de lograr una reducción en las tasas de sus prácticas, no impediría su realización, implicando a la postre la victimización de la madre sustituta por un Estado que la criminaliza.

Adicionalmente, cabe precisar que el dilema de género antes expuesto no es exclusivo de la maternidad por encargo, también respecto de las demás TRHA -bajo la mirada de ciertos autores- existe un campo de opinión que refuerza la idea cultural de maternidad y paternidad biológica motivada por el deseo de cumplir con un deber culturalmente impuesto, que se reduce a la mera dimensión fisiológica y que eventualmente podría considerarse como una expresión de violencia simbólica, en la cual, en virtud de las constantes y reiteradas presiones sociales y psicológicas se exige a la mujer la búsqueda incesante de un hijo como su fin último, aun cuando su propia integralidad corra peligro. (CAMBRÓN, 2001)

## COMENTARIOS FINALES

I. La aplicación de las TRHA genera una realidad en la que se desafía los conceptos tradicionales de filiación, paternidad y maternidad que suponen la existencia de nexos biológicos entre padres e hijos, situación que exige un esfuerzo legislativo para poder abordar todas las circunstancias que se presentan por la práctica de estas técnicas, especialmente en lo que refiere a la filiación de los hijos nacidos mediante su aplicación.

II. La legislación Chilena mediante el art. 182 de la Ley 19.585 de 1998 se encarga de regular la filiación de los hijos producto de la aplicación de las TRHA. Si bien esta somera regulación brinda cierto nivel de protección frente a los hijos y en general las familias constituidas por esta vía, no alcanza a cubrir todas las posibilidades que se derivan de la ausencia normativa de una ley especial que regule la práctica de las TRHA.

III. Es por lo anterior urgente una respuesta institucional que aborde los temas que se derivan de la aplicación de las TRHA, puesto que no puede por un lado mantenerse la incertidumbre legal en casos de gran relevancia como la determinación del estado civil de las personas y por otro lado no es posible librar su aplicación al azar de las determinaciones médicas como fuente potencial de conflictos y abusos cuando se encuentra determinada por intereses económicos.

IV. La legislación debe reconocer la limitación que encuentra el derecho, entre ellos la regulación de Familia, buscando para solventar esta crisis un análisis interdisciplinario que se enfoque más allá de la licitud o la ilicitud de las técnicas, y se concentre en la definición de los límites del desarrollo científico frente a la manipulación del cuerpo humano provocado por las TRHA y las murallas argumentativas morales de la deseabilidad de las técnicas respecto a la equidad humana.

## BIBLIOGRAFÍA

### REFERENCIA DE LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, René. (2000): La filiación y sus efectos. (Santiago, Editorial jurídica de Chile). Tomo I.

ANDORNO, Roberto (2013): “la selección embrionaria en la fecundación in vitro: el derecho ante el desafío de la nueva eugenesia”, en: GOMEZ DE LATO-RRE, Maricruz., Técnicas de reproducción humana asistida desafíos del siglo xxi. (Santiago, Editorial Legal publishing). pp. 7-23.

CAMBRON NFANTE, Asencion (2000): “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos, en: CAMBRON INFANTE, asencion.,”Reproducción asistida: Promesas, normas y realidad (Madrid, Editorial Trotta s.a.). PP. 165-210.

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2002): Adopción y filiación adoptiva.

(Santiago, Editorial jurídica de Chile).

CORRAL TALCIANI, Hernán. (2009): Derecho civil y persona humana cuestiones debatidas. (Santiago, Editorial Legal publishing).

COUT MURASSO, Eduardo. (2000): Nueva ley de Filiación. (Santiago, Editorial jurídica cono sur Ltda.).

COUT MURASSO, Eduardo. (2010): Curso de Derecho de Familia la filiación por naturaleza. (Santiago, Editorial Legal Publishing).

GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. (1993): La fecundación In vitro y la filiación, (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. (2007): El sistema filiativo Chileno, (Santiago, Editorial jurídica de Chile).

GUZMAN BRITO, Alejandro. (2001): El derecho privado constitucional de Chile. (Valparaíso, Editorial Universitaria de Valparaíso).

LASARTE, Carlos (2013): “la regulación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho español contemporáneo”, en: GOMEZ DE LATORRE, Maricruz., Técnicas de reproducción humana asistida desafíos del siglo xxi. (Santiago, Editorial Legal publishing). pp. 105-125.

LOPPEZ RIVERA, Gissela. (2001): Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales. . (Santiago, Editorial jurídica cono sur Ltda.).

MORANDE, Pedro. (1999): Familia y Sociedad. (Santiago, Editorial Universitaria, S.A.)

SANDEL, Michael. (2007): Contra la perfección. (Barcelona, editorial marbot).

SCHMIDT, C. & VELOSO, P, (2001): La filiación en el nuevo derecho de familia. Santiago, Editorial jurídica cono sur Ltda.).

TRONCOSO LARRONDE, Hernán. (2006): Derecho de Familia. (Santiago, Editorial Lexis Nexis)

REFERENCIA DE ARTÍCULO DE REVISTA

CARDACI, D. & SÁNCHEZ, A (2011): “La fertilización asistida en la agenda de los grupos feministas mexicanos”, en: Revista de estudios de género La ventana. (Año 2011, N° 4), pp. 242-276.

CORRAL TALCIANI, Hernán, (1998):”Determinación de la filiación y acciones del estado en la reforma de la ley Nª 25.” EN: revista de derecho univ, católica de valparaiso. (año 1999), pp. 39-109.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015) “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia” en: Revista Estudios Constitucionales (Año 13, N° 2), pp. 301-350

KOTTOW, Miguel (1995) “La investigación científica como tema bioético” EN: Publicaciones especiales / Centro Interdisciplinario de Bioética, Universidad de Chile (Año 1994 No. 2). P

#### REFERENCIA A DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica (2011): “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India”, En: Revista Nomaditas. (N° 14). Disponible en: <http://www.nomaditas.uchile.cl/index.php/NO/article/viewFile/17395/19233>. [Visitado el 28/05/2016].

Hugo Fernández Borbón. (2014) La reproducción asistida. en Rev Ciencias Médicas (vol.19 no.) Disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1561-31942015000200019&lng=pt&tlng=es](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-31942015000200019&lng=pt&tlng=es). [Visitado el 15/06/2016].

RABANALES DE LA ROCA, ANDREA DESIRÉE. (2015). TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. DE LA ÉTICA A LA NORMA (tesis de maestría en BIOÉTICA). UNIVERSIDAD DEL ISTMO; Guatemala. <http://glifos.unis.edu.gt/digital/tesis/2015/49818.pdf>. [Visitado el 25/05/2016].

SANTAMARÍA, Luis (2000): “Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida”, en: Revista bioética (N°41). Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>

Serra Alcega, Marta (2015): “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español”, en: Revista Jurídica de

la Universidad Autónoma de Madrid. (N°32, Año 2015). Disponible en: [http://200.38.75.91:2074/#WW/search/content\\_type:4/maternidad+por+encargo+feminismo/vid/632168577](http://200.38.75.91:2074/#WW/search/content_type:4/maternidad+por+encargo+feminismo/vid/632168577).

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley N° 19585, que modifica el Código civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Diario Oficial, 26 de octubre de 1998.

Ley N° 20609, que establece medidas contra la discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

LEY 20120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Diario Oficial, 22 DE SEPTIEMBRE DE 2006.

LEY 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida España. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 27 DE MAYO DE 2006  
SENTENCIAS

Sentencia CIDH, CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE, 24 DE FEBRERO DE 2012.

## ENTREVISTAS

Entrevista por OTTO KALLSCHEUER a BOBBIO. Disponible en <http://www.oocities.org/fdomauricio/bobio.htm>





## EL COMERCIO ELECTRÓNICO: INCIDENCIAS Y DESAFIOS EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Christian Camilo Gómez Gómez<sup>13</sup>

Fecha de recepción: 2 de octubre de 2017

Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2017

Referencia: GÓMEZ GÓMEZ, Christian Camilo. *El Comercio Electrónico Incidencias Y Desafíos En El Derecho Del Consumidor*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 35 a 51. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** The present research work covers topics corresponding to the rights of Cyber-Consumers, from an online commerce perspective, studying figures such as Click Wrap contracts, Brose Wrap, Hiperlink Arbitration Pacts, stamps online trust, and the possible creation of an extrajudicial route such as the Arbitration System of Online or electronic consumption for the protection of consumers affected by the new ones virtual markets in national and international trade in Colombia and the other countries Latin American

The research is divided into the following chapters: the first scenario is analyzed the situation of consumers in virtual cyberspace evidencing the legal gap that it exists in terms of its protection in the judicial system in Colombia and in Latin America. At Second scenario, some guarantees offered in comparative law for the Protection of Cyber-Consumers, as is the case with online trust stamps applied in Spain. In the third scenario, legal entities

<sup>13</sup> Ganador del 3 concurso nacional de ensayos en derecho internacional 2017, organizado por la academia colombiana de derecho internacional, ganador del 2 lugar concurso nacional de derecho comercial para estudiantes 2017, organizado por el colegio de abogados de Medellín y la universidad externado de Colombia, ganador del tercer lugar Moot de arbitraje comercial internacional en la ciudad de México D.F 2013, Organizado por el tecnológico de monterrey y la centro de arbitraje de México.

that are born in the Anglo-Saxon law as the contracts Click wrap and browser wrap, to highlight the gaps legalities that exist in Colombian law and in Latin America to give treatment to these eventual incidents, citing as examples some landmark sentences in the United States and Canada. In the fourth scenario, the hyperlink arbitration agreements are studied, analyzing how the consent, an essential aspect for the formation of a contract is regulated in cyberspace differently due to new trends in the digital world. In the fifth it is proposed the creation of an online consumer arbitration system to resolve disputes arising in national and transnational e-commerce in Colombia and Latin America. For later to end with the respective conclusions that frame the development of this research, evidencing the incidences and challenges of electronic commerce in the law of the consumer.

**KEYWORDS:** Digital Economy, Electronic Commerce, Virtual Cyberspace, Cyber-Consumers, Distinctive Trust Online, Hyperlink Arbitration Pact, Arbitration Electronic Consumption, electronic award.

**RESUMEN:** El presente trabajo de investigación abarca temáticas correspondientes a los derechos de los Ciber-Consumidores, desde una perspectiva del comercio online, estudiando figuras como los contratos Click Wrap, Brose Wrap, Pactos Arbitrales Hiperlink, sellos de confianza online, y la posible creación de una vía extrajudicial como lo es el Sistema Arbitral de Consumo online o electrónico para la protección de los consumidores afectados por los nuevos mercados virtuales en el comercio nacional e internacional en Colombia y los demás países latinoamericanos.

La investigación se divide en los siguientes capítulos: en el primer escenario se analiza la situación de los consumidores en el ciberespacio virtual evidenciándose la laguna jurídica que existe en cuanto a su protección en el sistema judicial en Colombia y en América latina. En el segundo escenario se estudian algunas garantías que se ofrecen en el derecho comparado para la protección de los Ciber-Consumidores, como es el caso de los sellos de confianza online aplicados en España. En el tercer escenario, se examinan figuras jurídicas que nacen en el derecho anglosajón como los contratos Click wrap y browser wrap , para evidenciar los vacíos legales que existen en el derecho colombiano y en América latina para dar tratamiento ante estas

eventuales incidencias, citando como ejemplos algunas sentencias hito en Estados Unidos y Canadá. En el cuarto escenario, se estudian los pactos arbitrales hiperlink, analizando como el consentimiento, aspecto esencial para la formación de un contrato es regulado en el ciberespacio de manera diferente debido a las nuevas tendencias del mundo digital. En el quinto se propone la creación de un sistema arbitral de consumo online para resolver las controversias surgidas en el comercio electrónico nacional y transnacional en Colombia y América Latina. Para posteriormente finalizar con las respectivas conclusiones que enmarcan el desarrollo de esta investigación, evidenciándose las incidencias y desafíos del comercio electrónico en el derecho del consumidor.

**PALABRAS CLAVE** - Economía Digital, Comercio Electrónico, Ciberespacio Virtual, Ciber-Consumidores, Distintivo De Confianza Online, Pacto Arbitral Hiperlink, Arbitraje De Consumo Electrónico, laudo electrónico.

## INTRODUCCIÓN

Más que personas, cada día somos consumidores, y es claro también que el desarrollo del comercio por medio de las nuevas tecnologías ha sido un motor de crecimiento y desarrollo del comercio electrónico, practicándose incluso en las llamadas redes sociales, Facebook, Instagram y Twitter, que sirven ahora como plataformas comerciales virtuales destinadas en gran parte a la compra y venta de productos y a los cuales concurren los múltiples consumidores, lo que ha concebido que se generen nuevos escenarios en donde es necesario analizar y preguntarnos ¿cuáles son las nuevas incidencias y desafíos del Comercio Online frente a los derechos de los Ciber-Consumidores?, el deseo de hallar una respuesta ante esta temática fue lo que incentivo a la investigación de este tema, pues la creciente complejidad de las tecnologías en el derecho del consumo exige una constante revisión de las posturas y de la comprensión del mundo por parte de los juristas.

El comercio electrónico, ha sido catalogado como uno de los motores de desarrollo de la economía del siglo XXI, sin embargo no existe concepto unificado en la doctrina que defina lo que es el comercio electrónico, no obstante mencionaré algunas definiciones emitidas por profesores y organismos especialistas en el tema: Ernesto Rengifo García, define el comercio electró-

nico como “el intercambio de información entre personas que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles. Este intercambio de datos puede ser “multimedial” o consistir en imágenes, textos y sonidos”. (Rengifo Garcia, 2000)

PEET JHON, “se refiere al comercio electrónico que efectivamente tiene lugar en el Internet” (Peet, 2000), y MELBA ROCIO PEREZ, “se refiere a él como la compra de servicios y productos en Internet”. (Perez Rocio, 2003)

La CNUMDI, uno de los organismos más importantes en relación al comercio internacional, plasma una definición de comercio electrónico al señalar que: “el comercio electrónico abarca 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, las relaciones de índole comercial comprenden sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministros o intercambio de servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles o de seguros; de construcción de obras de consultoría; de ingenierías; de concesión de licencias ; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial y comercial de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”.

Por otra parte la normativa que rige en el ciberespacio es escasa y se presenta una niebla legal, en especial con la protección de los Cyberconsumidores en las relaciones que se dan en las compras por internet y los mecanismos de defensa de los consumidores afectados por los mercados digitales.

Los consumidores en el ciberespacio virtual: ciber-consumidores.

Cada vez son más, las personas que acuden a las compras por medios digitales, por cuanto, el consumidor de la actualidad, antes de acudir al establecimiento de comercio físico, prefiere visitar la página web de las empresas, ver allí los productos que ofrecen y comprarlos por medio de transacciones electrónicas. Sin embargo, el desarrollo de estas actividades comerciales en las páginas web, ha generado cierta complejidad con el tiempo,

ya que en el ciberespacio virtual no se aprecian las mismas garantías para los consumidores, y el Estado no regulado de forma completa, normativamente hablando lo relacionado con la protección de las personas que acceden a ser parte de este tipo de comercio (Ciber-Consumidores), armonizando sus necesidades a las de la economía digital.

La confianza y transparencia de los proveedores y productores tanto nacionales como extranjeros en el internet, redes sociales y todo el ciberespacio, son muestra de las primeras incidencias propias del comercio online, lo que implica que desde el plano jurídico-normativo se genere la necesidad de crear mecanismos para afianzar la confianza y transparencia propia de una era informática.

En Colombia la ley solo creó deberes y obligaciones a los “expendedores y proveedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos” (Congreso de Colombia, ley 1480 de 2011), ignorando las actividades transfronterizas del comercio electrónico, sobre las cuales es poco lo que pueden hacer las autoridades nacionales frente a personas que comercializan sus productos en el ciberespacio pero tienen sus establecimientos de comercio en otros países.

Países como Colombia no han sido ajenos al desarrollo global de las transacciones online, ocupando la posición 71 a nivel mundial en el comercio electrónico B2C, por encima de países como Ecuador, El salvador, Panamá y Perú (ONU, 2015), lo cual nos da a entender que las relaciones del comercio electrónico transfronterizas son cada vez mayores, lo que implica que puedan mostrarse escenarios donde surjan conflictos entre los Ciber-consumidores y los ofertantes del comercio electrónico, la ventaja del comercio electrónico de no existir fronteras físicas como si la existen en los mercados físicos, pasa entonces a convertirse en un obstáculo para los Ciber-consumidores al encontrar dificultades para el acceso a la justicia ante un eventual caso en donde las obligaciones contraídas del ofertante virtual no se cumplan, pudiéndose alterar la calidad, idoneidad del producto, existiendo un riesgo de contraparte, pues el Ciber-consumidor solo podrá tomar su decisión fundada exclusivamente en la información que ofrece el empresario. Razones que hacen pensar ¿cuál sería el procedimiento más eficaz y adecuado para solucionar un litigio de consumo transfronterizo surgido de una controversia en el comercio digital internacional?

## 1. Garantías de los ciberconsumidores en las compras por internet, los mercados digitales internacionales

La mayoría de los sistemas legales en el mundo no han creado herramientas que permitan a los consumidores crear confianza en los productos que ofrecen los vendedores online, a modo de ejemplo, cuando se realiza una compra en páginas web como mercadolibre.com, olx.com y otras encargadas de ofertar productos online, no se ofrecen al consumidor garantías en cuanto a cumplimiento de las obligaciones con los usuarios, es por estas razones que países del ámbito internacional han creado en sus ordenamientos jurídicos políticas públicas encaminadas a dar confianza a los Ciber-consumidores en sus compras virtuales y a que las páginas web ofrezcan garantías en el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas llama especial atención la del I.N.C., quienes han creado los llamados “DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA ONLINE” Con la finalidad de identificar aquellos prestadores de servicios de comercio electrónico que voluntariamente se adhieren y respetan unos determinados códigos de conducta de ámbito nacional fijados por el Estado.

Los sellos y códigos de conducta de las instituciones a las que se les haya otorgado el “DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA EN LÍNEA” deben contener unas garantías concretas que mejoren o incrementen las reconocidas por el ordenamiento jurídico y unos compromisos específicos en relación con los problemas concretos planteados por los consumidores y usuarios del sector. Entre otros requisitos, las empresas deben ofrecer como medio de resolución de controversias el Sistema Arbitral de Consumo (sistema que se desarrollará en los siguientes capítulos) u otro sistema de resolución extrajudicial de conflictos que figure en la lista que publica la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, con lo que el consumidor cuenta con importantes garantías y con la posibilidad de dirimir posibles disputas en sede extrajudicial.

Actualmente existen tres códigos de Conducta o sellos de confianza que cuentan con el “DISTINTIVO PÚBLICO DE CONFIANZA EN LÍNEA” reconocido por el Instituto Nacional del Consumo y son los siguientes:

- SELLO DE CONFIANZA ONLINE (promovido por la asociación para la autorregulación de la comunicación comercial y la asociación española de comercio electrónico y marketing relacional)
- SELLO DE CALIDAD AGACE (promovido por la asociación para la promoción de las tecnologías de la información y el comercio electrónico)
- SELLO OPTIMA WEB (promovido por la asociación para el fomento del comercio electrónico empresarial).

Estas políticas, incentivan a la compra en páginas web que poseen dichos sellos, ofreciendo un mayor grado de confianza y transparencia a los Ciber-Consumidores, la incidencia de estos sellos en el comercio electrónico, genera posibilidades en el aumento de compra-venta en las páginas web, así mismo están todos los comentarios de los Ciber-consumidores que antes han tenido relación contractual con el ofertante virtual, exponiendo estos el nivel de confiabilidad del empresario tal y como se utiliza en páginas web como la de mercadolibre.com siendo estas formas que garantizan a los derechos de los consumidores en el ciberespacio virtual.

## 2. Los Contratos Online: Contratos Click Wrap Y Contratos Browse Wrap.

A pesar de que es necesario replantear temas en el derecho contractual privado con respecto a las incidencias de los mercados digitales, es menester establecer que no, nos encontramos frente a un nuevo tipo contractual, sino frente a una nueva forma de celebrar contratos, en las cuales las partes aceptan su consentimiento por medios electrónicos, sin embargo hay autores que plantean que el contrato electrónico si es autónomo y atípico al contrato común.

Las nuevas tendencias en los mercados virtuales generan, como lo explicaba al principio de este escrito el necesario cambio de postura en lo jurídico, para dar paso a nuevas teorías acordes con los cambios de la sociedad, en estos casos juega un papel fundamental la denominada sociedad de la información, ¿nos hemos preguntado si al momento de entrar a una página web o en caso de acceder y utilizar plataformas virtuales de las redes Facebook o Instagram, con tan solo presionar ese click derecho en ese botón de acepto, también aceptamos que somos parte en un Contrato Online?.

Colombia y muchos países de América latina no han estipulado legalmente, por lo menos de forma específica al respecto este tipo de contratos y de otro lado la jurisprudencia ha sido pasiva con respecto al tema. Por lo que para esbozar un panorama de lo que esta incidencia del mercado digital, implica para los Ciber-Consumidores se acudirá al estudio del derecho comparado.

En el derecho anglosajón se han creado categorías de negocios jurídicos en línea: Clic Wrap y Browse Wrap. En los contratos Click Wrap el consentimiento se expresa a través del señalamiento por el mouse del computador de un botón o un gráfico; en unos casos se obtiene además una clave por teléfono que le da mayor seguridad al sistema. Los Clic Wrap requieren que el cliente o usuario revise afirmativamente los términos de un acuerdo a través de una serie de ventanas pop-up que piden a los clientes hacer clic en un botón que muestra que están de acuerdo a las condiciones. En virtud de un Acuerdo click wrap la página web pone los términos del acuerdo directamente delante del usuario y les obliga a demostrar que afirmativamente aceptan los términos haciendo clic en un botón. (Firm, 2013)

Los contratos Browse Wrap, son los más nuevos, el consentimiento sobre las aceptaciones de uso de un programa lo expresa un usuario por el hecho de navegar y bajar el programa de un sitio en el cual aparecen, no siempre de manera visible, las condiciones generales de licenciamiento (Varios Autores, 2006), al contrario de los contratos Clic Wrap, en el que los usuarios deben manifestar consentimiento a los términos y condiciones, haciendo clic en la casilla “estoy de acuerdo” o “acepto”, un contrato online Browse Wrap no requiere este tipo de manifestación expresa de consentimiento, esta se da con la simple navegación de la página web o la descarga del software. (Kwan V. Clearwire Corporation, , 2012)

Entonces si usted acepta un Contrato Browse Wrap, debe tener conocimiento que está aceptando condiciones futuras que el prestador del servicio online pueda establecer tan solo con usar el servicio web, como es el caso de Instagram o Facebook, redes sociales que al actualizar o cambiar sus condiciones no solicitan consentimiento del usuario, lo lógico sería pensar que al momento de cambiar las condiciones, se les debe avisar o notificar a los consumidores de estos cambios y dar la oportunidad de que estos manifieste su consentimiento o no, sin embargo en estos tipos de contratos Online, las condiciones no se fijan así.

La jurisprudencia en países como Canadá y EE.UU. la jurisprudencia ha sido más dinámica en estos temas, por lo que se hará una breve referencia a algunos fallos jurisprudenciales emitidos por Cortes Extranjeras, con el interés de que sirvan para crear una opinión de lo que debe legislarse sobre el tema y que debe ser un punto de referencia para el derecho y políticas públicas que se promuevan en la solución de estos conflictos.

En el caso *tickermaster v. tickets.com* se señaló que, contrariamente, el mero de hecho de poner en pantalla un acceso a las condiciones generales no implica que ellas sean admitidas, si no se ha previsto que a tal fin sea oprimido el botón “Acepto”, en cuatro de las sentencias se cuestionó la validez de la cláusula de elección de jurisdicción aceptada mediante click wrap, también fue tratado el tema de los contratos predispuestos, se entendió que una parte que firma un instrumento manifiesta su consentimiento con el mismo y no puede posteriormente advertir que no leyó el contrato o que no comprendió su contenido, porque antes de aceptar estaba en libertad de recorrer las diversas pantallas del ordenador donde aparecían los términos y condiciones de los contratos y se tenía la opción de rechazar el servicio que el contrato que lo ofrecía. (*Ticketmaster Corp. Et Al. V. Tickets.Com., 2000*)

De igual manera ocurrió un caso con múltiples consumidores afectados por un Contrato Clic Wrap, una importante empresa de venta de computadores dispone en el sitio web a través de los cuales lo usuarios pueden elegir y solicitar los equipos que allí se exhibían, los usuarios podían introducir ciertas modificaciones configurándolos a su gusto, así por ejemplo un computador portátil dispone de memoria RAM y un disco duro, estas son características que se encuentran en el precio inicial del equipo, el día 28 de julio de 2008, y a resultas de una falla técnica, aquellos usuarios configuraron cierto modelo de portátil, añadiéndoles un modelo de procesador de mayor poder, el precio del equipo tuvo una deducción, el precio inicial del equipo ascendía a \$298.997, el costo de agregarle el procesador era de \$221.258, lo cual arrojaba un total de \$520.255, no obstante, debido a la falla técnica el precio final era de \$77.739, es decir el precio no se sumó, sino que se restó, este error que se mantuvo durante cuatro horas, durante ese lapso de tiempo, 3.150 personas solicitaron más de 7.000 computadores, sin embargo el proveedor se negó a entregarlos. (*Bascuñán María Y Otros Con Dell Computer Chile Ltda., 2008*)

### 3. Pactos arbitrales hiperlink

Cada vez son más las incidencias del comercio digital en los derechos del consumidor, por lo cual se analizarán los llamados “Pactos Arbitrales Hiperlink”, los cuales se dan cuando al momento de entrar a una página web principal, en donde esta proporciona un hipervínculo, el cual debemos aceptar para dirigirnos al siguiente enlace de la página web principal.

Imaginen por un momento el siguiente escenario, como consumidor nos encontramos el día de hoy, navegando en la página web de APPLE, SAMSUNG O SONY, y compramos en su plataforma virtual un de sus productos y poder cargarlos a la canasta, debemos aceptar un hipervínculo, que contiene una cláusula para ir a arbitraje, acaso ¿podría ser válida esta cláusula?, la legislación colombiana y de muchos países americanos no ha dado tratamiento en su normativa interna, de forma específica a estas figuras jurídicas, nacidas en los mercados virtuales, o con aspectos relacionados con el consentimiento de los consumidores, por lo que parece bastante interesante lo sucedido según otro precedente internacional.

El caso *Hubbert v. Dell Corp.* En este caso en cada página web existía una referencia a los términos y condiciones de venta destacada. Así mismo, en cada computador se incluían dichos términos y condiciones. Sin embargo al realizar la compra, el sistema nunca solicitaba al usuario abrir la página. La Corte de apelaciones consideró que el vínculo estaba claramente destacado y que no activarlo era una situación similar a decidir no pasar la página en un contrato escrito, por lo que consideró que si existía pacto arbitral. Además la Corte Suprema de Illinois se negó igualmente a oír el caso. (*Hubbert V. Dell Corporation*,, 2005)

En el caso *Fiser v. Dell Computer Corp* es semejante al anterior, pero la Corte de Apelaciones aceptó la existencia del pacto arbitral, porque consideró que al usar el computador después de recibir los términos y condiciones por escrito se aceptó el pacto arbitral. (*Fiser v. Dell Computer Corp*,). Es decir, que en la jurisprudencia americana es clara la aceptación que se da a los Pactos Arbitrales Hiperlink.

En Canadá, para citar un ejemplo tenemos el caso *Dell Computer Corp. v. Union Des Consommateurs* del 13 de julio de 2007, la Corte se pronunció sobre varios temas en relación con un conflicto entre Dell y uno de sus consumidores, por razón de un precio erróneo publicado en una página

web. En primer lugar en este caso el pacto arbitral aparecía en los términos y condiciones a través de un [hyperlink](#) en la página web. Lo primero que señala la Corte es que la inclusión de un pacto arbitral en un contrato de adhesión no es en sí mismo abusivo y agrega que tales pactos pueden facilitar el acceso del consumidor a la justicia. Por otra parte, la Corte analizó si en el caso concreto la estipulación es externa al contrato, pues la legislación canadiense no acepta en los contratos de adhesión pactos externos al contrato, a menos que hayan sido puestos en conocimiento del consumidor. La Corte consideró que la forma como aparecía el vínculo era consistente con las prácticas de la industria y por ello la cláusula de arbitraje que era accesible a través de un [hipervínculo](#) no era externa y por ello era vinculante. (Dell Computer Corp. V. Union Des Consommateurs,, 2007)

La experiencia internacional demuestra aceptación a los pactos arbitrales contenidos en [hipervínculos](#), siempre y cuando se respete el equilibrio contractual entre el consumidor y el oferente, sin embargo ¿podrá aplicarse de la misma forma en Colombia o en algunos países del mundo, donde según la experiencia práctica el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos implica una inversión considerable que podría impedir el acceso a la justicia para un consumidor?

Lo que en ciertos caso sucedería es un contexto que refleja un escenario en donde habría un [desequilibrio](#) para el consumidor que deba acudir a esta vía, enfrentándose a un grupo empresarial, como en el ejemplo que se citó anteriormente, el consumidor normal vs APPLE, se puede entender entonces la desigualdad, es por este motivo que el siguiente capítulo quiere traer a modo de propuestas incorporar en las legislaciones del mundo una nueva vía de resolución extrajudicial, que se ha implementado en países como España y Argentina para subsanar esta falencia del [desequilibrio](#) entre las partes.

El Arbitraje De Consumo online o electrónico, Reflexión De Un Nuevo Esquema Arbitral. Una nueva modalidad de resolución de controversias se implementa con gran aceptación en los modelos jurídicos del mundo, los medios tradicionales ya no ofrecen la misma seguridad jurídica y la economía a los consumidores digitales, debido a la creciente evolución del derecho del consumidor y de las incidencias del comercio electrónico por lo que se hace menester crear una normativa procesal y sustancial que propendan por la protección de los derechos de los consumidores, la parte más débil en las relaciones comerciales.

La necesidad de resolver las disputas del comercio electrónico adquiere mayor relevancia si se considera que el 50% de los compradores digitales en Colombia prefieren sitios web internacionales (ONU, 2015), por lo que los procedimientos nacionales se quedan cortos al momento de resolver eficientemente una disputa.

El Sistema Arbitral de Consumo es una vía extrajudicial, habilitada por la Administración Pública, mediante la que se resuelve con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, los conflictos y reclamaciones que surgen en las relaciones de consumo, es decir, entre consumidores o usuarios y empresarios o profesionales, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito. (Diputación de Jaen, 2015)

A través de dicho sistema, las partes en conflicto, voluntariamente, encomiendan a un órgano arbitral, que actúa con imparcialidad, independencia y confidencialidad, la decisión sobre el mismo, la cual, al ser vinculante, tiene la misma eficacia que una sentencia judicial. El Real Decreto Ley 231/2008 regulo el Arbitraje de Consumo Electrónico, con el fin de facilitar la resolución de controversias con elementos transfronterizos, En este arbitraje el procedimiento se sustancia íntegramente por medios electrónicos a través de la aplicación habilitada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; con el fin de garantizar la autenticidad se aplica la firma electrónica; las notificaciones se remiten a la sede electrónica designada por las partes; se establecen unas reglas específicas sobre cómputo de plazos, y el lugar de celebración del arbitraje se considerará el de la sede de la Junta Arbitral o de la delegación territorial correspondiente. (Pico Zuñiga, 2014)

Al principio de este escrito planteaba el interrogante de ¿cuál sería el procedimiento más eficaz y adecuado para solucionar un litigio de consumo transfronterizo surgido de una controversia en el comercio digital internacional? Y con el desarrollo de esta investigación considero que el arbitraje de consumo online o el arbitraje de consumo electrónico es la mejor forma de solucionar las controversias surgidas de las relaciones transfronterizas del comercio electrónico con los Ciber-Consumidores, A diferencia de los mecanismos tradicionales, el arbitraje de consumo electrónico posee la ventaja de que el escenario donde se ventilarán los eventuales conflictos derivados del contrato es el mismo que escogieron las partes para realizar sus acuerdos comerciales. Por lo tanto, la reducción de los costos asociados con el proceso es proporcional al valor del derecho en disputa. Esta nueva tendencia ha sido

acogida igualmente en la legislación Colombiana en la Ley 1480 de 2011 por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones en el artículo 50 donde “el oferente debe disponer en el mismo medio que realiza comercio electrónico, de mecanismos que para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, quejas o reclamos”, precepto que abre la posibilidad para la utilización de las tecnologías de la información y comunicación encaminadas a proteger al consumidor de mecanismos onerosos para la solución de sus conflictos comerciales. Es así como la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos en el comercio electrónico no es solamente una necesidad sino un imperativo legal. En razón de que el promedio de precios de los productos que se comercian vía internet no superan el costo mínimo de la resolución de una disputa por arbitraje de consumo electrónico, como se explicara con la ecuación del profesor Richard Posner.

Debido a estos motivos Países como Perú han realizado la creación de un cibertribunal <sup>14</sup>, para resolver las controversias que se presentan en el comercio transfronterizo online, por medio del decreto legislativo N. 1071.

Se ha hecho énfasis en que debido a la imposibilidad de los mecanismos tradicionales para solucionar las controversias internacionales en el comercio electrónico, se debe acudir a la implementación del arbitraje de consumo electrónico, sin embargo también existe la posibilidad de que el laudo electrónico proferido por el tribunal arbitral electrónico no se cumpla por el empresario, eventualidad ante la cual el consumidor deberá acudir a impetrar un proceso ejecutivo, lo cual resultaría contradictorio a la intención de crear una vía extrajudicial como el arbitraje de consumo electrónico, esto en razón de que la necesidad de acudir a un proceso ejecutivo hace que los costos que se ahorran en el arbitraje electrónico, se presenten en esta nueva etapa del proceso, por lo que el empresario vencido podría fácilmente pensar que el Ciber- consumidor afectado no activaría el aparato estatal e iniciaría un proceso ejecutivo singular, encontrando incentivos para incumplir el laudo electrónico, ante este escenario se propone entonces que ese empresario que haya incumplido la decisión del tribunal arbitral electrónico se le obligue a mantener en su aviso de página web que tiene pendiente el cumplimiento de un laudo online, lo cual repercutiría en volumen de sus ventas otra acción aún más drástica podría ser que no pueda abrir su establecimiento de

<sup>14</sup> En caso de un arbitraje virtual la comunicación con los representantes del Cibertribunal Peruano se desarrollarán mediante correo electrónico. Las audiencias de arbitraje se realizarán utilizando en algunos casos el correo electrónico y en otros se realizarán sesiones de Chat y de Video Conferencia entre las partes en conflicto y el Tribunal, así como entre los Vocales del Tribunal. <http://cibertribunalperuano.org/servicios/conciliacion/>.

comercio virtual dentro del mercado colombiano hasta que no cumpla con la obligación contraída en el laudo que profirió el tribunal online.<sup>15</sup>

El comercio electrónico, los mercados virtuales traen consigo nuevas incidencias y desafíos que por el momento solo deben enmarcar una esfera y es la protección a los consumidores en el mundo digital.

Para representar las ventajas de acudir a un arbitraje de consumo electrónico y no a los mecanismos tradicionales, el profesor Richard Posner, lo explica mediante un razonamiento matemático simple (Rosero, 2015):

$$(P_x \cdot X > [(1 - P_x) \cdot C])$$

Para expresarlo, Posner afirma que resulta imperativo que el valor esperado del litigio sea mucho mayor a sus costos para que una persona, en este caso un consumidor, decida dirimirla por mecanismos tradicionales.

Esta operación parte del supuesto de que para determinar el valor esperado del litigio debemos multiplicar la probabilidad subjetiva de sacar adelante las pretensiones dentro del litigio ( $P_x$ ), por el valor de las pretensiones ajustadas a derecho ( $X$ ). Por otra parte, se tiene que los costos esperados del litigio derivan del producto de multiplicar la probabilidad de no obtener un resultado favorable en el proceso ( $1 - P_x$ ), con el valor del derecho ( $X$ ). Sin embargo, para calcular los costos esperados, no debemos obviar los costos asociados al litigio ( $C$ ), como pueden ser los honorarios de un abogado, los costos asumidos por notificaciones y en general, todos los costos que rodean un trámite judicial o arbitral.

Es así como Posner llega a la conclusión natural, de que es más probable que una parte acuda a un litigio para resolver un conflicto siempre que el valor del derecho que se discute sea alto, y en todo caso los costos asociados al litigio sean bajos, en el presente objeto de análisis que son las relaciones B2C (empresario y consumidor), se puede afirmar que lo que incentiva la resolución de controversias del comercio electrónico transfronterizo por medio del arbitraje de consumo electrónico es la de “los costos asociados del proceso”. (POSNER, 1973)

15 Esta facultad la encontramos en el ordenamiento nacional, dentro del artículo 61 de la ley 1480 de 2011., que prescribe: “La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer, previa investigación administrativa, las sanciones previstas en este artículo por inobservancia de las normas contenidas en esta ley, de reglamentos técnicos, de normas de metrología legal, de instrucciones y órdenes que imparta en ejercicio de las facultades que le son atribuidas por esta ley, o por no atender la obligación de remitir información con ocasión de alguno de los regímenes de control de precios: 3. En caso de reincidencia y atendiendo a la gravedad de las faltas, cierre definitivo del establecimiento de comercio o la orden de retiro definitivo de una página web portal en Internet o del medio de comercio electrónico utilizado

Los costos de los mecanismos tradicionales superan excesivamente las posibles pretensiones de los consumidores, a sabiendas que el proceso civil ordinario con pretensiones declarativas resulta exorbitantemente oneroso en términos de tiempo<sup>16</sup> y que los costos del trámite arbitral tradicional no se corresponden con el valor del derecho en litigio<sup>17</sup>

## CONCLUSIONES

La confianza y la transparencia de los proveedores en el Ciberespacio, es una de las nuevas incidencias del comercio electrónico frente a la protección de los derechos de los consumidores. La validez jurídica de los contratos online: Click Wrap y Browse Wrap y el tratamiento que debe darles la normativa, es otra de las incidencias del comercio electrónico frente a la protección de los derechos de los consumidores.

La validez jurídica del consentimiento en los Pactos Arbitrales Hyperlink, y el desarrollo legal, es una incidencia del comercio electrónico frente a la protección de los derechos de los consumidores.

La protección del consumidor en la resolución de conflictos, con un Sistema Arbitral de Consumo electrónico y su implementación, es una incidencia y principal motivación que debe tener el ordenamiento jurídico interno para tomar interés en el desarrollo normativo de lo planteado en este escrito.

## BIBLIOGRAFÍA

Cárdenas Caycedo, O. A. (2016). Aplicación de los principios de contratación electrónica en las transacciones con bitcoins en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 265-308.

<sup>16</sup> de la Cámara de Comercio de Bogotá es de aproximadamente setecientos cuarenta y siete mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos (747.446,00) y como costo de radicación de la demanda un (1) S.M.L.M.V. más IVA. Disponible en <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/contenido/contenido.aspx?catID=830&conID=59>.

<sup>17</sup> Las tarifas nacionales del arbitraje de único árbitro y de mínima cuantía para el centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá es de aproximadamente setecientos cuarenta y siete mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos (747.446,00) y como costo de radicación de la demanda un (1) S.M.L.M.V. más IVA. Disponible en <http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/contenido/contenido.aspx?catID=830&conID=59>.

Ticketmaster Corp. Et Al. V. Tickets.Com., Inc Case No. 99-Cv-07654, ( United States District Court For The Northern District Of California 2000).

Hubbert V. Dell Corporation,, No. 5-03-0643 ( Appellate Court Of Illinois,Fifth District 12 de August de 2005).

Dell Computer Corp. V. Union Des Consommateurs, (Suprema De Justicia De Canadá. 13 de julio de 2007).

Bascuñán María Y Otros Con Dell Computer Chile Ltda., Rol 32796/2008 (2008).

Kwan V. Clearwire Corporation, , Case No. C09-1392jlr (United States District Court, W.D. Washington, Seattle. 3 de january de 2012).

Congreso de Colombia. (ley 1480 de 2011). Estatuto Del Consumidor.

Diputacion de Jaen. (7 de septiembre de 2015). *Qué es el Sistema Arbitral de Consumo*. Obtenido de <https://www.dipujaen.es/conoce-diputacion/areas-organismos-empresas/areaG/consumo/junta-arbitral-consumo/presentacion.html>

Firm, D. F. (19 de JULIO de 2013). *Website Agreements: Browse-wrap vs. Click-wrap Agreements*. Recuperado el 5 de SEPTIEMBRE de 2015, de <Http://Www.Dashfarrow.Com/Website-Agreements-Browse-Wrap-Vs-Clickwrap-Agreements/>

Fiser v. Dell Computer Corp, (corte de apelaciones de estados unidos. ).

Mesa Elneser, A. M. (2015). La evidencia digital eximente de violación a la protección del dato personal a partir de la autorregulación. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 119-156.

ONU. (2015). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Informe sobre la economía de la información*. . Suiza: Naciones Unidas.

Peet, J. (26 de febrero de 2000). Define And Shell. *Artículo Publicado En El Seminario The Economist*, pág. 4.

Perez Rocio, M. (2003). *El Contrato Por Medios Electrónicos*. Bogota : Universi-

- dad Externado De Colombia.
- Pico Zuñiga, F. (15 de enero de 2014). La Alternativa De Arbitraje De Consumo: Puerta Abierta A La Justicia,. *Ámbito Jurídico*, pág. 2.
- POSNER, R. (1973). An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *2 Journal of Legal Studies* 399. .
- Rengifo Garcia, E. (2000). *Nuevos Retos Del Derecho Comercial, Comercio Electrónico, Documento Electrónico Y Seguridad Jurídica*. Primera Edición, Biblioteca Jurídica Diké.
- Rosero, A. M. (2015). En busca del tiempo perdido: reflexion sobre la efectividad de las obligaciones en el comercio electronico. 11.
- Varios Autores. (2006). *El Contrato Por Medios Electrónicos*., Bogotá: Universidad Externado De Colombia,.



## MOVILIZACIÓN LEGAL: ENFOQUES PARA EL ESTUDIO DE LA RELACIÓN ENTRE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES Y EL DERECHO.

Rolando Víctor Guerrero Tenganán<sup>18</sup>

*“Qué cosa fuera,  
qué cosa fuera la maza sin cantera.  
Un amasijo hecho de cuerdas y tendones,  
un revoltijo de carne con madera,  
un instrumento sin mejores resplandores,  
que lucecitas montadas para escena.  
Qué cosa fuera, corazón, qué cosa fuera,  
qué cosa fuera la maza sin cantera”*

Rodríguez Silvio (1982), La Maza.

Fecha de recepción: 17 de octubre de 2017

Fecha de aceptación: 12 de noviembre de 2017

Referencia: GUERRERO TENGANÁN, Rolando Víctor. *Movilización legal: enfoques para el estudio de la relación entre los movimientos sociales y el Derecho*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 53 a 80. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

<sup>18</sup> Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correos electrónicos: [rv.guerrero@uniandes.edu.co](mailto:rv.guerrero@uniandes.edu.co), [victorgue1@yahoo.es](mailto:victorgue1@yahoo.es)

**ABSTRACT:** The analysis and study of social movements is really complex. The bibliographic production is extensive, varied and dense. In effect, the study of social movements has been carried out from different perspectives, among them, sociological, political, anthropological or cultural, to mention some disciplines. Naturally, each one they use specific methodologies, make use of unique investigative tools, he uses a specialized language and builds his own categories of analysis. Given the previous circumstances, in this writing I will concentrate on a particular object of study, namely, the relationship between social movements and Law. In that framework I will make a bibliographic review of the relevant literature in the European and North American contexts –and especially- in the Colombian.

**KEYWORDS:** Social movements, law, critical theories, theories, theories functionalists, constructivist theories, identity, collective action.

**RESUMEN:** El análisis y el estudio de los movimientos sociales es realmente complejo. La producción bibliográfica es extensa, variada y densa. En efecto, el estudio de los movimientos sociales se ha realizado desde diferentes ópticas, entre ellas, la sociológica, la política, la antropológica o la cultural, para hacer mención de algunas disciplinas. Naturalmente, cada una ellas emplean metodologías específicas, hace uso de herramientas investigativas singulares, utiliza un lenguaje especializado y construye sus propias categorías de análisis. Dadas las anteriores circunstancias, en el presente escrito me concentraré en un objeto particular de estudio, a saber, la relación entre los movimientos sociales y el Derecho. En ese marco haré una revisión bibliográfica de la literatura relevante en los contextos europeo y norteamericano —y especialmente— en el colombiano.

**PALABRAS CLAVE:** Movimientos sociales, derecho, teorías críticas, teorías, teorías funcionalistas, teorías constructivistas, identidad, acción colectiva.

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene tres propósitos fundamentales, uno de carácter sustancial y dos de carácter metodológico. El primer propósito es determinar cuáles son las principales teorías a través de las cuales se ha estudiado la relación entre los movimientos sociales y el Derecho. Pese a la delimitación del objeto de estudio, la literatura es aún extensa y múltiple; sin embargo, es posible agrupar los diferentes estudios e identificar ciertos enfoques de análisis. El segundo propósito - de carácter metodológico - es trazar un mapa con unas rutas generales para sumergirse en los estudios que abordan la relación entre los movimientos sociales y el Derecho. Finalmente, el tercer propósito es configurar una guía conceptual para analizar el accionar de los movimientos sociales en diversos campos del derecho, verbigracia, el derecho ambiental, el derecho de familia o los derechos sexuales y los derechos étnicos.

La agenda trazada para cumplir los propósitos expuestos contempla cuatro etapas o fases. En primera instancia me aproximaré a la noción de movimientos sociales, describiré su naturaleza y haré alusión a las características que los diferencian de otros tipos de procesos sociales como las organizaciones, las redes o los partidos políticos. Igualmente, me referiré a las principales tradiciones históricas que analizan la noción de movimientos sociales. En una segunda etapa analizaré el concepto de movilización legal “*legal mobilization*”, entendida como el análisis de la relación entre los movimientos sociales y el Derecho. A su vez, en esta etapa propondré tres tipos de teorías para el análisis de la movilización legal, a saber, *teoría crítica*, *teoría funcionalista* y *teoría constructivista*. Posteriormente, —en una tercera etapa— describiré de manera pausada las tres teorías y acoplaré en cada una de ellas algunos de los estudios relevantes sobre movilización legal en Colombia. Finalmente, en una cuarta etapa, extraeré algunas conclusiones y recomendaciones orientadas al estudio de la movilización legal.

Ahora bien, antes de ejecutar la agenda propuesta debo manifestar que el estudio de la movilización legal —es decir, el análisis de la relación entre los movimientos sociales y el Derecho— pone sobre el tapete un conjunto de retos y desafíos a las estructuras conceptuales aprehendidas en los cursos de introducción al Derecho, teoría del Derecho o teoría general del Derecho. Generalmente el Derecho se analiza desde los debates entre naturalismo, positivismo y realismo jurídico o desde la tensión entre formalismo y antiformalis-

mo jurídico (Lopez, 2004). Desde este asidero y a través del método deductivo se construyen grandes y complejos conceptos de Derecho cuyos principales atributos son la coherencia y la pureza lógica. Lamentablemente dichos conceptos son problemáticos y experimentan serias dificultades cuando se intenta ponerlos sobre el tamiz de la cotidianidad. Se evidencia entonces un extraño divorcio entre las grandes construcciones lógicas y la forma en se vivencia el Derecho en el día a día. La realidad cotidiana suele escapar y ser más compleja que el concepto de Derecho obtenido a partir de reflexiones teóricas y deductivas, es más, las vivencias cotidianas desafían la pureza y coherencia de las construcciones lógicas y las ponen en constante *jaque-mate*.

En ese sentido, *el análisis de los movimientos sociales a través de los lentes del derecho o el estudio del derecho a través de los lentes de los movimientos sociales* desafían ese extraño divorcio, en tanto permite construir o descubrir el concepto del Derecho en la cotidianidad, en aquel asidero que Ewick & Silbey (1998) denominarían “*the common place of law*”. En esta dinámica, el día a día se transforma en la fuente y el nicho predilecto para encontrar, descubrir o construir el significado del Derecho. La cotidianidad se constituye en la fuente y en el insumo objeto de análisis. Es preciso entonces desarrollar nuevas sensibilidades para la investigación jurídica las cuales favorezcan un diálogo interdisciplinar más dinámico entre el Derecho y las metodologías, métodos y técnicas de las ciencias sociales. Por fortuna, en los últimos años las investigaciones de corte empírico, constructivista y sociológico son practicadas con mayor frecuencia en Colombia.

## 1. Noción de movimientos sociales

Con el objeto de determinar y caracterizar los elementos de la noción de movimientos sociales relacionaré dos nociones de esta categoría, el primero ligado al trabajo de la tradición europea y el segundo sujeto a una tradición de corte estadounidense. El objetivo de este ejercicio es extraer los elementos comunes y diferenciales de dichas definiciones, y a su vez, fijar los principales retos de la teoría general de los movimientos sociales. Esta estrategia de comparación se adopta en consideración a dos preocupaciones 1) la diversidad de nociones existentes sobre esta categoría y 2) la necesidad de contar con una noción lo suficientemente clara para estudiar la noción de movilización legal.

Dicho lo anterior, la primera definición proviene de Della Porta & Diani (2011), para quienes los movimientos sociales son “*procesos sociales diferenciados, consistentes en mecanismos a través de los cuales actores comprometidos en la acción colectiva se involucran en relaciones conflictivas con oponentes claramente identificados, se vinculan en densas redes informales; y comparten una identidad colectiva diferenciada*” (Della Porta & Diani, [2006] 2011, p. 43). La segunda definición la hace Munck (1995) quien concibe los movimientos sociales “*como un tipo de acción colectiva orientada hacia el cambio por una masa descentralizada encabezada, de manera no jerárquica, por un actor social.*” (Munck, 1995, p. 17).

De las definiciones consignadas se extraen dos tipos de inferencias. La primera se refiere a la existencia de dos grandes tendencias históricas para el estudio de los movimientos sociales, una de origen europeo que enfatiza en el elemento de *identidad* y otra de corte estadounidense que destaca el elemento de *acción colectiva*. Las tensiones entre estas dos tradiciones, aunque ya superadas, deben y puede ilustrarse. Como se pudo observar, en tanto la definición de Della Porta & Diani (2011) retoma el elemento de “*identidad colectiva diferenciada*” en los movimientos sociales, la definición de Munck (1995), destaca el elemento de “*acción colectiva orientada*”. Esto dejar entrever el énfasis histórico dado por cada una de las tradiciones al elemento de identidad o acción colectiva.

La segunda inferencia hace alusión a la existencia de cuatro elementos presentes en toda noción de movimientos sociales, a saber, 1) *identidad*, 2) *acción colectiva*, 3) *estructuras no jerárquicas* y 4) *vocación hacia el cambio*. Si se hace una lectura detenida de los conceptos relacionados se encuentran estos cuatro elementos de manera explícita o implícita.

Ahora bien, con el objeto de ampliar las inferencias ya enunciadas procederé a agotar la siguiente agenda. En una primera parte describiré el contenido de los elementos de *estructuras no jerárquicas* y *vocación colectiva*. El objetivo de esta primera descripción es brindar elementos necesarios para distinguir la noción de movimientos sociales de otros tipos de procesos sociales semejantes como los partidos políticos, las redes o las organizaciones. En una segunda parte describiré los elementos de *identidad* y *acción colectiva*. El propósito es hacer una distinción histórica entre la noción europea y estadounidense de los movimientos sociales. Finalmente, retomaré la descripción realizada para determinar la noción de movimientos sociales sobre la cual trabajaré en lo sucesivo.

a. *Los movimientos sociales como estructuras no jerárquicas*

Este elemento guarda dos significados. En primer lugar, permite concebir los movimientos sociales como “*densas redes informales*” (Della Porta & Diani, 2011, p 44) en las cuales participan diversos individuos que sin abandonar su autonomía están en capacidad de comprometerse con las metas establecidas por un movimiento social determinado. En segunda instancia, hace referencia al movimiento social como un proceso en el que participan diversidad de actores y organizaciones que no están en capacidad de apropiarse jerárquicamente del mismo. Esta característica permite distinguir a los movimientos sociales de las organizaciones en general, y de organizaciones en particular como los partidos políticos, en donde las relaciones jerárquicas son marcadas y la capacidad para negociar sus metas está fuertemente restringida.

b. *Los movimientos sociales y su vocación hacia el cambio*

Como lo afirman Della Porta & Diani (2011) los movimientos sociales por regla general se encuentran en posición proactiva o condición de resistencia frente al cambio. En ese sentido, los movimientos sociales generalmente identifican una contraparte con la cual establecen una lucha de poder. Este elemento facilita la diferenciación de los movimientos sociales respecto de las organizaciones benéficas o asociaciones, las cuales no colisionan sino comparten las “*interpretaciones de mundo*” de sus pares y “*no llevan consigo un elemento de conflicto*” (Della Porta & Diani, 2011, p 45).

c. *Identidad y acción colectiva en los movimientos sociales*

Como ya se sostuvo en un inicio, históricamente el elemento de identidad fue asociado con la tradición europea para el estudio de los movimientos sociales; así como el elemento de acción colectiva fue asociado con la tradición estadounidense. A continuación profundizaré en esta asociación histórica la cual ha sido analizada por autores como Cohen (1985), Munck (1995) y en

el contexto Colombiano por Benavides (2014). Advierto que desde los años noventa, la división entre los estudios de los movimientos sociales desde la tradición europea y estadounidense se ha superado (Tarrow, 1997, 2011). Incluso se han dinamizado trabajos conjuntos desde las dos tradiciones (Goodwin & Jasper, 2015).

El elemento de la identidad se define como el sentido de pertenencia que desarrollan ciertos actores hacia a un colectivo. Estos actores son heterogéneos y las acciones que desarrollan dentro del movimiento las perciben como duraderas, sistemáticas y escasamente aisladas (Della Porta & Diani, 2011). Ahora bien, esas identidades históricamente se han forjado de manera distinta dependiendo del contexto histórico. Con base en los estudios europeos sobre este elemento, especialmente los realizados por autores como Alain Touraie, Claus Offe, Francesco Alberoni y Alberto Melucci<sup>19</sup> se identifican tres momentos históricos de los movimientos sociales desde el elemento de la identidad.

Un primer momento tienen lugar en las sociedades industriales y se caracteriza por definir la identidad bajo la categoría de clases social. Como lo afirman Munck (1995) y Della Porta & Diani (2011), en este primer momento los movimientos sociales se asimilan a los movimientos obreros, las acciones colectivas son nacionalistas y el conflicto se analiza en clave marxista o funcionalista.

Un segundo momento es lo que se conoce como “*nuevos movimientos sociales*” y tienen lugar en sociedades posindustriales. En este segundo momento la identidad de los movimientos sociales se define a través de factores culturales, de estilo de vida o de conocimiento (Della Porta & Dianni, 2011). La disputa de los movimientos sociales es por el control de la “*producción simbólica*” (Della Porta & Dianni, 2011, p. 91) y las identidades colectivas se forjan “*en torno a cuestiones como los derechos de las mujeres, las relaciones de género, la preservación medioambiental, la etnicidad y la emigración, la paz y la solidaridad internacionales, con una fuerte (y nueva) base social de clase media*” (Della Porta & Diani, [2006] 2011, p. 15)

Un tercer momento está caracterizado por la búsqueda de la identidad en la justicia global, de igual forma, las movilizaciones sociales están

<sup>19</sup> En Latinoamérica se destaca la compilación realizada por Sergio Zermeño titulada *Movimientos sociales e identidades colectivas (México en la década de los noventa)*. El hilo conductor de la compilación es el análisis de la historia, procesos de fortalecimiento y crisis de las identidades en los movimientos sociales mexicanos. Ver. Zermeño, Sergio (Coord). (1997). *Movimientos sociales e identidades colectivas (México en la década de los años noventa)*. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, UNAM.

ligadas al mejoramiento general de la calidad de vida originadas por la división centro-periferia en el marco del sistema mundo (Wallerstein, 2004). En este tercer momento las reclamaciones de los movimientos están relacionadas con “*la calidad de vida y otras demandas del pasado reciente*” (Della Porta & Diani, 2011, p. 16). Además, se experimenta un auge de las formas de acción colectiva transnacional a través de “*organizaciones no gubernamentales internacionales, redes de advocacy transnacionales, las coaliciones transnacionales y las organizaciones de movimientos sociales transnacionales*” (Sikkink, 2000).

Establecidos dichos momentos, se debe advertir que la descripción histórica no se hace en una suerte de ruptura de un momento a otro, entre cada momento se generan relaciones de continuidad, es decir, en un mismo espacio-tiempo confluyen movimientos sociales que forjan sus identidad en factores de clase y movimientos sociales que lo hacen a través de factores culturales. En ciertos contextos se conjuga el auge de la identidad cultural junto a la identidad fundamentada en la justicia global. En igual sentido el auge de la acción transnacional puede predicarse de movimientos culturales como de movimientos de justicia global.

Caracterizado el elemento de la identidad en la tradición europea, procederé a describir el elemento de la acción colectiva el cual fue priorizado al interior de la tradición estadounidense. Como se evidencia en los estudios de Anthony Oberschall, John McCarthy, Mayer Zald y Charles Tilly, la tradición estadounidense ha analizado la noción de movimientos sociales enfatizando en la forma de actuación y en su carácter estratégico (Munck, 1995). En otros términos, la tradición estadounidense ha entendido los movimientos sociales como una alternativa de acción política, es decir, como un mecanismo de incidencia política distinto al dispuesto por los partidos políticos. En palabras de Munck (1995), la tradición estadounidense priorizó el elemento de acción colectiva la cual fue entendida como una forma “*hacer política por otros medios*” (Munck, 1995, p. 18).

Establecida la noción de acción colectiva en la tradición estadounidense, encuentro dos momentos en los cuales esta se define, obviamente sin que con ello descarte la diversidad de matices que puedan encontrarse dentro de esta tradición. El primer momento, conocido como “*teoría de la movilización de recursos*” define la acción colectiva como una suma de acciones individuales (Munck, 1995). Para Olson (1965) —representante de este primer momento— los actores sociales recurren a la acción colectiva en tanto esta

genera más incentivos que la participación individual, además —manifiesta el autor— la acción colectiva reduce los costos de transacción de acciones individuales aisladas. En definitiva, Olson (1965) explica la acción colectiva a partir de la acción individual.

En contraste, encontramos un segundo momento, que destaca la acción colectiva como una acción social. Para Tarrow (1997) —representante de este segundo momento— los fines sociales son diferentes de los fines individuales y los primeros no pueden ser entendidos como la sumatoria de los segundos. Munck (1995) hace una interesante comparación entre la propuesta de Olson (1965) y Tarrow (1997), cuando manifiesta:

“En una desviación, que claramente rompe con la problemática olsoniana, Tarrow sugiere entonces que el problema de la acción colectiva que encaran los movimientos sociales es “social” y no “individual”, pues gira sobre “la coordinación de la acción colectiva necesaria para resolver el problema de los costos de transacción” (Munck, 1995, p. 20)

Realizado el anterior recorrido panorámico, a aquello que con fundadas reservas denominaría *teoría general de los movimientos sociales*, extraigo dos conclusiones. En primera instancia, considero que es posible identificar dos tipos de tradiciones históricas para el estudio de los movimientos sociales, una de origen europeo que enfatiza en el elemento de la identidad, y otra de origen estadounidense, que prioriza en el elemento de la acción colectiva. Sin embargo, y como ya se observó, el debate entre una y otra tradición ha sido superado y los diferentes elementos de la noción de movimientos sociales pueden fungir como complementarios (Giugni, McAdam & Tilly, 1999)

En segunda instancia, y como derivación de la primera conclusión, infiero que la noción de movimientos sociales puede ser entendida a través del análisis y descripción de cuatro de sus elementos principales, a saber: 1) *identidad*, 2) *acción colectiva*, 3) *estructuras no jerárquicas* y 4) *vocación hacia el cambio*. Estos elementos permiten hacer una aproximación adecuada para estudiar los movimientos sociales desde una óptica jurídica, a su vez, estos elementos facilitan la distinción de la noción de los movimientos sociales de las nociones de partidos políticos, organizaciones, redes, etc.

En el siguiente cuadro se sintetiza la radiografía ya realizada.

Cuadro No. 1. Teoría general de los movimientos sociales.

TEORÍA GENERAL DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES				
Tradiciones:	<i>Tradición europea</i>		<i>Tradición estadounidense</i>	
Elemento en que enfatizan históricamente:	Identidad		Acción colectiva	
Momentos históricos definidos por las tradiciones:	- Momento 1: movimiento obrero. - Momento 2: nuevos movimientos sociales. - Momento 3: movimientos por la justicia global.		Momento 1: acción colectiva como acción individual. Momento 2: acción colectiva como acción social.	
Elementos de los movimientos sociales – confluencia de tradiciones	Identidad	Acción Colectiva	Vocación hacia el cambio	Estructuras no jerárquicas

Fuente: la investigación

Ahora bien, descrita la teoría de los movimientos sociales en clave transnacional, inquieta conocer las características de los análisis sobre movimientos sociales en Latinoamérica, en México y en Colombia. Quien se acerca al estudio de la teoría de los movimientos sociales seguramente se preguntará ¿Bajo qué tipo de tradición - europea o estadounidense - se han analizado históricamente los movimientos sociales en Latinoamérica, México y Colombia? O en palabras de Archila “¿Con qué modelos teóricos se ha leído la protesta social en el país?” (2001, p. 17) ¿Los estudios contemporáneos sobre movimientos sociales en Latinoamérica, México y Colombia superan el debate entre las tradiciones europea y estadounidense? De igual forma y para ir un poco más lejos interrogará ¿Bajo qué modelos alternativos se hacen los estudios y análisis a los movimientos sociales en Colombia, México y Latinoamérica? Porque hay que decirlo, es posible que en la especificidad de los contextos latinoamericanos florezcan modelos de análisis particulares para el análisis y teorización de los movimientos sociales.

Pese a lo anterior, el tratamiento profundo de estas preguntas desbordaría el objeto de estudio de este ensayo. Como lo advertí en un inicio, los movimientos sociales se analizan desde diferentes disciplinas, en con-

secuenciam la literatura es amplia, extensa y compleja. A ello se suma que los estudios sobre movimientos sociales se hacen desde las perspectivas más variadas. De otra parte, algunas perspectivas abordan de manera explícita el estudio de los movimientos sociales en tanto que otras lo hacen de manera implícita a través de nociones como protesta social, participación ciudadana o sociedad civil, para hacer mención de algunas categorías. Sólo desde la perspectiva historiográfica, por ejemplo, Archila (1995) llama la atención sobre el gran volumen de trabajos sobre movimientos sociales en Colombia y del incremento exponencial de estos estudios desde la década de los noventa.

Tal es la complejidad del estudio de los movimientos sociales que en el texto titulado *Movimientos Sociales, Estado y democracia en Colombia* coordinado por Archila & Pardo (2001) se observa que pueden ser abordados desde cinco perspectivas distintas, a saber: 1) las luchas laborales y cívicas, 2) las protestas agrarias, 3) la etnicidad, 4) los movimientos de mujeres y 5) los movimientos por la paz y derechos humanos. Ahora bien, esta relación queda corta si se tienen en cuenta que los movimientos sociales pueden ser estudiados desde otras perspectivas que adquieren relevancia en la actualidad, *verbigracia*, los movimientos ecológicos, de género, de transgénero, animalistas, de justicia global, estudiantiles, entre otros. En definitiva, abordar los interrogantes planteados exige una investigación detenida y pausada.

Sin embargo, desde la perspectiva historiográfica, me atrevería a concluir que los estudios en Colombia sobre movimientos sociales se hicieron en un inicio desde el enfoque europeo, enfatizando en el elemento de *identidad*, y que sólo en los últimos años se han complementado con un enfoque estadounidense que prioriza del elemento de *acción colectiva*. Este tránsito se percibe en dos de los principales trabajos sobre historiografía de los movimientos sociales en Colombia, *Historiografía de los movimientos sociales en Colombia, siglo XX* (Archila, 1995) y *Los movimientos sociales y las paradojas de la democracia en Colombia* (Archila, 2006). En el primer trabajo observo que se hace una descripción histórica de la estructura, fortalezas y debilidades de los movimientos sociales a partir del elemento *identidad*. En contraste, en el segundo trabajo - sin que se descuide el elemento de *identidad* - descubro un análisis más pragmático de la lucha y la protesta social en los movimientos sociales colombianos, y por ende noto un énfasis en el elemento de *acción colectiva*. De hecho, Archila (1995) anunciaba este tipo de tránsito cuando manifestó,

“Por último, convendrá replantearnos la paradoja que hemos re-

iterado a lo largo de estas páginas formulando una pregunta más adecuada: más que enfatizar la supuesta debilidad de los movimientos sociales, en contraste con la persistencia de la protesta, deberíamos comenzar por la segunda parte, para desde allí, intentar valorar su fortaleza o debilidad. Esto implica apartarnos del deber ser que autores como Alain Touraine les ponen a los movimientos sociales, y tal vez retomar las lógicas pragmáticas con las que actúan”. (Archila, 1995, p. 40)

Finalmente, como colofón de este primer capítulo y apertura al segundo punto de la agenda, considero útil destacar los tres tipos aportes metodológicos propuestos por Archila (1995; 2001; 2006) para el estudio de los movimientos sociales, estos son: 1) analizar los movimientos sociales en contextos latinoamericanos desde una perspectiva poscolonial la cual exceda las aproximaciones eurocéntricas y desarrollistas, 2) reflexionar sobre los movimientos sociales desde la interdisciplinariedad, es decir desde la multiplicidad de metodologías, métodos y técnicas que ofrecen las ciencias sociales y, 3) complementar la deducciones teóricas con exploraciones y hallazgos empíricos desde el contexto. Sin duda, estos aportes o guías metodológicas son también de completa utilidad al momento de estudiar la movilización legal en contextos en Latinoamérica, México y Colombia.

## 2. Los movimientos sociales y el Derecho

La relación entre movimientos sociales y derecho ha sido analizada desde la noción de movilización legal “*Legal mobilization*”. Los principales estudios sobre este tópico provienen de la ciencia política, la sociología y la antropología (Vanhala, 2009; 2011). Desde estas disciplinas se analizan las interacciones entre los movimientos sociales y el Derecho. Los movimientos sociales han sido concebidos desde sus diferentes elementos, bien sea a través de la acción colectiva, la identidad, su estructura no jerárquica o su vocación hacia el cambio. En igual sentido, el Derecho ha sido tomado por estas disciplinas de una manera amplia, no solo como un conjunto normas jurídicas, sino también como un instrumento de poder, un conjunto de instituciones, una construcción cultural o un escenario en donde actúan un grupo diverso de actores (litigantes, operadores jurídicos, legisladores e incluso,

agentes de diseño y ejecución de política pública). Lo anterior, ha dado pie para que la noción de movilización legal sea entendida de diversas formas y adopte los más variados contenidos (Manfredi, 2004).

Una de las primeras aproximaciones a la noción de movilización legal fue realizada por Zeamans (1983) quien considera que “*the law is ... mobilized when a desire or want is translated into a demand as an assertion of rights*” (Zeamans, 1983, p. 700). Como lo observa Vanhala (2009) esta noción de movilización legal hace énfasis en los movimientos sociales como sujetos de litigio y en el Derecho como un instrumento de regulación de comportamientos. Sin embargo, esta no es la única noción de movilización legal y el panorama no es tan pacífico como de inicio se presume. La anterior noción fácilmente puede ser contrastada con la propuesta de McCann (1994, 2004) quien hace énfasis en el Derecho como un agente simbólico y como un discurso capaz de crear prácticas y significados entre los movimientos sociales. A este respecto manifiesta el citado autor “*legal discourses have provided reform activists a compelling normative language for identifying, interpreting, and challenging the unjust logic of wage discrimination.*” (McCann, 1994, p. 48). Es distinta entonces la noción “instrumental” de Zeamans (1983) de la noción “simbólica y cultura” de McCann (1994), y en cierto medida es hasta opuesta.

De otro lado, la noción de movilización legal será diferente si el Derecho es tomado como un conjunto de instituciones, es más, dentro de este mismo enfoque se registran una serie de matices y connotaciones. En ese sentido la movilización legal bien puede ser entendida como litigio estratégico (Morton & Allen, 2001; Smith, 2005), injerencia en agenda legislativa o intervención en política pública. Los movimientos sociales bien pueden intervenir ante cortes judiciales para determinar una decisión, ante el congreso para motivar o modular la expedición de una disposición legal, o ante la administración para exigir el cumplimiento de una disposición jurídica. En cada caso la movilización legal se comprenderá bajo rasgos y características distintas.

Incluso, como lo señala Vanhala (2011), sólo la noción de movilización legal entendida como litigio estratégico puede adoptar contenidos distintos. En ese sentido, desde la noción de movilización legal es factible estudiar la actuación de los movimientos sociales dentro de las decisiones judiciales “*Top-Down studies*”, como también es posible analizar las razones por las cuales los movimientos sociales utilizan la cortes para llevar a cabo sus objetivos, “*bottom-up studies*”. Es más, de retomar enfoques como los

de Ewick & Silbey (1998) y Ewick (2004) es dable un estudio de la conciencia legal de los movimientos sociales, o de acudir a enfoques como los de Epp (2009) es viable un análisis tanto del Derecho impuesto como del Derecho que emerge desde los movimientos sociales. En todo caso cada uno de los estudios se hace desde la noción de movilización legal.

Dadas las anteriores condiciones, en este ensayo trabajaré sobre una noción amplia y flexible de movilización legal. Simplemente entenderé por movilización legal el estudio de la relación entre los movimientos sociales y el Derecho. Esta noción de movilización legal comprende el análisis de la forma en que interactúa el Derecho en el escenario de los movimientos sociales, así como el estudio de la forma en que los movimientos sociales inciden en el Derecho. Acojo esta definición en tanto no se compromete con las perspectivas de estudio de la movilización legal ya enunciadas, algunas en de ellas relación de oposición mutua. De otra parte, esta definición permite sacar provecho de las potencialidades de cada una de las aproximaciones a la noción de movilización legal ya caracterizadas. Finalmente, facilita el diseño de rutas de análisis de la literatura existente sobre movilización legal.

Ahora bien, en mi concepto, la literatura sobre movilización legal en Colombia puede ser analizada bajo tres tipos de teorías, a saber: 1) *teoría crítica de la movilización legal*, 2) *teoría funcionalista de la movilización legal* y 3) *teoría constructivista de la movilización legal*. Cada una de las teorías se entienden como enfoques cuyo propósito es analizar la forma en que los movimientos sociales conciben el Derecho. Las teorías enunciadas se construyen a partir de un análisis de la literatura existente. La propuesta se hace a través de un proceso de revisión bibliográfica de los principales estudios realizados sobre movilización legal en Colombia y algunos estudios latinoamericanos. Se advierte que no se hizo análisis de fuentes primarias.

Ahora bien, por *teoría crítica de la movilización legal* hago referencia a aquel enfoque que concibe el Derecho como un agente opresor. Bajo este tipo de teoría el derecho es entendido como un instrumento de dominación y los movimientos sociales se erigen como una herramienta de resistencia. Por *teoría funcionalista de la movilización legal* hago alusión a aquel enfoque que entiende el Derecho como una alternativa emancipadora. En el marco de la teoría funcionalista el Derecho es un instrumento que puede ser usado para el cumplimiento de los objetivos de los movimientos sociales. Finalmente, por *teorías constructivistas de la movilización legal* hago referencia a aquel enfoque que concibe el Derecho como un escenario para

la construcción de identidades que actúa en ocasiones como instrumento de dominación y en otros casos funciona como herramienta de emancipación.

Cuadro 2: Teorías de la movilización legal.

Teorías de la movilización legal	
Tipo de teoría	Definición
Teorías críticas:	<i>Derecho como agente opresor</i>
Teorías funcionalistas:	<i>Derecho como alternativa emancipadora</i>
Teorías constructivistas:	<i>Derecho como constructor de identidades</i>

Fuente: la investigación.

Ahora bien, el objetivo de esta propuesta teórica no es puramente dogmático. Obedece en primera instancia a la necesidad de contar con unas rutas para la exploración y el estudio de la literatura sobre movilización legal, en la cual fácilmente se naufraga dada su abundancia y complejidad de la literatura existente. En segundo lugar, el propósito es la creación de unos referentes para guiar un debate más ordenado y sistemático en materia de movilización legal, especialmente en Colombia. Adicionalmente, debo advertir que con esta propuesta no quiero hacer una cartografía estática de lo que fueron y serán los estudios sobre movilización legal. Tal cometido sería vano, de un lado, porque el proceso de revisión bibliográfica deja aun varios escenarios por explorar, de otra parte, porque diariamente se producen nuevos estudios que bien pueden alterar y fisurar esta propuesta. Sin embargo, insisto en que uno de los cometidos es dejar algunos referentes y puntos de partida para la configuración y posterior despliegue de debates.

En ese orden, en el capítulo siguiente agruparé los principales estudios sobre movilización legal en Colombia bajo las teorías expuestas. Para el efecto haré una descripción más detenida de cada una de las teorías, acudiendo en varios casos a literatura de carácter internacional. En lo que refiere a Colombia tomaré estudios con enfoques teóricos empíricos como no empíricos, es decir, analizaré tanto aquellos estudios que hacen reflexiones teórico deductivas con escaso trabajo de campo, como aquellos que análisis sociológicos con un profundo y detenido trabajo de campo. De igual forma, dentro de cada una de las teorías identificaré matices y variaciones. Final-

mente, insisto que las teorías propuesta no son estáticas, no son punto de cierre y tienen un carácter provisional. En dicha dinámica, y como bien lo refiere Archila (2006) —retomando a Sorji (2005)— las precisiones conceptuales o los enfoques tan solo son “*definiciones provisionales que dan cuenta de las realidades que pretenden abarcar*” (Archila, 2006, p. 10).

## 2.1 Teoría crítica de la movilización legal

Las teorías críticas de la movilización legal conciben al Derecho como agente opresor. Bajo este tipo de enfoques el Derecho se toma con una superestructura cuya función es la legitimación de un tipo de dominación. En el marco de esta teoría las relaciones sociales, así como las jurídicas, se ven en clave de subordinación. Por ende, existen unos sujetos subordinantes y otros sujetos subordinados. El derecho actúa como una herramienta la cual conserva agencias de subordinación a través de sus efectos simbólicos o por medio de su poder coactivo. Las relaciones de dominación se pueden describir en los más variados ámbitos, y ello incluye, entre otros, el económico, cultural, político, social o de género. Como anuncié previamente, bajo este enfoque, los movimientos sociales y la acción colectiva son instrumentos de resistencia de los sectores subordinados respecto de la acción opresora que ejercen los grupos subordinantes a través del Derecho.

El discurso del fetichismo legal ilustra este tipo de teoría. Como lo manifiesta (Lemaitre, 2009) el fetichismo se comprende de dos formas, en primer lugar como un apego excesivo a la ley, y en segunda instancia, como un “*mecanismo para la legitimación del statu quo*” (Lemaitre, 2009, p. 155). Visto desde esta perspectiva, instrumentos jurídicos como la Constitución Política de 1991, no se entiende como “*como una fuente de derechos sino como una fuente de un Estado neoliberal que posterga el bienestar de la población a un futuro indefinido*” (Lemaitre, 2009, p. 155-156). Las vías legales y por ende el Derecho entonces no son mecanismos para la acción social, por el contrario, representan superestructuras que beneficia a la clase dominante, un instrumento a través del cual se ocultan las relaciones de poder entre las clases y una invención puramente individualista (Pashukanis [1924], 2002).

La forma en que se entiende el Derecho a partir de esta perspectiva teórica se encuentra expuesta de forma clara en autores como Benjamin (1996), Derrida (1997), Bourdieu & Teuvner (2000). Los primeros desde

una perspectiva filosófica conciben el Derecho como expresión de la violencia pura cuyo objetivo subrepticio es subordinar. Por su parte, Bourdieu & Teuvner (2000) desde una perspectiva sociológica y cultural hacen referencia a la violencia que se ejerce desde el poder simbólico del Derecho. El Derecho en definitiva será un instrumento a través del cual se ejerce de manera paralela violencia física pura y violencia simbólica (Gussfield, 1986; Murray, 1985). El derecho obra como un instrumento ideológico destinado a crear y conservar relaciones de subordinación. Téngase en cuenta que la ideología es entendida - retomando una reflexión realizada por Ewick (2004) respecto del concepto de ideología en Marx y Engels – como

*“as a form of cognitive distortion, a false or illusory representation of the real [...] Ideology thus operates to prevent men and women from perceiving the real condition of existence, or their own “real” interests as the might as they might find expression in those conditions.”* (Ewick, 2004, p. 81)

En Latinoamérica, uno de los estudios más emblemáticos bajo lo lineamiento de esta perspectiva es el realizado por el abogado chileno Eduardo Novoa, titulado *El derecho como obstáculo de cambio social* (1985). Aunque el estudio no aborda explícitamente la categoría de movilización legal, si hace una descripción de la relación entre el Derecho y el cambio social. De todas formas, el cambio social bien se puede ser entendido como *vocación hacia el cambio* y se estaría haciendo referencia a uno de los elementos de la noción de movilización social que previamente establecí.

El estudio el Novoa (1985) hace referencia al derecho como un obstáculo para el progreso social. Para el autor, el Derecho impide el avance social y no da respuesta a las nuevas tendencia económicas, sociales y políticas. Ahora bien, en el contexto del autor, el cambio social y las “*nuevas tendencias*” eran entendidas como el establecimiento de las ideas de solidaridad. Es por eso que Novoa (1985) considera que el “*derecho no hace sino reflejar los intereses de la clase que domina socialmente*” y que históricamente derecho ha sido “*el sostén de un status injusto*” (Novoa, 1985, p. 16). Sin embargo, y pese a que en Novoa (1985) están expuestos gran parte de los postulados de la teoría crítica de los movimientos sociales, debo advertir que el abogado chileno confía en la posibilidad de transformar el derecho para ponerlo al servicio de la justicia y de las ideas de solidaridad.

Ahora bien, en Colombia, retomando la revisión bibliográfica realizada por Lemaitre (2009), algunos estudios como los de Uprimny, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia* (1992), Valencia Villa, *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano* (1987) y Zuleta Ángel, *Fetichismo legal*, se incluyen bajo la perspectiva crítica de la movilización legal, aunque – insisto – no aborden de manera explícita la noción de movilización legal. Uprimny (1992) por ejemplo, estudia los derechos humanos en el orden constitucional, histórico y filosófico, sin embargo, en el texto subyace una posición crítica respecto de los discursos jurídicos. En ese orden, el abogado colombiano hace un análisis de una ambigüedad de los discursos jurídicos capaz de legitimar relaciones de autoritarismo en los asociados.

Finalmente, y como una de las versiones más sofisticadas de la teoría crítica de la movilización legal, se debe destacar la obra de Mauricio García Villegas, específicamente la primera versión de la *Eficacia Simbólica del Derecho* (1993). Obviamente con ello no descarta la diversidad de estudios realizados en *Normas de papel* (2009) y en *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia* (2013). Julieta Lemaitré expone con suma claridad las tesis defendidas por García (1993) desde la *Eficacia Simbólica del Derecho*. A este respecto manifiesta:

*“en su libro sobre la eficacia simbólica del derecho (1993), argumenta que muchas reformas legales benefician a los grupos que tienen poder incluso cuando la letra de la ley indica otra cosa. Ello sucede, primero, porque estas reformas no tienen efectos instrumentales importantes, y segundo, porque están destinadas no a aplicarse sino a legitimar a la clase dominante o al Estado haciéndolos aparecer como incluyentes y democráticos.”* (Lemaitre, 2016, p. 27)

El Derecho entonces puede ser entendido como un instrumento el cual a través de su fuerza simbólica desactiva la acción colectiva de los movimientos sociales. Los sectores dominantes aprovechan el discurso jurídico para consignar cláusulas garantistas y emancipadoras con escaso o nulos efectos instrumentales, de esa manera conservan las relaciones de dominación y subordinación. En mi concepto, la eficacia simbólica del Derecho es usada de dos formas frente a la movilización legal. Puede ser utilizada como instrumento de *neutralización de la acción colectiva* o como *herramienta de resistencia al cambio*.

Como instrumento de neutralización opera cuando la movilización legal se activa para consignar ciertas garantías no contempladas por el ordenamiento jurídico. Los sectores dominantes entonces incluyen esas garantías en el “*texto de la ley*” y posteriormente dilatan su cumplimiento. De esa manera desactivan y neutralizan la acción colectiva ejercida desde la movilización legal. En contraste, el Derecho también puede ser usado como herramienta de resistencia al cambio. En este sentido último sentido, cuando los movimientos emprenden acciones colectivas, los sectores dominantes deslegitiman dichas acciones manifestando que las reclamaciones ya se encuentran consignadas en el ordenamiento jurídico, que su contenido específico ya fue reglamentado o que los exigencias son producto de interpretaciones erradas del texto de la ley.

## 2.2 Teoría funcionalista de la movilización legal.

Bajo la teoría funcionalista de la movilización legal, el Derecho se concibe como un instrumento que puede ser usado por los movimientos sociales para producir o generar algún tipo de cambio social. En ese orden, el Derecho contempla un conjunto de garantías que en ocasiones son efectivas y en otros momentos no lo son. Cuando las garantías no se hacen efectivas, el Derecho ha creado una serie de mecanismos y procedimientos para que los asociados exijan y hagan efectivo su cumplimiento. La movilización legal es entendida como el conjunto de acciones colectivas para hacer efectivas las garantías consagradas en el Derecho, cuando estas no se cumplen.

En ese orden de ideas, el Derecho se comprenderá como un instrumento de defensa con el que cuentan ciertos grupos subordinados y no como un instrumento ideológico de opresión. En virtud de este enfoque, en contextos de ausencia del Derecho, se gestan relaciones de subordinación entre grupos dominantes y dominados. El Derecho funge como aquel instrumento que corrige esas relaciones de subordinación. Los movimientos sociales como agrupaciones de sectores dominados o subordinados, utilizan de manera estratégica el Derecho, en primer lugar, como instrumento de defensa, y en segunda instancia, como una herramienta de regulación que facilita la armónica convivencia entre los asociados.



Ahora bien, tanto la teoría funcionalista y la teoría crítica de la movilización legal comprenden la noción de sociedad y de conflicto de forma diametralmente distinta. En ese sentido, mientras la teoría crítica de la movilización legal concebía a los individuos y grupos sociales en constante antagonismo; la teoría funcionalista comprende la sociedad como un conjunto armónico de grupos e individuos. Ahora bien, esta última teoría no deshecha la posibilidad de que se puedan gestar conflictos al interior del orden social, sin embargo, toma el conflicto como *disfunción* y concibe el derecho como un instrumento que permite corregirla. Sin duda bien puede acoplarse este conjunto de definiciones a los postulados de las teorías sociológicas funcionalistas (Parsons, 1964) y de los sistemas (Luhmann, 1995).

De otra parte, aunque Ewick & Silbey (1998) no trabajan explícitamente la relación entre movimientos sociales y Derecho, si hacen una síntesis de los postulados de esta teoría a través de la noción de conciencia jurídica. Al respecto —y refiriéndose a aquellas concepciones que comprenden al Derecho como límite al interés individual y a la corrupción— manifiestan:

*“Aside from these violations of the rules, an important point to emphasize regarding the normative space defined by a game like legality is that, while respondents recognize it to be different from the norms of everyday life, they do not necessarily see it as illegitimate. The legitimacy attributed to it derives from its utility in resolving conflicts and adjudicating interests fairly. In other words, legality offers a highly-circumscribed world of rules, rights, roles, and responsibilities that apply to all who play and, like the rules of a game, have an internal logic and legitimacy”*  
(Ewick & Silbey, 1998, p. 145-46)

Finalmente, desde el estudio de Saba & Böhmer (2000) se puede evidenciar la aplicación de esta teoría. Pese a que los autores no hablan explícitamente de la relación entre movimientos sociales y Derecho, si hacen referencia a la noción de sociedad civil y participación ciudadana. En mi concepto, indirectamente hacen alusión a la acción colectiva de los movimientos sociales por medio de dichas nociones, por cuanto desde dicha perspectiva se toman los elementos esenciales de una y otra noción. En ese orden de ideas, para Saba y Böhmer (2000), el Derecho es un instrumento

de defensa del interés público el cual ha sido dispuesto ante la sociedad civil para incidir en los procesos de creación, interpretación normativa ante los órganos ejecutivo, legislativo o judicial. De ahí que retome sus estudios bajo los lineamientos de la teoría funcional de la movilización legal.

### 2.3 Teoría constructivista de la movilización legal

Esta teoría de la movilización legal comprende el derecho como un instrumento simbólico de construcción de significados y de identidades al interior de los movimientos sociales. En ese orden de ideas, el Derecho es un asidero al interior del cual los movimientos sociales construyen sus identidades. Dependiendo de qué tipo de identidad adopten los movimientos sociales desde el Derecho, este último puede ser interpretado como una herramienta de emancipación o como un instrumento que desactiva la acción colectiva en los movimientos sociales (Jaspers, 1997; Goodwin, Jasper & Polleta, 2000; Goodwin & Jasper, 2004).

Como lo ilustra Lemaitre (2009), el Derecho construye tipos de identidades opuestas en los movimientos sociales y en ese orden el Derecho puede ser un agente de emancipación o de desactivación de la acción colectiva. El Derecho puede construir identidades emancipadoras. El ejemplo clásico se encuentra en los movimientos sociales LGTBI y los movimientos sociales de trabajadores sindicalizados (Lemaitre, 2009). Estos movimientos entienden el derecho como un “abrigo” y un “referente para sus luchas” (Lemaitre, 2009, p. 152). Las identidades que construyen estos movimientos sobre la base del Derecho, promueven y facilitan procesos de emancipación. Las Cortes Judiciales —en este caso la Corte Constitucional— no se concibe como un agente de opresión, sino como una institución en donde se hace litigio estratégico y se promueven procesos de emancipación legal y social.

En contraste, el Derecho puede obrar como un instrumento ideológico de opresión, construir identidades adversas y debilitar la acción social de los movimientos sociales. El ejemplo se encuentra en un estudio de la experiencia que atravesaron los movimientos sociales organizados entorno al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia (Lemaitre, 2009). Estos movimientos sociales se vieron desactivados por reformas legales sobrevinientes de la expedición de la Ley 975 de 2005. En ese orden, todo el

discurso de identidad que habían forjado estos movimientos alrededor de la noción de desplazamiento forzado (Ley 387 de 1997) se desvanece cuando el Derecho instala el discurso de “verdad, justicia y reparación” a través de la puesta en vigencia de la Ley 975 de 2005. Estos movimientos padecen los efectos perversos de esta modificación legal y deben readecuar sus agendas, desde la noción de desplazamiento forzado, a la noción de verdad, justicia y reparación. Naturalmente este tipo de readecuaciones trae consigo la pérdida de esfuerzos humanos, institucionales y presupuestales previos en estos movimientos.

El Derecho entonces genera en los movimientos sociales emociones de diversos ordenes, sensaciones distintas, incluso, una misma disposición legal, sobre movimientos sociales de igual naturaleza, ubicados en contextos diferentes, puede generar reacciones opuestas. En definitiva, el Derecho — como lo manifiesta Lemaitre (2009)— es una “fuente de sentidos sociales”. Lo anterior explica que el Derecho en ocasiones obre como un “remedio para la rebeldía” de los movimientos sociales; pero a su vez también explica que el derecho constituya una “esperanza” y un referente para la acción colectiva de los movimientos sociales.

Finalmente, y en el marco de la teoría constructivista de la movilización legal, enfatizo en la importancia del trabajo de Lemaitre & Bergtora titulado *Shifting Frames, Vanishing Resources, and Dangerous Political Opportunities: Legal Mobilization Among Displaced Women in Colombia* (2015). Este estudio hace alusión específica a la noción de movilización legal en Colombia. A su vez hace un estudio de los procesos de construcción de identidad a través del Derecho de movimientos sociales de mujeres en situación de desplazamiento forzado. Lemaitre & Bergtora (2015) concluyen que el análisis de movilización legal en marcos inestables, de constante cambio normativo, de escasos recursos y de riesgo político, divergen de los análisis de movilización legal en democracias liberales de países industrializados.

## CONCLUSIONES

En tanto cada uno de los capítulos reservó un espacio para conclusiones preliminares, quiero destacar, brevemente dos tipos de conclusiones las cuales enunciaré de manera muy breve. En primer lugar, acogiendo las recomendaciones de Archila (1995, 2006) y Lemaitre & Bergtora (2015), enfatizo en la necesidad de realizar estudios de los movimientos sociales en contexto latinoamericanos en una perspectiva descolonizadora. Aunque hay ciertas similitudes y conexiones entre los diferentes contextos, realmente es evidente la necesidad de incrementar el número de radiografías de la movilización social y la movilización legal en Latinoamérica en perspectiva interdisciplinaria. Obviamente, el estudio de nuestros contextos no se debe llevar a exotizar nuestra realidad y el trabajo se debe hacer redescubriendo y analizando las conexiones con el orden global y con otros contextos.

Derivada de la anterior conclusión, es clara también la necesidad de hacer estudios sobre movilización legal desde una perspectiva más empírica, constructivista y sociológica. Aunque el número de estudios que acuden a las diferentes metodologías construidas desde las ciencias sociales, aún muchas de las reflexiones se hacen de manera deductiva con un escaso o limitado trabajo de campo. Las ciencias sociales contemplan un frugal y extraordinario nicho de metodologías, métodos y técnicas que bien pueden ser puestas en práctica para determinar variaciones teóricas y explicaciones más complejas. Queda abierta entonces la ventana para que desde los estudios empíricos, sociológicos e interdisciplinarios se haga un análisis de la movilización legal, es decir, de las complejas relaciones entre el derecho y los movimientos sociales.

## BIBLIOGRAFIA

- Abregu, Martín & Ramos, Silvana (Ed) (2000). *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*. Río de Janeiro: Centro de Estudios de Estado y Sociedad CEDES y Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Archila, Mauricio (1995). *“Historiografía de los movimientos sociales en Colom-*

bia, siglo XX". En: Bernardo Tovar Zambrano (Comp), La historia al final del milenio, Vol. I. Bogotá: Ediciones Universidad Nacional, p.p. 251-352.

Archila, Mauricio (2001). "*Vida, pasión y ... de los movimientos sociales en Colombia*". En: Mauricio Archila y Mauricio Pardo, *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, p.p. 10-47.

Archila, Mauricio (2006). "*Los movimientos sociales y las paradojas de la democracia en Colombia*". En: Controversia, Núm. 186, junio 2006, Bogotá: CINEP, p.p. 10-32.

Archila, Mauricio & Pardo, Mauricio (Eds) (2001). *Movimientos sociales, Estado y democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales, Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Benavides Vanegas, Farid (2014). "*Movimientos sociales y la lucha contra el capitalismo: una revisión*". En: Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 35, Num. 98, enero-junio de 2014, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 63-72.

Benjamin, Walter. (2001). "*Para una crítica de la violencia*". En: Ensayos escogidos, traducción de Héctor Múnera. México D.F.: Ediciones Coyoacán.

Cohen, Jean L. (1985). "*Strategy or Identity: New Theoretical Paradigms and Contemporary Social Movements*". In: *Social Research* vol. 52, núm. 4, pp. 663-716.

Della Porta, Donatella & Diani, Mario (2011). *Los movimientos sociales*. Traducción, presentación y epílogo de Eduardo Romanos. Madrid: Editorial Complutense y Centro de Investigaciones Sociológicas CIS.

Derrida, Jaques [1998] (1997). *Fuerza de ley: el "fundamento místico de la autoridad"*. Madrid: Tecnos.

Edelman, Murray (1985). *The Symbolic Uses of Politics*. Chicago: University of Illinois.

- Epp, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ewick, Patricia (2004). "Consciousness and ideology". In: Austin Sarat, *The backwell companion to law and society*. Malden, Oxford, Vitoria, Blackwell Publishing Ltd, p.p. 80-94.
- Ewick, Patricia & Silbey, Susan (1998). *The common place of law*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- García Villegas, Mauricio (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- García Villegas, Mauricio (Ed) (2009). *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de las normas*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad.
- García Villegas, Mauricio & Espinosa, José Rafael (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Giugni, Marco, McAdam, Doug & Tilly, Charles (1999). *How social movements matter. Social movements, protest, and contention. Volume 10*. Minneapolis and London: University of Minnesota Press.
- Goodwin Jeff & Jasper, James (2004). *Rethinking Social Movements*. Lanham and New York: Rowman and littlefield.
- Goodwin, Jeff & Jasper, James (Ed) (2015). *The social movements reader*. Third edition. Malden, Oxford and West Sussex: John Wiley & Son, Ltda.
- Goodwin, Jeff, Jasper, James & Polleta, Francesca (2000). "The Return of the Repressed: Several Generations of Scholarships on Emotions in Social Movements". In: *Mobilization*, No. 5,65-84.
- Gustfield, Joseph (1986). *Symbolic Cursade. Status Politics and the American Temperance Movement*. Champaign: University of Illinois.
- Jasper, James M. (1997). *The Art of Moral Protest Culture Biography and Cre-*



*ativity in Social Movements*. Chicago and London: University of Chicago Press.

Lemaitre Ripoll, Julieta (2009). *El derecho como conjuro : fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Lemaitre, Julieta & Bergtora, Kristin (2015). “*Shifting Frames, Vanishing Resources, and Dangerous Political Opportunities: Legal Mobilization Among Displaced Women in Colombia*”. In: *Law & Society Review*, Vol. 49 ,Núm. 1, Marzo, 2015, p.p. 5-38.

López, Diego Eduardo. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, Ediciones Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia.

Luhmann, Niklas (1995). *Social systems*. Translated by John Bednarz, with Dirk Baecker. Stanford : Stanford University Press.

Manfredi (2004). *Feminist activism in Supreme Corte*. Toronto: UBC Press.

McCann (1994). *Rights at work. Pay equity reform and the politics of legal mobilization*. Chicago and London: The University of Chicago Press.

McCann, Michael (2004). “*Law and social movements*”. In: Austin Sarat, *The backwell companion to law and society*. Malden, Oxford, Vitoria, Blackwell Publishing Ltd, p.p. 506-522.

Morton, F. & Allen A. (2001). “*Feminists and the Courts: Measuring Success in Inter est Group Litigation in Canada*.” In: *Canadian Journal of Political Science* 34(1), p.p. 55-84.

Novoa Monreal, Eduardo (1985). *El derecho como obstáculo de cambio social*. Séptima edición. México, Buenos Aires, Bogotá: Siglo Veintiuno Editores.

Olson, Mancur (1965). *The Logic of Collective Action*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Parsons, Talcott. (1964). *The social system*. New York: Free Press of Glencoe

- Pashukanis, Evgeny Bronislavovich [1924] (2002). *The general Theory of Law and Marxism*. Londres. Transaction Publishers.
- Pierre Bourdieu y Gunther Teuvner (2000). *La fuerza del Derecho*. Estudio preliminar y traducción Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar.
- Saba, Roberto & Böhmer, Martín (2000). “*Participación ciudadana en la Argentina: estrategias para el efectivo ejercicio de derecho*”. En: Martín Abregu, & Silvana Ramos, *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Río de Janeiro: Centro de Estudios de Estado y Sociedad CEDES y Centro de Estudios Legales y Sociales, p.p. 15-44.
- Sarat, Austin (Ed) (2004). *The backwell companion to law and society*. Malden, Oxford, Vitoria: Blackwell Publishing Ltd.
- Sikkink, Kathryn (2000). “*La dimensión transnacional de los movimientos sociales*”. En: Martín Abregu, & Silvana Ramos, *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Río de Janeiro: Centro de Estudios de Estado y Sociedad CEDES y Centro de Estudios Legales y Sociales, p.p. 47-79.
- Smith, Miriam (2005). “*Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada*” In: *Politics and Society*, 33(2), p.p. 327-53.
- Tarrow, Sidney (1997). *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Versión española de Herminia Bavía y Antonio Resines. Madrid: Alianza Editorial.
- Tarrow, Sidney G. (2011). *Power in movement: social movements and contentious politics*. 3rd. ed. rev. and updated. New York and Cambridge (UK): Cambridge University Press.
- Tovar Zambrano, Bernardo (Comp) (1995). *La historia al final del milenio. Ensayos de historiografía colombiana y latinoamericana*. Vol. I. Vol. II. Bogotá: Editorial Universidad Nacional.

Uprimny, Rodrigo (1992). *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Fundación Universitaria Autónoma de Colombia.

Valencia Villa, Hernando (1987). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. CEREC.

Vanhala, Lisa (2009). “Disability Rights Activists in the Supreme Court of Canada: Legal Mobilization Theory and Accommodating Social Movement”. In: Canadian Journal of Political Science, Revue canadienne de science politique, Vol. 42, No. 4, Dec., p.p. 981-1002.

Vanhala, Lisa (2011). *Making rights a reality? Disability rights activists and legal mobilization*. Cambridge: Cambridge University Press.

Wallerstein, Immanuel (2004). *World-systems analysis. An introduction*. Durham: Duke University Press.

Zemans, Frances (1983). “Legal mobilization: the neglected role of the law in the political system”. In: *American Political Science Review*, 77 (3), 1983, pp. 690-703.

Zermeño, Sergio (Coord). (1997). *Movimientos sociales e identidades colectivas (México en la década de los años noventa)*. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, UNAM.

Zuleta Ángel, Eduardo (1936). “Fetichismo legal”, En: *Revista de Indias*. No. 1. Bogotá

## EL DISEÑO INDUSTRIAL, EL CONTENIDO ESTÉTICO EN LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Diana Marcela Ortiz Tovar<sup>20</sup>

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 3 de octubre de 2017

Referencia: ORTIZ TOVAR, Diana Marcela. *El Diseño Industrial, El Contenido Estético En La Propiedad Industrial*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 81 a 101. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**Asistentes,** Angie Paola Hernández Salazar<sup>21</sup>, Daniela Peñuela Galvis<sup>22</sup>

**ABSTRACT:** With interest in the Industrial Designs, as one of the branches of the Property Industrial, with which to develop generate a space of competitiveness, innovation, productivity, an investigation was advanced in order to know public policies established and developed to promote Industrial Design in the Department of Huila by government agencies.

<sup>20</sup> Abogada, Docente Investigadora, Directora del Grupo de Investigación Cynergia, adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana. [dmortizo@yahoo.com](mailto:dmortizo@yahoo.com)

<sup>21</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Surcolombiana. Adscrita al Semillero de Mercadería del Grupo Cynergia. [paolahernandezs1511@gmail.com](mailto:paolahernandezs1511@gmail.com)

<sup>22</sup> Estudiante de Derecho de la Universidad Surcolombiana. Adscrita al Semillero de Mercadería del Grupo Cynergia. [danipegal@hotmail.com](mailto:danipegal@hotmail.com)

Through a qualitative, descriptive and deductive methodology to achieve the development of objectives of this investigation, it is evident that although in Colombia the implementation of the industrial property is growing against the emergence of patents, signs distinctive and new creations, does show a considerable margin of difference in relation to the registration of Industrial Designs, not being different in the Department of Huila.

**KEYWORDS:** Industrial Design, Industrial Property, Innovation, Entrepreneurship.

**RESUMEN:** Con interés en los Diseños Industriales, como una de las ramas de la Propiedad Industrial, con los cuales al desarrollarse generan un espacio de competitividad, innovación, productividad, se adelantó una investigación con el fin de conocer las políticas públicas establecidas y desarrolladas para promover el Diseño Industrial en el Departamento del Huila por parte de los organismos gubernamentales.

Mediante una metodología cualitativa, descriptiva y deductiva para lograr el desarrollo de los objetivos de dicha investigación, se evidencia que si bien en Colombia la implementación de la propiedad industrial está en crecimiento frente al surgimiento a las patentes, los signos distintivos y las nuevas creaciones, sí muestra un margen de diferencia considerable en relación al registro de Diseños Industriales, no siendo diferente la situación en el Departamento del Huila.

**PALABRAS CLAVE:** Diseño Industrial, Propiedad Industrial, Innovación, Empredimiento.

## INTRODUCCIÓN.

La globalización ha creado la necesidad de innovación en el mercado, con ello el surgimiento de nuevas ideas, formas, formulas se han hecho indispensables para tener competitividad en el medio frente a la gran mag-

nitudo de ofertas de se presentan y de las que requieren una diversificación para que tengan un *status*.

Es por ello, que desde el Siglo pasado se crea la propiedad intelectual surgió como la herramienta de protección de las producciones de la mente, el talento, de la creatividad humana; y con la que se busca el reconocimiento del ingenio por el esfuerzo intelectual y económico que tales producciones han requerido.

La propiedad intelectual en su ejercicio de protección sobre las ideas, creaciones, ingenio inmerso en el sector productivo o de servicio, garantiza que quien los produzca se beneficie, no simplemente un reconocimiento por tal producción sino generando un cumulo en el patrimonio de su propietario, convirtiéndose entonces en bienes inmateriales con un sinfín de posibilidades para explotar.

Sin embargo, la propiedad intelectual ha sido dividida en dos categorías; una, la propiedad industrial que tiene un enfoque productivo, económico y está conformada por Patentes de Invención, Modelos de Utilidad, Signos Distintivos, Diseños Industriales, y otra que corresponde a los Derechos de Autor con un enfoque unipersonal y se encuentran protegidas las obras literarias, películas, música, fotografías, obras artísticas y diseños arquitectónicos.

En el texto a continuación, podrá conocer los temas concernientes a la Propiedad Industrial con un direccionamiento hacia el Diseño Industrial en lo concerniente a sus conceptos, su importancia, alcance de la protección, el trámite de registro; pasando del contenido teórico y legal, se revelaran en cifras la implementación de la propiedad Industrial y el registro de Diseños Industriales comparando tales cifras entre diferentes países.

En vista del desarrollo de la investigación de Diseño Industrial, su Desarrollo y Aplicación en el Departamento del Huila entre el periodo comprendido entre el 2005 y 2015, se plasmaran los resultados obtenidos a través de una metodología cualitativa, deductiva y descriptiva; además de las conclusiones frente a los resultados que generan sinsabores y cuestionamientos acerca de la actuación de los entes gubernamentales respecto del cumplimiento de la Ley 1014 de 2006, para fomentar la cultura del emprendimiento y la creación de nuevas empresas.

## 1. EL DISEÑO INDUSTRIAL

El Diseño Industrial es uno de los modelos de protección de la Propiedad Industrial que la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, director internacional de Propiedad Intelectual y suprema autoridad regulación, ha definido también como dibujos o modelos industriales, a las creaciones de formas, aspectos ornamentales o estéticos de un artículo de utilidad, en cualquier forma bidimensional o tridimensional que cualifiquen de manera especial un producto o artesanía.

Por otra parte, la Comunidad Andina de Naciones, en la Decisión 486 de 2000, ha conceptualizado el diseño industrial como la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o la finalidad del producto.

Apropiado es considerar que diseño industrial es la apariencia distintiva entre un producto sobre otro producto de su misma especie, claramente dicha distinción, debe enfocarse en el aspecto netamente estético del producto sin interferir en lo absoluto de con su funcionalidad o utilidad para no alterar la esencia del diseño, pues al contrario lo que se ahondaría en el campo de las invenciones.

Retornando ahora, al origen histórico del Diseño Industrial este se establece a finales del Siglo XIX aproximadamente, como consecuencia de la industrialización que generó la Revolución Industrial que causó una producción masiva de productos con característica, precio y funcionalidad similar; es que irrumpió la necesidad de diferenciar productos tan uniformes respectivamente a su forma o función con el propósito que fueran más atractivos para el consumo; en dicho momento el querer cambiar la forma de los productos, que tuvieran una apariencia especial; fue el punto de partida para que los productos fueran atractivamente comerciales fue catalogada como estética industrial.

Consecuentemente con ello, emergió la necesidad de crear un mecanismo de protección de los productos fabricados desde antaño y en ello recae la importancia y finalidad del diseño industrial, dar protección a los productos que de una misma especie plasmen en su estética características

particulares, diferentes, innovadora; y generando al registro de tal diseño un reconocimiento patrimonial y cultural, al igual que una alternativa de emprendimiento para países de economías emergentes las cuales pueden expandirse, mancomunadamente convirtiéndose en una economía tendiente a la industrialización.

Tal importancia y beneficio directo que ocasiona la diferenciación de un producto frente a los que se presentan en el mercado, cambiar el statu quo de determinado producto respecto a aspecto estructural y hacerlo más estético, llamativo, con identidad dejando de lado lo genérico de su esencia y haciéndolo especial por su aspecto, forjando de manera directa un éxito comercial por mejorar el precio y correlativamente generando más ganancias, para quien tiene sus derechos.

El diseño industrial ha sido desarrollado con mayor relevancia fuera del país y con especificación a economías capitalistas fuertes como las de Estados Unidos, China, Japón y países pertenecientes a la Unión Europea y en comparación de países en nuestras latitudes también se evidencia inferioridad como Brasil, Argentina, Chile de acuerdo a las estadísticas emitidas por la OMPI respecto de las solicitudes de Diseños Industriales en lo que curso del 2011.<sup>23</sup>

Frente al régimen legal aplicable a la Propiedad Industrial podemos decir que es bastante amplio y se conforma de normatividad Internacional y Nacional; sin embargo, las más relevantes expedidas por organismos internacionales, tenemos Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, en la que se desarrolla el Régimen común sobre Propiedad Industrial; y en la cual se consagran las disposiciones generales y la reglamentación frente a la competencia desleal en la propiedad industrial, considerándose esta la *norma ratio* en Propiedad Industrial.

Por otra parte, la convención de la Unión de Paris de 1883 con la cual se busca que exista reciprocidad en las normas entre los países vinculados para que estos concedan las mismas garantías proteccionistas a los extranjeros como a los nacionales propios; al igual que tienen derecho los nacionales de países no contratantes que tengan domicilio o establecimiento industriales en un país contratante. Además de la priorización frente al derecho de propiedad, de quien tenga ya registrado un diseño en determinado país miembro de Convenio para cuando vaya a realizar cualquier

<sup>23</sup> [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/statistics/943/wipo\\_pub\\_943\\_2013.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/statistics/943/wipo_pub_943_2013.pdf)

solicitud de propiedad en otro de los países que pertenezcan a este.

También, la Decisión 391 de 1996. Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, Decisión 291 de 1991. Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Además de la Clasificación de Niza, octava edición, 2002 contenida en el Arreglo de Niza 84 Clasificación internacional de patentes, Sexta Edición, 1994, contenida en el Arreglo de Estrasburgo de 1971 Clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales, 1968, modificado en 1979; contenida en el Arreglo de Locarno.

Al igual que la Clasificación internacional de elementos figurativos de las marcas contenida en el Arreglo de Viena, en 1973.

A nivel Nacional se tienen como fuentes especialmente de la siguiente normatividad:

- Ley 603 de 2000, por la cual se modifica el artículo 47 de la ley 222 de 1995.

- Ley 463 de 1998, por medio de la cual se aprueba el “Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT)”, elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984, y el reglamento del tratado de cooperación en materia de patentes.

- Ley 178 de 1994, Por medio de la cual se aprueba el “Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial”, hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en la Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

- Ley 172 de 1994, por medio del cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994.

- Ley 170 de 1994, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilate-

rales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre carne de bovino.

- Ley 46 de 1979, por medio de la cual se autoriza al Gobierno Nacional para suscribir la adhesión de Colombia “al Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual”, firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967.

Previo a exponer el trámite del procedimiento para registrar un diseño industrial y que éste sea amparado conforme a los derechos que la propiedad industrial le confiere, debe cumplir cuatro condiciones fundamentales, y que se convierten en las características esenciales de los Diseños Industriales, como lo considera el profesor Rodolfo Lizarrazu en su libro Manual de Propiedad Industrial; y estas corresponden a su **novedad**, lo que implica que el diseño industrial no haya sido conocido o divulgado, es decir, que no haya sido dado a conocer al público en ningún lugar del mundo por ningún medio (revistas, periódicos, catálogos, folletos, sitios web, etc.) antes de la fecha de depósito de su solicitud de registro ante la autoridad nacional correspondiente, que en el caso de Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio (SCI); cabe aclarar que un diseño no se considera nuevo si las diferencias con los artículos u objetos existentes, no son lo suficientemente relevantes como para distinguirlos y generan confusión a un consumidor promedio, es lo que se denomina diferencias secundarias; su **apariencia particular** en cuanto a que este debe diferenciarse significativamente de lo que existe para el consumidor común; para el caso de diseños nuevos incorporados en productos que ya se conocen, la apariencia particular está dada por las características exteriores de producto. Además debe tener un **carácter aparente** teniendo en cuenta que el diseño tiene que ser perceptible por la vista, pues su función es precisamente la de dar un aspecto especial al artículo o producto haciéndolo más deseable a la vista, y por lo tanto, más atractivo y deseable al consumidor. Finalmente el diseño debe tener **un carácter concreto** es decir que el diseño plasmado debe ser fijo idéntico y reconocible, es decir que el objeto debe mantener su forma exterior permanente, no puede ser maleable, además de esto, debe ser posible reproducirla de manera idéntica; finalmente, el diseño solo es susceptible de protección en la medida en que sea materializado de forma concreta, de lo contrario no se protegen, y se establece en simples ideas.

En Colombia, la Decisión 486 de 2000 instaura dos requisitos de los Diseños Industriales, en primer lugar la novedad que la define en su artículo 115 de la siguiente manera: Un diseño industrial no es nuevo si antes

de la fecha de la solicitud o de la fecha de prioridad válidamente invocada, se hubiere hecho accesible al público, en cualquier lugar o momento, mediante su descripción, utilización, comercialización o por cualquier otro medio. El segundo requisito es la no identidad, que se encuentra señalado en el mismo articulado el cual indica que un diseño industrial no es nuevo por el mero hecho que presente diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o porque se refiera a otra clase de productos distintos a dichas realizaciones.

Ahora bien, como acertadamente indica el profesor Rodolfo Lizarazu Montoya, la identidad puede darse con independencia de si los productos sobre los que se analiza el diseño industrial son o no de la misma clase, es decir, no se aplica la regla de la especialidad, como si se hace al tratarse de marcas, en suma, se busca una diferencia entre todos los diseños existentes en el mercado o que estén protegidos y aquél que se pretende proteger.

La SIC se rige bajo artículo 116 de la Decisión 486 del 2000 donde establece las causales por las cuales los diseños industriales no son registrados y quedan al margen de cualquier amparo que pudiera ostentar otorgada de la propiedad industrial, esto es, cuando la forma está determinada exclusivamente por aspectos de orden técnico o directamente frente a su funcionalidad, pues se considera que no hay ningún tipo de aporte del diseñador, en cambio se excluye de protección a un diseño industrial que con cuya explotación económica se afecte la moral o el orden público, o cuando las forma técnicas diseñadas necesiten determinada configuración para montar o ensamblar mecánicamente un producto o a otro, es decir, que al cambiar la forma no cumpla la función técnica para el cual fue creado.

En ese mismo sentido, es apropiado hacer referencia al procedimiento para la solicitud de registro de un Diseño Industrial, para lo cual, hay que tener claridad que este trámite se realiza exclusivamente ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera física en sus oficinas en la Ciudad de Bogotá o a través de la Oficina Virtual de Propiedad Industrial, y para la cual han otorgado un porcentaje de descuento frente al valor de la solicitud para aquellos que implemente esta opción; frente al trámite administrativo para lograr la obtención del registro de un Diseño Industrial; la SIC ha estipulado el procedimiento necesario para ello:

1. El interesado debe diligenciar el formulario de solicitud, el cual puede ser obtenido físicamente en su oficina o descargarlo

a través de su portal web, en el cual se deben consignar entre otros datos, el tipo de diseño que se va realizar si es Bidimensional, Tridimensional o una Familia de Diseños, el Título del mismo, la clasificación en el Locarno, indicación del Solicitante es decir a la persona quien se le entregara la propiedad del diseño, identificando al Diseñador que puede ser diferente al solicitante, la figura característica (el diseño del producto), además del comprobante de pago de la solicitud que tiene un costo de Seiscientos Cincuenta y Nueve Mil Pesos M/cte (\$659.000) si la solicitud se hace de manera física, o de Quinientos Cuarenta y Nueve Mil Pesos (\$549.000) cuando la solicitud se hace de manera virtual a través del aplicativo de su página web.

- Acompañando la solicitud deben de ir anexos los dibujos y/o figuras con proyecciones de vistas superior, inferior, frontal o lateral y perspectiva del producto diseñado, un documento de prioridad, la tradición del documento de prioridad y la figura característica del diseño a registrar.

2. Al presentar la solicitud de diseño y ser aceptada, se le realizará sobre el diseño un examen de forma, consistente en realizar una revisión frente a los dibujos presentados para determinar que se encuentre las seis caras que debe tener el diseño del producto, su claridad del dibujo o los dibujos; en caso de no aprobar dicho examen, se realiza al solicitante un requerimiento para que subsane los puntos en lo que hay inconformidades con el diseño dentro de los 30 días hábiles siguientes, después de subsanar el diseño o que directamente se realiza la publicación del diseño en la Gaceta de Propiedad Industrial por un término de 30 días hábiles, cumpliendo con el principio de publicidad y para que a quienes interesen realicen la oposición al registro del diseño, por cuanto no cumple con los presupuestos establecidos de novedad, carácter aparente y visible; caducado el tiempo, la Oficina de Propiedad Industrial otorga o deniega el registro del diseño solicitado, puede negarse el registro a lo cual proceden los Recursos Ordinarios por ser una decisión de carácter administrativa o contrario sensu concederse otorgándose la protección al solicitante, que al concepto de la SIC, con el registro se alcanza un *derecho adquirido faculta*

*al titular a impedir que terceras personas utilicen o comercialicen el producto sin su consentimiento. Si el diseño no está protegido, otra persona puede adelantarse a presentar una solicitud de registro y será difícil que la empresa o diseñador afectado compruebe su propiedad sobre el diseño. Además, un tercero podrá comercializar el producto, inclusive ofreciéndolo más económico y el diseñador o empresa no podrá impedirlo pues no existe un derecho que lo faculte para ello. Es decir, que con el registro de Diseño Industrial se puede impedir que terceras personas exploten un diseño protegido se puede actuar contra toda persona que sin consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el mercado o utilice comercialmente productos que incorporen o reproduzcan la forma del objeto protegido; el titular de este derecho por regla general es el creador que puede ser una persona natural o jurídica, ahora bien, si varias personas participaron en la creación del objeto la ley indica que pertenece a todas ellas, así lo determina el artículo 114 de la decisión 486 de 2000.*

El propósito de la creación de una protección especial sobre la forma de los productos, con la otorgación del registro de los diseños industriales, no es otra sino la de conceder la posibilidad de otorgarle derechos de explotación económica (éxito comercial) que bien ha generado una inversión para quien registra propiamente el producto y en un aspecto inmaterial el reconocimiento del desarrollo intelectual o artístico que hubo sobre la innovación en su estética. Podría decirse también, que de cara al creador hay una protección material como emblemática, a la primera, la cual hace referencia al diseño o la creación intelectual materializada en el producto y el cual podrá explotar, y frente al animus sobre la exaltación de la labor creativa de este.

En conclusión, al momento de otorgarse el registro del diseño industrial el titular de su este cuenta con los derechos exclusivos que protegen contra la copia o imitación no autorizada de los diseño por terceros, su explotación comercial es exclusiva para éste. Sin embargo, dicha exclusividad no es perpetua y que en la mayoría de las jurisdicciones, el plazo de protección es de 10 años.

## 2. LA ECONOMÍA DEL CONOCIMIENTO EN COLOMBIA

Gran impacto genera la situación actual de Colombia respecto a su competitividad económica, de producción e innovación, no precisamente un impacto positivo; lo anterior en razón a que, si bien es cierto, el país se está ubicando globalmente como una economía emergente, también lo es que se encuentra significativamente por debajo de los niveles de países que pueden ser considerados como pares, por su situación demográfica, geográfica y sociocultural, como es el caso de Chile, México, Brasil y España.

Así las cosas, según el Banco Mundial, la renta per cápita que se registró en Colombia en el año 2015 fue de 13.800,787 dólares americanos, lo que coloca al país en el número 81 en el ranking mundial, muy por debajo de sus países pares, Chile (22.316,2), México (17.276,6), Brasil (15.359,3) y España (34.526,5) , lo anterior sumado a sus niveles altos de pobreza que aún persisten en el país lo dejan en una posición de inferioridad que sin duda repercute en los avances científicos y tecnológicos así como la inversión extranjera.<sup>24</sup>

La economía basada en el conocimiento a la que le apunta el país, requiere entre otras cosas, un fortalecimiento del sistema de Propiedad Industrial, sin embargo, la realidad apunta hacia otra dirección, encontrándose por tanto que existen bajos niveles en cuanto la inscripción de marcas, patentes y diseños industriales respecta, lo anterior en razón a que por un lado como ya se hizo mención, la realidad económica demuestra una desventaja considerable respecto a países en condiciones similares, lo que se traduce en falta de capital de inversión y por ende falta de creación e innovación, en cualquier caso guarda igual importancia el hecho de que en Colombia no se ha impulsado como debería ser este sistema, encontrándose grandes vacíos en cuanto al procedimiento de gestión de derechos de propiedad industrial respecta.

Es evidente, que el desarrollo de creaciones, innovaciones y los avances tecnológicos del país son insuficientes en comparación de otros países del cono sur como Brasil, Argentina y Chile, y las pocas que existen, son reacias a inscribirlas, esto puede deberse en parte a falta de conocimiento de las ventajas que ofrece el Sistema de Propiedad Industrial por parte de

<sup>24</sup> Grupo Banco Mundial (2015). El Banco Mundial. Recuperado de: <http://go.worldbank.org/EE3AUV8Y50>

los inventores y a la falta de presencia de la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio en otras zonas del país aparte de Bogotá, Antioquia y Valle del Cauca.

### 3. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

El Departamento del Huila, cuenta con una población de 1'154.777 Habitantes (Proyección DANE 2015), con 37 municipios los cuales basan su economía principalmente en la producción agrícola y ganadera, la explotación petrolera y el comercio; se resalta la trascendencia de la agricultura la cual se ha desarrollado y tecnificado en los últimos años, teniendo como principales cultivos al café, algodón, arroz riego, frijol, maíz tecnificado, maíz tradicional, sorgo, cacao, caña panelera, plátano, yuca, iraca y al tabaco.

Así mismo, toma importancia la extracción y explotación de la plata y el oro, este último se explota en 13 de los 37 municipios, así como la extracción petrolífera, pues la reservas de petróleo representan el 1.2% del total nacional; y por último pero no menos importante, se destaca la producción artesanal, la cual es muy laboriosa, especialmente la de cerámica y sombreros, en especial el sombrero de Suaza, el cual ya goza de la protección de la denominación de origen así como el Café Especial, las Achiras y la Cholupa, quiere decir que son productos que no pueden ser comercializados si son producidos por fuera del área de influencia geográfica, que en este caso es el Departamento del Huila.<sup>25</sup>

Sumado a lo anterior, el Departamento del Huila es considerado como la puerta hacia el sur del país, por lo que por su territorio transcurren diariamente tanto bienes facturados como no facturados provenientes y en dirección hacia el interior del país, lo que le permite estar en constante afluencia de personas y mercancías ajenas a la región; a pesar de lo anterior, no obstante que en Neiva, su capital se han instalado fábricas de productos alimenticios, bebidas, jabones, cigarros y licores, la industria fabril está poco desarrollada, situación que pone al departamento en una condición desfavorable en comparación con otras regiones del país.

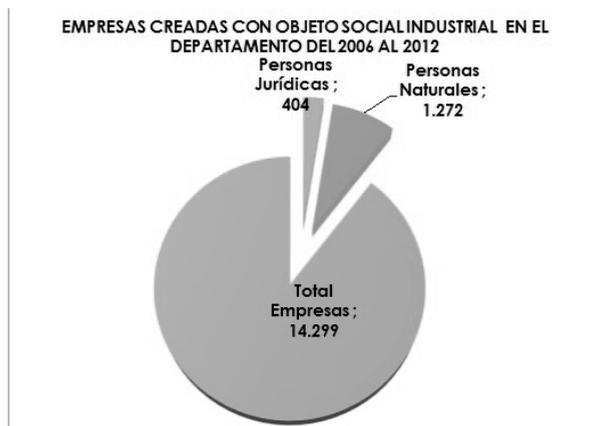
No obstante, el desarrollo de la propiedad en el departamento es remo-

<sup>25</sup> *Ibidem*.

to, conforme a la información obtenida de la investigación, se pudo conocer que en el 2010 se presentó solo una solicitud de registro de patente; esta situación está tratando de ser minimizada por parte de la SIC, al evidenciar que los escasos números de solicitudes de registros en las diferentes categorías de la propiedad industrial se debían a la centralización de los tramites de registro, pues todos ellos se hacían de manera exclusiva en las oficinas de la SIC en Bogotá D.C.

Dado lo anterior, la SIC junto con la OMPI se crearon los CATI, (Centros de Apoyo a la Tecnología y a la Innovación), los cuales están ubicados en los lugares donde no hay presencia directa de la Superintendencia, encargándose de brindar asesoría, capacitación y acompañamiento en los tramites de solicitudes de Registro que ampara la Propiedad Industrial; llegando a presentar Diez Solicitudes de Registro de Patentes de Invención para el año 2016 en el departamento del Huila, que es considerable al número de solicitudes presentadas años anteriores pero considerablemente inferior al número de solicitudes de patentes de invención presentado por Bogotá D.C con 189 y departamentos como Antioquia con 124, Atlántico 29, Cundinamarca 22 o Valle del Cauca 46, de acuerdo con la información estadística de la Base de Datos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

**1.** Resultado del análisis estadístico de las solicitudes de creación de empresas con objeto social INDUSTRIAL, en el periodo objeto de estudio de la investigación Diseño Industrial, su desarrollo y aplicación en el Departamento, se cuantificaron que hubo 1676 empresas con objeto industrial.



2. Resultados sobre la investigación de las Solicitudes de Diseño Industrial y Registro de Diseños Industrial en el Departamento del Huila comprendidos en el periodo de 2000 al 2016, conforme a la Base de datos de la SIPI de la Superintendencia de Industria y Comercio y conforme a la información presentada por el Centro de Información Tecnológica y Apoyo a la Gestión de la Propiedad Industrial (CIGEPI) se obtuvieron los siguientes datos.

En el año 2001 fue presentada Una 1 solicitud de Registro de Diseño Industriales, de igual manera que ocurrió en el año 2002, como se muestra en la Figura 1 y 2 respectivamente. **Figura 1.** Solicitudes de patentes, diseños industriales y esquemas de trazado por Departamentos 2001, (1) Solicitud de Diseño Industrial presentada por el Departamento del Huila.



**Figura 2.** Solicitudes de patentes, diseños industriales y esquemas de trazado por Departamentos 2002, (1) Solicitud de Diseño Industrial presentada por el Departamento del Huila.

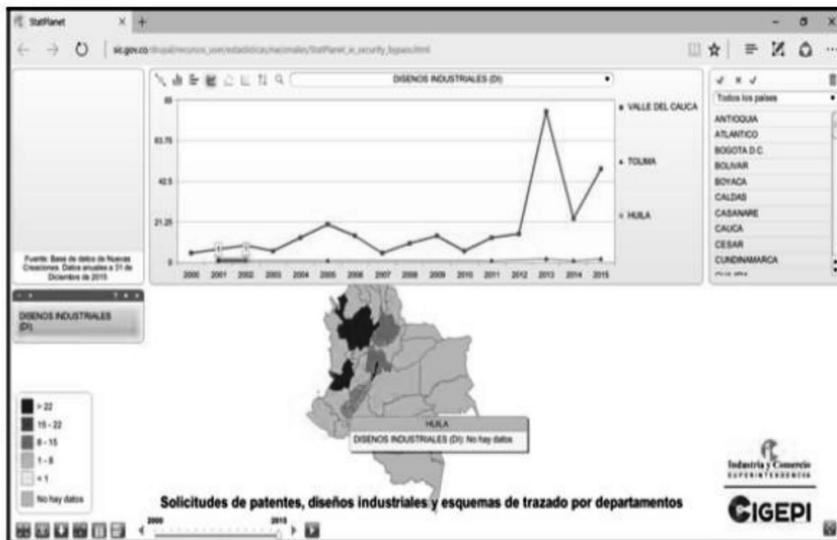


En el año 2004, fue otorgado el único registro de Diseño Industrial registrado para el Departamento del Huila, como lo consignan las Figuras 3 y 4.

**Figura 3.** Solicitudes de patentes, diseños industriales y esquemas de trazado por Departamentos 2004, (1) Diseño Industrial Concedido para el Departamento del Huila.



**Figura 4.** Solicitudes de Patentes de Diseños Industriales y esquemas trazados por departamento del 2005 al 2015, No hay datos para el Departamento del Huila.



De esta manera, de acuerdo a los resultados encontrados en las gráficas, orientados a calcular la cantidad de solicitudes de Diseño Industrial y Registro de Diseños Industriales en el Departamento del Huila comprendidos en el periodo de 2005 al 2015 se encuentra que en esta región, donde durante el periodo objeto de estudio contaba con 1676 empresas con objeto social industrial.

Por otra parte que el Departamento del Huila solo cuenta con 1 Registro de Diseño Industrial, el cual es sorprendente y preocupante al considerar la implementación de la cultura de la innovación y el emprendimiento como nuevos elementos para la economía.

Resulta imposible no cuestionarse por qué en un departamento que cuenta con 1676 empresas con objeto social industrial tan solo hubo una solicitud de registro de diseño industrial, situación que demuestra la precaria importancia que le dan los huilenses a la propiedad industrial, más específicamente al diseño industrial, tan importante para darle protección y valor a las nuevas creaciones, pilar de las economías basadas en el conocimiento.

## 4. CONCLUSIONES

En el mundo actual resalta que el desarrollo económico de los países tiene cada vez más por soporte a la ciencia, la tecnológica y la innovación, es así como el progreso de la tecnología y la ciencia apunta a la renovación de sociedades.

La propiedad intelectual es el derecho real sobre las producciones del intelecto humano que protege el contenido patrimonial y moral de una creación respecto de quien la produce, exaltando su ingenio, creatividad además de la inversión económica que la misma puede ocasionar.

El carácter de un diseño industrial es esencial y específicamente estético por lo tanto su protección no cubre las características técnicas del producto al que se aplica, el diseño además de ser nuevo y original no tenga ningún tipo de injerencia en la parte funcional del objeto.

El diseño industrial protege tanto al titular del diseño como a los consumidores y a la sociedad en general pues fomenta la tanto la competencia leal como las prácticas comerciales honestas en razón a que promueve la creatividad y generando un sentido estético en la creación de productos, fortaleciéndose el desarrollo económico de los sectores industriales y manufactureros e incluso en las artes y las artesanías.

El propósito de la creación de una protección especial sobre la forma de los productos, con la otorgación del registro de los diseños industriales, se concede a la posibilidad de otorgarle derechos de explotación económica (éxito comercial) que bien ha generado una inversión para quien registra propiamente el producto y en un aspecto inmaterial el reconocimiento del desarrollo intelectual o artístico que hubo sobre la innovación en su estética, por un periodo de diez años a partir de la concesión del registro, que en el caso Colombiano es la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera exclusiva a quien le corresponde concederla.

En cuanto al desarrollo de la Propiedad Industrial en Colombia, se puede concluir que se encuentra en una posición notoriamente inferior en lo que respecta al progreso científico y tecnológico, pilar fundamental de las economías basadas en el conocimiento frente a países en condiciones similares, como Brasil, México Argentina y Chile. Sin embargo para salir

de dicho estancamiento, el año 2006, el Gobierno Nacional estableció la política pública en materia de emprendimiento a través de la expedición de la Ley 1014 de 2006, a fin de incentivar la cultura del emprendimiento, la innovación y así hubiera un auge la economía del conocimiento, la cual ha ido aumentando no a pasos agigantados en comparación de los otros países, pero si se ha evidenciado incremento paulatino en los últimos años.

Se determinó que una de la principales causas que genera la abstención en la creación y registro las categorías de la Propiedad Industrial, era la falta de existencia de una oficina de la Delegatura para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, o instituciones alternas a la SIC que promovieran y asesoraran a los emprendedores en los tramites respectivos para elevar solicitudes que les otorgaran registros de sus ideas o conocimiento si quiera de la materia; pues en otras zonas del país aparte de Bogotá representa un factor determinante para la falta de utilización de los sistemas de protección de los Derechos de la Propiedad Industrial, esta situación era una de las principales causas para el que se presentaran solicitudes en las diferentes modalidades de la propiedad Industrial que inició a mitigarse a partir del 2014 cuando fueron creados los CATI (Centro de Apoyo a la Tecnología y la Innovación) y con ello se ha instruido a las personas de nuestra región, ya que es poco el conocimiento de esta área en las personas del común acerca de la propiedad industrial.

Respecto del desarrollo de la Propiedad Industrial en el Departamento del Huila, respecto de los diseños industriales se puede indicar que el mismo cuenta con Un (1) Registro de Diseño Industria concedido en el año 2004, de dos (2) solicitudes registro de diseño industrial presentadas en los años 2001 y 2002.<sup>26</sup>

Por otra parte que en el periodo comprendido entre los años 2006 al 2012 por parte del Departamento del Huila no se ha elevado ninguna solicitud de registro de Diseño Industrial, por lo tanto no se ha concedido ninguno registro de diseño.

Así mismo, que en el Departamento del Huila se encuentran registradas 14.299 empresas con objeto social industrial en el Departamento del Huila, por lo que se puede concluir en vista de lo anterior que dichas empresas no desarrollan actividades de creación y se podrían considerar empresas

<sup>26</sup> Superintendencia de Industria y comercio.(2017)

Tomado de:

[http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/estadisticas/nacionales/Web\\_1/Solicitudes\\_por\\_Departamento\\_de\\_Origen-NUEVAS\\_CREACIONES/web/StatPlanet\\_ie\\_security\\_bypass.html](http://www.sic.gov.co/recursos_user/estadisticas/nacionales/Web_1/Solicitudes_por_Departamento_de_Origen-NUEVAS_CREACIONES/web/StatPlanet_ie_security_bypass.html)

de papel; desaprovechándose de cierta manera los recursos ambientales y privilegiada ubicación geográfica le permite estar en constante contacto con personas y mercancías del Surcolombiano para impulsar la industria fabril, y así aumentar las precarias cifras de creación e innovación, como nos muestran las Bases de Datos de la Superintendencia de Industria y comercio en comparación de Bogotá D.C. .

La situación del país frente al desarrollo de una economía del conocimiento, la innovación y emprendimiento es preocupante, sin embargo, en comparación con la implementación de esta en el Departamento del Huila es aún más agobiante, si bien es pionero en cuanto a denominaciones de origen respecta , no existe en lo absoluto una cultura de protección de los derechos de la propiedad industrial, en especial por su renuencia a registrar los diseños industriales, parte integrante y fundamental de estos derechos; además que existen enormes vacíos en cuenta a información y políticas de mejoramiento respecta, prueba de ellos es que por parte de la Gobernación del Huila no se han establecido políticas públicas para lograr el fomento en la innovación y protección en materia de la propiedad industrial, haciéndose necesarias para esta región, dada la condición de pasiva de este departamento frente a los retos y necesidades no solo del país sino del mundo, de crear nuevas formas de impulsar la economía, acrecentando de esta manera los niveles de pobreza, de desempleo, y de atraso en general.

Se hace indispensable entonces, que con prontitud se implemente una estrategia para el fomento de la creación de empresas y con ellas las innovaciones y en general todas aquellas creaciones derivadas del conocimiento que traigan como resultado la necesidad de incursionarse en el mundo de los bienes intangibles, y de otro forma, el impulso y la concientización por la cultura de la protección de los mismos, esto a través del amparo de los derechos de propiedad industrial e intelectual que como ya se mencionó logran un ambiente de competitividad enmarcado en los parámetros de legalidad y de protección al consumidor que logran sin lugar a duda el progreso de las economías.

## BIBLIOGRAFÍA

Banco Mundial: Base de datos del Programa de Comparación Internacional.

Recuperado de: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.PP.CD>

Castro G. Juan David. (2009). La Propiedad Industrial. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.

Comunidad Andina. (2000). Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Decisión 486 del 2000. Recuperado de:

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>

Congreso de la Republica. (12 de Julio de 2013). Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los derechos de Propiedad Industrial. Ley 1648 de 2013. D.O. 48.849. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1648\\_2013.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1648_2013.html)

Instituto Colombiano Agropecuario. (2008). Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia 3533. Recuperado de:

<http://www.ica.gov.co/getattachment/a1be26c2-af09-4635-b885-c3fcea7291e4/2008cp3533.aspx>

Lizarazu M. Rodolfo (2014). Manual de Propiedad Industrial. Bogotá D.C. Legis.

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (23 de Diciembre de 2011). Modificación de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Decreto 488 de 2011. D.O. 48.294. Recuperado de:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_4886\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4886_2011.html)

Organización Mundial de la Propiedad Industrial. Convenio de París Para la Protección de la Propiedad Industrial. (1883). Recuperado de: [http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=288515](http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515)

Organización Mundial de la Propiedad Industrial.(2004). Lo importante esta en la forma. Serie La propiedad intelectual y las empresas. Numero 2.

Organización Mundial de la Propiedad Industrial. (2015). Datos y cifras de la OMPI sobre P.I. Recuperado de:

[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_943\\_2015.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_943_2015.pdf).

Organización Mundial de la Propiedad Industrial. ¿Qué es la propiedad industrial?. Recuperado de:

[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf)

Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Dere-

chos Humanos. Recuperado de:

[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Organización Mundial del Comercio. Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual.(1994). Recuperado de:

[http://www.wipo.int/wipolex/es/other\\_treaties/text.jsp?file\\_id=305796](http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=305796)

Superintendencia de Industria y Comercio. Compendio de Normas Propiedad Industrial. Recuperado de: [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/compendio/Propiedad\\_Normas.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/compendio/Propiedad_Normas.pdf).

Superintendencia de Industria y Comercio. ABC de la Propiedad Industrial. Recuperado de:

[https://www.uis.edu.co/webUIS/es/investigacionExtension/programasApoyo/documentos/2012/derechosPropiedadIntelectual/ABC\\_PROPIEDAD\\_INDUSTRIAL.PDF](https://www.uis.edu.co/webUIS/es/investigacionExtension/programasApoyo/documentos/2012/derechosPropiedadIntelectual/ABC_PROPIEDAD_INDUSTRIAL.PDF)

Superintendencia de Industria y Comercio. (2008).Diseños Industriales. Recuperado de:

[http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/propiedad\\_industrialWEB/assets/pdf/Disenyo\\_Industrial.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/propiedad_industrialWEB/assets/pdf/Disenyo_Industrial.pdf)

Superintendencia de Industria y Comercio. (2008).Guía rápida de Propiedad Industrial.

Recuperado de:

[http://api.sic.gov.co/WEB/assets/pdf/Guia\\_Rapida.pdf](http://api.sic.gov.co/WEB/assets/pdf/Guia_Rapida.pdf)

Superintendencia de Industria y Comercio. (2012). Manual sobre Diseños Industriales. Recuperado de:

[http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/publicaciones/Manual\\_Dise%C3%B1o\\_industrial\\_FINAL%20IMPRESION.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Manual_Dise%C3%B1o_industrial_FINAL%20IMPRESION.pdf)

Superintendencia de Industria y Comercio. Propiedad Industrial 2020. Recuperado de:

[http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/publicaciones/Libro\\_PI\\_2020/files/libro%20propiedad%20industrial%202020.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Libro_PI_2020/files/libro%20propiedad%20industrial%202020.pdf)

Toda Colombia: Departamento del Huila. Recuperado de:

<http://www.todacolombia.com/departamentos-de-colombia/huila.html#6>



## RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS QUE LA CONFIGURAN FRENTE AL HECHO DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO DE PERSONAS DESDE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO<sup>27</sup>

Jessica Tatiana Jiménez Escalante<sup>28</sup>

Fecha de recepción: 16 de octubre de 2017

Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2017

Referencia: JIMÉNEZ ESCALANTE, Jessica Tatiana. *Responsabilidad extracontractual del Estado: análisis de los criterios que la configuran frente al hecho del desplazamiento forzado de personas desde jurisprudencia del Consejo de Estado*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 103 a 128. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** The Political Constitution of 1991 established the so-called non-contractual liability clause of the State, which imposes, within the framework of the Social Rule of Law, the challenge of guaranteeing that, in the event of harm being done by a public authority, the same be repaired effectively by the State. However, in the case of the forced displacement of people, the jurisprudential development by the State Council has not been as

<sup>27</sup> Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación.

<sup>28</sup> *Abogada*, Universidad Libre -Cúcuta-. Monitora del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre -Cúcuta-. Investigadora independiente. Correo electrónico: [tatianajimenez28@gmail.com](mailto:tatianajimenez28@gmail.com)

broad as might be expected, given the magnitude that this fact represents in the internal armed conflict in Colombia, since only in a very small number of orders, it has ruled on the configuration or not of this damage as attributable to the State, using a variety of criteria that make it difficult for the victims to claim responsibility. For this reason, the construction of a jurisprudential line in which the identification of the sub-rules on the liability trial is achieved, which allows a more effective access of the victim to the repair of the damages caused on the occasion of this fact, is pertinent. particular.

**KEYWORDS:** Extracontractual liability of the State, forced displacement, jurisprudential line, reparation, victims.

**RESUMEN:** La Constitución Política de 1991 consagró la denominada cláusula de la responsabilidad extracontractual del Estado, que impone en el marco del Estado Social de Derecho, el reto de garantizar que, en caso de efectuarse un daño por parte de una autoridad pública, el mismo sea reparado de forma efectiva por parte del Estado. No obstante, tratándose del hecho del desplazamiento forzado de personas, el desarrollo jurisprudencial por parte del Consejo de Estado no ha sido tan amplia como podría esperarse, en atención a la magnitud que este hecho representa en el conflicto armado interno en Colombia, pues tan solo en un número muy reducido de providencias se ha pronunciado sobre la configuración o no de este daño como atribuible al Estado, utilizando para ello diversidad de criterios que dificultan la concreción de la pretensión de responsabilidad por parte de las víctimas. Por esa razón, resulta pertinente la construcción de una línea jurisprudencial en la que se logre la identificación de las subreglas sobre el juicio de responsabilidad, que permita un acceso más efectivo de la víctima a la reparación de los perjuicios causados con ocasión de este hecho en particular.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad extracontractual del Estado, desplazamiento forzado, línea jurisprudencial, reparación, víctimas.

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad extracontractual del Estado responde en Colombia a la garantía de un fin esencial del Estado social de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991<sup>29</sup>, que se activa en caso de incumplimien-

<sup>29</sup> Al respecto el artículo 2 de la Constitución Política de 1991 contempla: "Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia

to – bien sea por acción u omisión - por parte de alguna de sus autoridades (artículo 90). Y que encuentra en el proceso de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado el mecanismo procesal a través del cual, quien considere haber sufrido un daño antijurídico atribuible a éste pretenda la declaratoria de su responsabilidad y la consecuente reparación del perjuicio.

Para ello, el ordenamiento jurídico ha dotado a los ciudadanos de dos herramientas que permiten el acceso a la justicia en el marco del proceso de responsabilidad estatal: las acciones de reparación a los perjuicios causados a un grupo -en adelante “acción de grupo”- y de reparación directa. Estas figuras propias de la perspectiva judicial de la reparación, han sido ampliamente utilizadas y resueltas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que a través de sus providencias (particularmente las del Consejo de Estado como máximo órgano de esta jurisdicción) ha establecido los criterios con los cuales se determina, la responsabilidad o no del Estado por los hechos u omisiones de sus agentes.

Tal ha sido el caso de la responsabilidad generada por los hechos victimizantes ocurridos con ocasión del conflicto armado interno que sufre el país hace más de medio siglo, donde las víctimas para las cuales aún no ha caducado el mencionado sistema de acciones, tienen la posibilidad de acudir ante el juez contencioso e incoar su pretensión de responsabilidad para que éste determine si se ha configurado un daño antijurídico y si este le es imputable al Estado, y con ello determinar si es procedente la declaratoria de responsabilidad.

Ahora, tratándose del desplazamiento forzado de personas que reporta actualmente según el Registro Único de Víctimas (RUV) 7.283.749<sup>30</sup> víctimas y, que por tanto constituye el hecho de mayor magnitud en el conflicto interno<sup>31</sup>, como podrá verse, la actuación del juez en la reparación de los daños sufridos por este hecho a lo largo de más de cincuenta años de conflicto no ha superado las 17 sentencias emitidas por el Consejo de Estado como instancia última de la Jurisdicción Contencioso Administrativo<sup>32</sup>.

pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

30 La información de la referencia fue consultada el día 31 de octubre del 2017 de la Red Nacional de Información -Unidad para las Víctimas- (Registro Único de Víctimas (RUV), 2017).

31 Realidad de la que se han generado como consecuencias, entre otras, la aceleración de la descomposición del sector rural y la concentración urbana que ha propiciado la urbanización acelerada del país (Arboleda Ramírez, 2014, pág. 125).

32 Con razón se afirma que el “juicio de responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado se define, dada la magnitud actual de víctimas, como uno de los desafíos más complejos al cumplimiento de los fines esenciales del Estado precisados en la Constitución Política de 1991” (Yáñez Meza, 2015, pág. 418).

Sin embargo, a pesar de la no muy significativa emisión de pronunciamientos por parte de esta corporación, resulta de particular importancia las subreglas identificables en las providencias dictadas para la determinación de la responsabilidad estatal, con el fin de que las personas que hayan sufrido este flagelo, encuentren desde la línea jurisprudencial que sobre estos pronunciamientos pueda construirse, un criterio claro que les permita diseñar adecuadamente su ejercicio procesal a través de los medios de reparación directa y de grupo o de otros mecanismos con los cuales pudiesen acceder a esta perspectiva de la reparación, pudiendo ver traducidos estos criterios, eventualmente, en una sentencia de unificación jurisprudencial.

Por lo anterior, esta investigación pretende identificar la subreglas que definen la responsabilidad del Estado Colombiano por el hecho del desplazamiento forzado de personas, a partir de la línea jurisprudencial construida con las providencias emitidas por el Consejo de Estado sobre la materia.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son las subreglas que definen la responsabilidad del Estado Colombiano por el hecho del desplazamiento forzado de personas, a partir de la línea jurisprudencial que se construye con las providencias emitidas por el Consejo de Estado sobre la materia?

## METODOLOGÍA

La presente investigación es de tipo jurídico, se emplea un enfoque cualitativo, en la medida que se realiza un análisis de los criterios jurídicos identificados en la línea jurisprudencial construida a partir de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado en los medios de control de reparación directa y acción de grupo en torno a la reparación de los perjuicios ocasionados con el desplazamiento forzado, análisis para el cual se emplean recursos y fuentes documentales. Para la construcción de la referida línea jurisprudencial se utiliza el método de análisis dinámico de ley establecido en la obra “El Derecho de los Jueces” (López Medina, 2008).

## PLAN DE REDACCIÓN

El problema jurídico planteado se resolverá en atención al siguiente

te orden y contenido: i) El proceso de responsabilidad extracontractual del Estado y el desplazamiento forzado de personas. ii) Construcción de la línea jurisprudencial. iii) Análisis crítico de la línea jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado de personas. iv) Conclusiones. v) Referencias.

- 1) El proceso de responsabilidad extracontractual del Estado y el desplazamiento forzado de personas.

La responsabilidad extracontractual del Estado, como ya se indicó, encuentra su fundamento en la Carta Política de 1991<sup>33</sup>, pues sobre los órganos que lo componen recae el deber de cumplimiento de sus funciones y atribuciones en atención a la protección de los derechos y las libertades conferidas a los ciudadanos. Por lo que en caso de que el Estado a través de sus autoridades públicas ocasione un daño, debe -como obligación jurídica impuesta por el Estado Social de Derecho-, responder por el mismo, reparando los perjuicios ocasionados a los administrados que se vieron afectados con ocasión de una actuación u omisión, bien sea por la extralimitación de los agentes estatales en el cumplimiento de sus funciones, por el cumplimiento de funciones de manera tardía o defectuosa, o por el incumplimiento o el retardo injustificado en el cumplimiento de las obligaciones que se encuentran a cargo del Estado.

Deber que como lo ha expresado el Consejo de Estado en Sentencia emitida el 14 de marzo de 2016 siguiendo el precedente de la Sala de lo Contencioso Administrativo deviene de considerar que un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos” (Sentencia 40744, 2016).

Así las cosas, el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado, desde el notable desarrollo jurisprudencial realizado por el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo, ha jugado un papel de gran importancia en la definición de los presupuestos de tal responsabilidad, esto es, la existencia de un daño antijurídico y la imputación de éste a la administración pública, así como respecto del reconocimiento de la debida reparación o indemnización al interesado.

Ahora bien, dado el conflicto armado interno que ha enfrentado el

<sup>33</sup> Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado indicando que “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en los artículos 2, 58 y 90 de la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial...” (Sentencia C-832, 2001).

país hace más de cinco décadas con diferentes grupos al margen de la ley, ha surgido para el Estado otras esferas desde las que éste puede ser declarado responsable por el actuar de sus autoridades en el marco del conflicto. Así, se puede ver que para el caso del desplazamiento forzado el Consejo de Estado ha señalado que:

“La Constitución Política de 1991 consagró expresamente el derecho de todos los colombianos “a circular libremente por el territorio nacional”, lo cual, como resulta apenas natural, incluye el derecho a escoger voluntariamente el lugar del territorio en el cual cada persona decide habitar, residenciarse o establecerse, de manera temporal o con vocación de permanencia” (Sentencia 35029, 2016).

Derecho que implica la obligación de carácter constitucional (y también convencional) del Estado de velar por el cumplimiento de ese derecho otorgado a los habitantes del país, que en el contexto del conflicto armado interno conlleva un deber de protección sobre la seguridad de los administrados, y donde la inobservancia de este deber por parte de las autoridades ha llevado en numerosos casos a la concreción del desplazamiento forzado que trae como consecuencia una situación de:

“... desarraigo de millones de personas siendo esta la más grave tragedia humana de los últimos tiempos. Algunos se han visto obligados a salir de sus territorios y asentarse en lugares completamente ajenos a sus modos de vida, y otros, a cruzar las fronteras de su país, en circunstancias de extrema precariedad” (Alpargatero Ulloa, 2011).

En atención a lo anterior y a la realidad que muestra el contexto de violación sistemática de derechos humanos en torno al conflicto<sup>34</sup>, que aún en épocas de post-acuerdo siguen sumando personas víctimas de los diferentes hechos catalogados como dañinos o victimizantes, se plantea la necesidad de identificar y analizar los criterios adoptados por el Consejo de Estado para establecer la responsabilidad de la administración cuando hay lugar a imputar a sus autoridades un hecho antijurídico en relación con el enfrentamiento armado interno.

Para ello se elige como muestra de estudio el hecho del desplazamiento forzado de personas que representa entre el universo de 8.554.639<sup>35</sup>

34

35 La información de la referencia fue consultada el día 31 de octubre del 2017 de la Red Nacional de Información -Unidad para las Víctimas- (Registro Único de Víctimas (RUV), 2017).

víctimas registradas, más de siete millones de ellas, es decir, se trata de más del 85% del total de las víctimas del conflicto registradas en el RUV, lo que implica el alto impacto que las circunstancias de la guerra han generado en sus habitantes al verse conminados a salir de sus viviendas y municipios a raíz del miedo y la angustia que representan los actos cometidos por las partes en pugna. Situación que reclama del Derecho de la Responsabilidad del Estado, reglas claras que permitan el acceso efectivo a la justicia por parte de esta población que se ha visto vulnerada en sus derechos<sup>36</sup>.

## 2) Construcción de la línea jurisprudencial.

En diecisiete ocasiones se ha pronunciado el Consejo de Estado a través de los medios de acción de grupo y reparación directa sobre la pretensión de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por el hecho de la desaparición forzada de personas en el marco del enfrentamiento armado interno “como consecuencia de la ejecución de actos violentos cometidos por grupos armados al margen de la ley en exclusiva o con paralela colaboración de la Fuerza Pública sobre una población determinada” (Yañez Meza, 2013).

A lo largo del desarrollo jurisprudencial sobre la materia, se pueden evidenciar los diferentes criterios adoptados por el Consejo de Estado para establecer la responsabilidad por desplazamiento forzado, aspectos sobre los que se centra el presente estudio y para lo cual, en primer momento se realizará la gráfica de línea jurisprudencial en la que se identifican las diversas posiciones asumidas por esta corporación respecto de la mencionada responsabilidad del Estado, describiendo posteriormente los aspectos generales de las providencias más relevantes así como los argumentos y criterios con los cuales se acoge o se rechaza la pretensión de responsabilidad.

<sup>36</sup> Esto en la medida de que, ante la situación humanitaria que ha enfrentado el país con ocasión del conflicto armado interno, el Estado colombiano debe “asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso efectivo de las víctimas para su reparación integral, deben asumir el deber ineludible de reparar en forma directa y principal las violaciones en que se les atribuya su responsabilidad por acción u omisión” (Gómez Montañez, 2014, pág. 113), razón por la que “las víctimas están facultadas para exigir al Estado que cumpla con sus obligaciones de ser garante y protector de los derechos humanos” (Gómez Montañez, 2014, pág. 113).

¿En qué casos el Consejo de Estado se ha pronunciado frente a pretensiones de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado de personas?		
Providencias que declaran la responsabilidad del Estado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• (C.P. Ortiz) (Sentencia AG-62, 2002)</li> <li>• (C.P. Correa) (Sentencia 0213-01(AG), 2006)</li> <li>• (C.P. Giraldo) (Sentencia 01472-01, 2006)</li> <li>• (C.P. Correa) (Sentencia 00004-01(AG), 2007)</li> <li>• (C.P. Fajardo) (Sentencia 00385-01(AG), 2007)</li> <li>• (C.P. Fajardo) (Sentencia 18436, 2010)</li> <li>• (C.P. Santofimio) (Sentencia 31093, 2011)</li> <li>• (C.P. Valle) (Sentencia 23594, 2012)</li> <li>• (C.P. Zambrano) (Sentencia 25675, 2012)</li> <li>• (C.P. Rojas) (Sentencia 00392-01, 2013)</li> <li>• (C.P. Rojas) (Sentencia 35913, 2015)</li> <li>• (C.P. Andrade) (Sentencia 34046, 2015)</li> <li>• (C.P. Santofimio) (Sentencias 48392, 2015)</li> <li>• (C.P. Andrade) (Sentencia 35029, 2016)</li> <li>• (C.P. Santofimio) (Sentencia 40744, 2016)</li> <li>• (C.P. Andrade) (Sentencia 47844, 2017)</li> <li>• (C.P. Pazos) (Sentencia 41187, 2017)</li> </ul>	Providencias que no acceden a la pretensión de responsabilidad del Estado

### Figura 1.

Línea jurisprudencial sobre los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a las pretensiones de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado.

En la anterior gráfica se observa que de las diecisiete sentencias que conforman la línea jurisprudencial, cuatro de ellas resuelven desfavorablemente el problema jurídico planteado (Sentencia AG-62, 2002; Sentencia 01472-01, 2006; Sentencia 31093, 2011; Sentencia 25675, 2012) y las trece restantes resuelven de forma favorable la pretensión de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado, de las cuales valga resaltar la tendencia que se evidencia desde el año 2013 de acceder a la declaración de responsabilidad.

De tal forma que, entrando en el estudio de la línea planteada, se puede señalar como la sentencia fundadora de esta línea la dictada a través de acción de grupo el día 5 de diciembre de 2002, en la que se estudió por la Sección Cuarta los hechos ocurridos en el segundo trimestre de 1998 donde: i) en cumplimiento del anuncio realizado por el jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia de desarrollar “ofensivas totales” en el sur de Bolívar y el Magdalena Medio, se cometieron varias masacres, asesinatos colectivos, saqueos, destrucción de bienes civiles, ocupación de caseríos y cabeceras municipales por varios días, entre otros; ii) frente a tales actos no se reportó que la fuerza pública los combatiera; iii) ante el temor y la incertidumbre por estos hechos los pobladores de la zona se vieron obligados a desplazarse hacia los municipios de San Pablo y Arenal en el departamento de Bolívar, a Barrancabermeja en Santander y a Bogotá D.C.

Posteriormente, iv) ante las exigencias de los desplazados el 20 de agosto de 1998 el presidente de la República se comprometió a instalar una mesa de trabajo en Barrancabermeja a través del Ministerio del Interior; v) la “Mesa Regional de Trabajo Permanente por la Paz del Magdalena Medio” fue instalada el 23 de agosto de 1998 donde se trataron entre otros los temas sobre inversión social y creación de condiciones para el retorno de los desplazados; vi) el éxodo de “cerca de 10.000 campesinos” se inició el 29 de junio y culminó el 4 de octubre de 1998, día en que se firmó con el presidente de la República un acuerdo de garantías para el retorno; vii) los grupos paramilitares durante el 25 de octubre y el 18 de noviembre, en diferentes incursiones en el sur de Bolívar, asesinaron, secuestraron, desaparecieron personas, saquearon, destruyeron y hasta incineraron bienes muebles e inmuebles e interrumpieron temporalmente la circulación de transporte terres-

tre y fluvial en parte del territorio; viii) el Estado no hizo presencia pese a los llamados urgentes realizados por los voceros de los campesinos, las ONG, derechos humanos y distintas entidades del gobierno para que protegieran la vida, libertad, tranquilidad y bienes de los pobladores de la zona; ix) el 18 de noviembre de 1998 los paramilitares abandonaron los sectores agredidos tomándose previamente la cabecera del municipio de Río Viejo, lugar en el que se encontraban más de 4000 desplazados, reuniéndolos en un establecimiento deportivo donde maltrataron y vejaron a algunos, profiriendo amenazas y advirtiéndoles que solo podían retornar a la zona después de un término de seis meses quienes estuvieran “limpios”; x) ni el Ministerio de Defensa ni el Ejército Nacional actuaron para garantizar los derechos fundamentales de los pobladores del sur de Bolívar pese a tener en el área “varias unidades” (Yañez Meza, 2013).

El Consejo de Estado en la parte motiva de la citada sentencia señala en primer lugar, el cumplimiento de la cantidad mínima de 20 personas como integrantes del grupo de acuerdo a lo requerido por la Ley 472 de 1998, pero tratándose del estudio sobre quienes integran el grupo señala que i) “para la Sala el grupo debe definirse sólo con quienes fueron desplazados antes de suscribirse el Acuerdo y que a raíz de éste retornaron a sus lugares de origen para luego, por los hechos sucedidos en el período señalado en libelo y ante la presunta omisión del Estado, se vieron forzados a movilizarse hacia otros lugares del país”, característica que no fue reunida por todos los accionantes. Por su parte, respecto de los perjuicios materiales se señala que ii) “tampoco se prueba ni siquiera de forma sumaria la propiedad de los bienes inmuebles y muebles sobre los cuales piden el reconocimiento y pago de la indemnización” por tales perjuicios.

Así mismo debe resaltarse que a consideración de la Sala sobre el elemento de prueba a cerca de la comunicación No. 0311 de 17 de noviembre de 1998 donde se registra información sobre el desplazamiento que le ocupa, iii) “no se demuestra que con antelación a los sucesos presentados en las distintas poblaciones la fuerza pública hubiera tenido el conocimiento suficiente que le permitiera tomar oportunamente las medidas para evitar la incursión de los grupos armados al margen de la ley y así evitar el daño generado por el posterior desplazamiento”. Además indican que, iv) “Del acervo probatorio se establece que las fuerzas armadas utilizaron los recursos con que contaban para dar cumplimiento a su deber, pues como quedó indicado el Ejército Nacional hizo presencia en municipios del sur de Bolívar

y de manera especial en Arenal”. Y que, v) “no se demostró que las fuerzas militares contaran con equipo humano y técnico disponible, suficiente en calidad y cantidad para evitar los hechos que dieron lugar al desplazamiento”. Finalmente se estima por la Sala que el acuerdo suscrito por el Gobierno Nacional, vi) no podría considerarse incumplido por parte de este, y que, vii) “las actuaciones de los grupos alzados en armas son inciertos, lo cual constituye caso fortuito o fuerza mayor”.

Como sentencia hito se identifica la proferida por el Consejo de Estado el 26 de enero de 2006 (Sentencia 0213-01(AG), 2006) pues con ella se cambia el criterio adoptado respecto de la pretensión de responsabilidad del Estado por desplazamiento<sup>37</sup>, por cuanto en esta se accede a dicha pretensión señalando para el efecto que: i) “Para la procedencia de la acción no era necesario acreditar que el grupo afectado se había conformado antes de sufrir el daño<sup>38</sup>”; ii) “está acreditado el hecho que dio origen al daño cuya indemnización se reclama, esto es, el desplazamiento forzado de los habitantes de La Gabarra”; iii) “las actuaciones adelantadas por la Nación no sólo no mostraron ninguna eficacia para impedir o confrontar la incursión paramilitar en la región, sino que tampoco la mostraron para confrontarla e impedir el desplazamiento de los pobladores. Lo que se evidencia de las pruebas que obran en el expediente fue que se dejó a cargo de los miembros del Ejército y la Policía que operaban en la región la responsabilidad para confrontar un ataque de proporciones tan considerables”.

Lo anterior, sumado a que se iv) “concluyó de las pruebas que obran en el expediente, que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho”, conlleva a que se declare patrimonialmente responsable a la Nación

37 Los hechos se sintetizan de la siguiente manera: i) El 15 de marzo de 1999, se publicó en el periódico El Tiempo, de Bogotá, una entrevista concedida por el cabecilla paramilitar Carlos Castaño en la que anunció una arremetida militar contra la región del Catatumbo; ii) el 29 de mayo de 1999 iniciaron las operaciones paramilitares cuando centenares de paramilitares intentaron tomarse el corregimiento de La Gabarra; iii) ante la inminencia del ataque paramilitar, más de 3.000 pobladores de La Gabarra se desplazaron a otros lugares del departamento de Norte de Santander y de allí se dirigieron a buscar refugio en la República Bolivariana de Venezuela, a donde llegaron 2.229 personas, el 2 de junio de 1999; iv) se realizaron operaciones militares pero estas fueron infructuosas, por lo que los paramilitares siguieron cometiendo sus actos, razón por la cual más de 700 pobladores del área rural de La Gabarra se desplazaron a otras poblaciones del país y de Venezuela; v) desde el 29 de mayo de 1999 los paramilitares asumieron el control de la vía Gabarra-Tibú y confiscaron los bienes muebles e inmuebles de las personas víctimas de desplazamiento (Sentencia 0213-01(AG), 2006)

38 Al respecto se señala: “En oportunidades anteriores la Sala había señalado la necesidad de la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad de la acción, requisito que dejó de exigirse con posterioridad a la sentencia la C-569 de 8 de junio de 2004, de la Corte Constitucional, mediante la cual fueron declaradas inexecutable las expresiones “Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad”, contenidas en los primeros incisos de los artículos 3 y 46 de la ley 472 de 1998 (Sentencia 0213-01(AG), 2006).

- Ministerio de Defensa - Ejército - Policía Nacional al ser procedente la imputación del daño a estos por cuanto “las autoridades públicas tenían la posibilidad de interrumpir el proceso causal, porque tuvieron conocimiento previo de que el hecho se iba a producir” siendo aplicable para este caso el título de imputación de falla en el servicio por omisión. Y si bien se necesita “previo requerimiento a la autoridad” este requerimiento no exige ninguna formalidad (Sentencia 0213-01(AG), 2006).

En consecuencia, se condena al Estado al pago de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por concepto del daño moral sufrido por las 265 personas respecto de las cuales se reconoce la calidad de desplazados. Siendo necesario resaltar que en cuanto a la tipología de perjuicios aquí reconocida se manifestó que:

“constituye hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen. (...) Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional” (Sentencia 0213-01(AG), 2006).

Por último, es preciso hacer referencia a la sentencia más reciente en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho dañino que ocupa el presente estudio, se trata de la Sentencia 41187 proferida el 31 de agosto de 2017, en la que se reitera algunos de los criterios jurisprudenciales que se han venido desarrollando con fundamento en la sentencia hito previamente expuesta y que se ha inclinado por la declaratoria de responsabilidad del Estado por esta tipología de daño.

En esta providencia se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la que se denegaron las pretensiones de las demanda, las cuales se sustentan en los siguientes hechos: i) A mediados del año 1998, en el sur del departamento de Bolívar y el Magdalena Medio, se llevó a cabo un éxodo masivo hacia la ciudad de Barrancabermeja, surgido por la queja de muchos campesinos de ser torturados, asesinados y masacrados por grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC); ii) en atención a esos hechos, se constituyó, la Mesa Regional de Trabajo por la Paz del Magdalena medio a través de la

firma de los acuerdos firmados el 4 de octubre de 1998 entre el gobierno nacional y los campesinos del sur de Bolívar y Magdalena, medio que dió fin al éxodo forzado de campesinos en la región; iii) un año después, el día 09 de octubre de 1999, el señor Eofran Muñetón Valencia, uno de los líderes del éxodo campesino, fue víctima de un atentado contra su integridad física en el municipio de San Pablo, Bolívar que le dejó graves secuelas corporales; iv) el 10 de octubre de 1999 salió a buscar protección y asistencia médica en el casco urbano del municipio de San Pablo, requería una atención especializada y fue remitido al Hospital San Rafael de Barrancabermeja; v) antes de efectuarse la señalada remisión médica, se dirigió a la Estación de Policía de San Pablo para solicitar protección y acompañamiento para su traslado, asistencia que le fue negada por los uniformados que se encontraban allí; vi) debido a los anteriores hechos la familia Muñetón Valencia fue víctima de desplazamiento forzado, razón por la que desde el 2 de marzo del año 2000 se encuentran inscritos en el Registro Único de Población Desplazada (Sentencia 41187, 2017).

Frente al anterior marco fáctico procede la Sala a realizar el respectivo estudio del caso, determinando como responsables administrativa y patrimonialmente a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Ejército Nacional, por el daño antijurídico padecido por la familia Muñetón Sosa, consistente en la afectación a la integridad física, al domicilio, a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio colombiano con ocasión del desplazamiento forzado al que fueron sometidos por grupos paramilitares, al margen de la ley.

La anterior decisión se sustenta a partir de las consideraciones hechas por el Consejo de Estado respecto de la existencia del daño antijurídico y su imputación al Estado, así como el consecuente reconocimiento de diversas tipologías de perjuicios, frente a lo cual cabe destacar que: i) se encontró “demostrada la condición de desplazado con la incorporación en el Registro Único de Desplazamiento, pues se trata de un instrumento técnico e idóneo para acreditar dicha calidad, máxime cuando cada situación es evaluada por las autoridades competentes, según los criterios establecidos en el Decreto 2569 del 2000, de las declaraciones que sobre dicha condición realicen los ciudadanos” (Sentencia 41187, 2017).

En relación con las exigencias predicadas por los accionantes se señaló que, ii) cuando se producen daños consistentes en desplazamiento forzado imputable a las autoridades públicas porque infringen su contenido

obligacional se debe declarar la responsabilidad del Estado, siempre y cuando se demuestre previamente: a) la coacción física o psicológica traducida en la obligación de desplazarse del lugar que eligió libremente como su lugar de residencia habitual o asiento de desarrollo de su actividad económica; b) la existencia de amenazas extraordinarias -siguiendo lo dicho por la Corte Constitucional- o la vulneración de los derechos fundamentales -vida, integridad física, seguridad y libertad personal-; y c) la existencia de hechos determinantes -conflicto armado interno; disturbios y tensiones interiores; violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos; infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público (Sentencia 41187, 2017).

Dado lo anterior, procede la Sala a realizar la imputación del daño a las autoridades demandadas encontrando que: iii) sí es posible que se configure la responsabilidad del Estado en aquellos eventos en que el daño lo ha causado un tercero, casos en los que aquello que permite imputarle responsabilidad es el incumplimiento de sus deberes competenciales, esto es, “aunque no exista un vínculo causal de la administración con el daño, es viable plantear el juicio de imputación en términos estrictamente jurídicos en razón de una omisión”; iv) la protección anunciada por el Estado en el Acuerdo concluido fue omitida; v) “un elemento que no necesita prueba de ninguna de las partes por constituir un hecho notorio, es la irrupción en 1998 del éxodo campesino del Magdalena Medio, lo cual obligó al gobierno de la época a instalar una Mesa Regional de diálogo (...), que implicó obviamente (...), no solo el incremento de la escala de violencia de los grupos armados en los municipios de influencia en razón de las represalias, sino también, la vulneración de varios derechos de sus líderes” (Sentencia 41187, 2017).

De igual forma se indica que “La población de los municipios de la zona de influencia y, especialmente, sus líderes, se encontraban en una situación extraordinaria de riesgo que debió ser atendida con prioridad y diligencia por las autoridades” razón por la cual, vi) “pone de presente que los daños antijurídicos infligidos por los paramilitares al señor Muñetón Valencia son imputables a las entidades demandadas no sólo, como se ha analizado, por omisión en el deber de garantía sino, de igual forma, en virtud de una infracción de respeto, comoquiera que una de las obligaciones que

tiene el Estado es la de respeto de los derechos humanos de los ciudadanos<sup>39</sup>”, concluyendo con esto que el daño imputado se hace vii) “a título de falla en el servicio” (Sentencia 41187, 2017).

A causa de la anterior declaratoria de responsabilidad, se reconoce en atención al desplazamiento, la indemnización por los perjuicios morales que constituyen viii) un hecho notorio y que se traducen en una indemnización correspondiente a la suma de 50 SMLMV para cada una de las tres personas afectadas<sup>40</sup>. También se reconoce como perjuicios materiales en calidad de lucro cesante equivalente a una renta total en pesos de once millones quinientos sesenta y cuatro mil doscientos pesos (\$ 11.564.200), por considerar que para ix) “la Sala es evidente que el desplazamiento forzado debió generarle al señor Eofran Muñetón la imposibilidad de ejecutar alguna actividad, mientras realizaba las acciones tendientes a reponerse del daño sufrido”, finalmente se adoptan además garantías de no repetición (Sentencia 41187, 2017).

### 3. Análisis crítico de la línea jurisprudencial sobre la responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado de personas.

A partir del análisis de las providencias que conforman la línea jurisprudencial y teniendo en cuenta que el desplazamiento forzado es el hecho más significativo del conflicto armado interno, es preciso señalar que el derecho de la responsabilidad del Estado ha evolucionado en varios aspectos a partir del desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por el Consejo de Estado, pues si se compara la providencia identificada como fundadora (Sentencia AG-62, 2002) con la sentencia más reciente emitida en el presente año (Sentencia 41187, 2017), puede notarse que, pese a tratarse de distintos accionantes, el supuesto fáctico que rige las dos pretensiones se encuadra la misma incursión del grupo de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en la región del sur de Bolívar y el Magdalena Medio en el año 1998.

<sup>39</sup> Sobre este punto en la reseñada sentencia se sigue señalando que: “fue precisamente, tal como lo reveló el informe de la comisión de verificación de las condiciones de seguridad para el retorno de los campesinos desplazados del Sur de Bolívar y del Magdalena Medio, la conducta negligente de la fuerza pública la que permitió que se planearan y ejecutaran actos gravísimos que pusieron en peligro los mínimos bienes jurídicos de la población civil, en una vergonzosa y mancillada connivencia entre los agentes estatales y los grupos armados ilegales” (Sentencia 41187, 2017).

<sup>40</sup> En relación con la tasación de este perjuicio en la sentencia objeto de estudio se acude a la aplicación del criterio adoptado por la subsección B de esa corporación, precisando: “Para la tasación de los perjuicios morales por el hecho del desplazamiento, se dará aplicación al criterio de la Subsección “B” según el cual, por comparación con casos similares, es procedente otorgar una indemnización equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las víctimas, bajo el presupuesto de que el aludido tipo de menoscabo se presume por el solo hecho del desplazamiento forzado”. (Sentencia 32274, 2013).

Así, frente a una misma circunstancia de orden público en el país, de la que se desprende la ocurrencia de un mismo hecho victimizante bajo estudio –el desplazamiento forzado–, se encuentran dos respuestas diametralmente opuestas por parte del juez contencioso, pues en la primera de ellas se realizó un estudio del caso sin atender los presupuestos constitucionales de la responsabilidad del Estado, que para el caso concreto debió estudiarse desde la falla del servicio como un incumplimiento a deberes constitucionales y legales de seguridad, respeto y procura por la garantía de los derechos de los administrados.

Con ello, se fijó por parte de esta Corporación, subreglas que generan la irresponsabilidad del Estado, entre otras:

1. Cargas probatorias de difícil o imposible cumplimiento por parte de los accionantes en tanto no les era lógicamente posible demostrar que las fuerzas militares “contaban con equipo humano y técnico disponible, suficiente en calidad y cantidad para evitar los hechos que dieron lugar al desplazamiento” (Sentencia AG-62, 2002).
2. Se señala como fuente de irresponsabilidad estatal al caso fortuito o fuerza mayor al manifestar que “las actuaciones de los grupos alzados en armas son inciertos”, lo que no resulta aceptable porque además de ser, como ya se señaló, un obligación a cargo del Estado la de prestar seguridad a sus habitantes, la situación que dio origen al desplazamiento era previsible tal como se reconoce en la sentencia 41187 de 2017 (Sentencia 41187, 2017), en la que:
  - i) Se identifica el daño antijurídico en la situación misma del desplazamiento, catalogando incluso como hecho notorio el éxodo que sufrió la población de esa región en 1998 al ser acreditado por una acción del Gobierno Nacional como lo fue la Mesa Regional de Diálogo.
  - ii) Imputa ese daño al Estado a título de falla del servicio.
  - iii) Reconoce como tipologías de perjuicios aplicables al daño moral (entendido también como hecho notorio), lucro cesante<sup>41</sup> como daño material y medidas no pecuniarias como garantías de no repetición.

41 En relación con esta tipología de perjuicio material y su desarrollo desde la Constitución Política de 1991 en el Consejo de Estado para la responsabilidad extracontractual del Estado puede consultarse (Guerra Moreno, 2015).

De esta forma, al observar la línea construida se encuentra que desde el año 2013 la posición ha sido constante en el sentido de declarar responsable al Estado por el hecho del desplazamiento forzado, no obstante, las subreglas con las cuales se ha configurado dicha responsabilidad, presentan un cierto grado de variación que va desde los criterios definidos en la sentencia hito (Sentencia 0213-01(AG), 2006) hasta el reconocimiento de perjuicios distintos al perjuicio moral y la imputación del daño antijurídico bajo un título diferente de la falla en el servicio.

Por tal razón se analizarán las variaciones de las subreglas reconocidas en los casos en que se declara la responsabilidad del Estado en atención: a) la definición de la existencia del daño antijurídico, b) la imputación del daño antijurídico y c) los perjuicios reconocidos para la reparación del daño.

Respecto a la definición de la existencia del daño antijurídico en Sentencia del 14 de marzo del 2016 (Sentencia 40744, 2016) se señala siguiendo a la jurisprudencia constitucional que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima” y que el mismo, se identifica en el hecho del desplazamiento, criterio que se adopta en otros pronunciamientos como la Sentencia 41187 de 2017, Sentencia 48392 de 2015 y la Sentencia 47844 de 2017 en la que además se aduce que en el caso concreto constituía un hecho notorio la situación de violencia que azotaba la zona en la que se produjo el desplazamiento.

Ahora, como lo ha puntualizado el desarrollo jurisprudencial del C.E. en la materia, luego de que se tiene como demostrada la existencia de un daño antijurídico, para determinar la responsabilidad del Estado, debe atribuírsele a éste ese daño, de tal suerte que, en las sentencias que se enlistan como de resolución favorable a la pretensión de responsabilidad, se ha identificado que el reconocimiento de la misma se realiza bajo tres títulos de imputación que se encuadran en el resultado del análisis fáctico<sup>42</sup>, uno por falla en la prestación del servicio a partir de la omisión de las obligaciones de seguridad que el Estado tiene a su cargo, otro a título de daño especial en aquellos casos en los que el daño sufrido proviene de una actuación legítima del Estado, y el tercero por riesgo excepcional donde el estado participa en la creación del riesgo y no adopta las medidas de protección que debería con el fin de evitar que ese riesgo se concrete en perjuicio de la población civil.

<sup>42</sup> Tal como se indica en la Sentencia 40744 de 2016: “En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico” (Sentencia 40744, 2016).

De esta forma, en cuanto al título de imputación de daño especial dentro del régimen de responsabilidad objetiva, se tiene que en las sentencias 34046 de 2015 y 48392 de 2015, se determina la aplicación de este título jurídico por cuanto, dadas las circunstancias particulares del caso, el desplazamiento se ocasiona tras una actuación legítima por parte de la administración, donde el daño pasa a ser antijurídico en razón del quebrantamiento de las cargas que deben ser soportadas por los administrados.

En relación con el riesgo excepcional, también perteneciente al régimen objetivo de responsabilidad, se tiene como se indicó en sentencia 35913 de 2015 que “el riesgo excepcional se deriva no solamente del peligro de que en algún momento se produzca un ataque guerrillero contra el bien identificable como Estado, sino también del mensaje que la presencia continua de la fuerza pública en determinado lugar envía a los grupos insurgentes”, lo que en el caso concreto deviene de la incursión de tropas del ejército en el bien de propiedad del actor, riesgo que ocasionó la afectación a los derechos del actor y su familia viéndose obligados a desplazarse.

Y tratándose de imputación del daño por falla en el servicio, propia del régimen subjetivo de responsabilidad, se tiene que esta es el título jurídico más utilizado para establecer la responsabilidad del Estado, ya que normalmente, esta es atribuible a la administración a través del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones constitucionales o legales a su cargo. Siendo, como se dijo en Sentencia 40744 de 2016<sup>43</sup>, suficiente para la acreditación de la responsabilidad, “la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones”. En tal sentido, se está frente a una posición de garante institucional<sup>44</sup> asumida por el Estado para con sus ciudadanos, y que tratándose de derechos fundamentales, le impone el deber al Estado de demostrar que “desplegó todas las actividades posibles en orden a la evitación de la conducta atentatoria” (Rincón Angarita, 2015, pág. 322).

43 Citando el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005

44 Como lo ha referido la jurisprudencia, la posición de garante institucional es aquella que “surge no ante la generación de un riesgo con determinada actividad, sino por el hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación. Al ser parte de un estamento –Estado–, nace una relación de especial protección, que se configura entre los asociados del conglomerado y el funcionario vinculado, este último llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en su vida, integridad, honra y bienes” (Sentencia 48790, 2017). Al respecto, consultar entre otras, la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 9 de julio de 2014, Exp. 44333, M.P. Enrique Gil Botero.

Así las cosas, la imputación del daño con ocasión del desplazamiento forzado debe ser realizada, en principio, a partir del título de la falla del servicio pues como regla general puede considerarse que el desplazamiento se efectúa en razón del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad que debe el Estado a sus habitantes, sin perjuicio del actuar delictivo que puedan realizar los miembros de las autoridades públicas, como ha sucedido en varios de los casos analizados. No obstante, no puede desconocerse que existen casos que por sus particularidades fácticas, deben ser imputadas al Estado bajo otros títulos jurídicos.

Por último, en cuando a las tipologías de perjuicios que puedan reconocerse a través del proceso de la responsabilidad del Estado, se tiene que, como regla general, en los procesos de esta línea, se otorga a favor del afectado la indemnización correspondiente al perjuicio moral, que se cataloga como hecho notorio en los casos de desplazamiento y frente al que se reconoce la suma de 50 SMLMV, salvo aquellos casos en los que como ocurrió en la Sentencia 35029 de 2016 se estima el doble de este valor (100 SMLMV) en atención a la existencia de graves violaciones a los derechos humanos<sup>45</sup>

Además, en los pronunciamientos que componen la línea jurisprudencial se ha reconocido por concepto de perjuicio material, la modalidad de lucro cesante que deviene de la imposibilidad de ejercer actividad económica al atravesar la penosa situación del desplazamiento. Y de igual forma se ha reconocido una tipología de perjuicios de creación reciente en la jurisprudencia del C.E. pero que atiende precisamente, a las dinámicas de la reparación integral que como juez convencional debe reconocer el juez contencioso a quien sufre un perjuicio a causa del Estado, se trata del perjuicio por afectación o vulneración relevante de bienes convencional y constitucionalmente amparados, el cual se ha otorgado en los casos resueltos a través de las sentencias 48392 de 2015, 40744 de 2017, 35029 de 2016 y 48392 de 2015.

Así las cosas, quien pretenda la declaratoria de la responsabilidad del Estado por el hecho del desplazamiento forzado de personas, deberá acreditar para ello, en primer lugar la calidad de desplazado (lo que puede realizarse demostrando que se pertenece al Registro Único de Víctimas), el daño antijurídico se identifica con el hecho mismo del desplazamiento.

<sup>45</sup> En concordancia con la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014.

Por su parte, para la atribución de ese daño al Estado, toma gran importancia el contexto fáctico del caso que deberá ser observado para la determinación del título de imputación aplicable.

Finalmente, en cuanto a las tipologías de perjuicios reconocidos, no es necesario que la víctima demuestre que el desplazamiento le generó perjuicios morales por ser considerados estos como hechos notorios. Lo que no ocurre con las otras tipologías de perjuicios, en especial los perjuicios materiales, que sólo fueron reconocidos en uno de los casos de la línea y que encuentra su razón de ser en la demostración de que con tal daño la actividad económica que servía de sustento a la víctima se vio afectada, aspecto que no se comparte por cuanto resulta directamente relacionado el hecho de que al verse la persona en la imperiosa necesidad de abandonar su lugar de domicilio por hechos violentos, se verá afectada, en la mayoría de los casos, su sustento económico, pues en la mayoría de las ocasiones este se genera el mismo lugar donde habitaba.

## CONCLUSIONES.

El Derecho de la Responsabilidad del Estado como institución jurídica tiene a su cabeza la garantía de los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de 1991 frente al acaecimiento de un daño por parte de alguno de los órganos del Estado, para lo cual, presenta a quien sufra algún perjuicio, un sistema de acciones compuesto por la acción de grupo y la acción de reparación directa.

El desplazamiento forzado como el daño más significativo en el conflicto armado interno en Colombia por su magnitud, es un hecho anti-jurídico que conlleva graves consecuencias para quien lo sufre, debido al menoscabo sistemático que con él se genera en los derechos humanos de las víctimas, no siendo soportable por quien lo padece.

De la línea jurisprudencial construida desde los pronunciamientos del Consejo de Estado puede verse como las sentencias que no resuelven el problema jurídico planteado de forma favorable corresponden al 23.53% del total de providencias lo que significa que la línea tiene una mayor inclinación a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del desplazamiento

forzado. No obstante, no ser una muestra significativa en relación con el universo de víctimas que sobre este hecho ha dejado el conflicto.

Pese a existir una clara orientación a la determinación de la responsabilidad del Estado, no puede dejarse de la lado que los criterios que hasta el momento han sido utilizados por el Consejo de Estado para tomar esta decisión no han sido uniformes, lo que representa un cierto grado de inseguridad jurídica respecto de quien pretenda obtener la reparación del daño por este hecho.

Razón por la cual se hace necesaria la unificación de criterios sobre esta materia, de tal forma que la víctima cuente con reglas claras y definitivas que pueda observar para su ejercicio procesal e incluso para que sobre éstas pretensiones de responsabilidad pueda abrirse el abanico de instrumentos procesales con los que se persiga el reconocimiento de la reparación del perjuicio, como es el caso de la novedosa figura del Procedimiento Administrativo Especial de Extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado que podría constituir (con un adecuado uso del mismo) una eficaz herramienta que permita para quienes pueden acceder a la perspectiva judicial de la reparación obtener la reparación del daño con una verdadera tutela judicial y administrativa efectiva.

De esta forma, el estudio realizado constituye un aporte para la construcción de una posterior sentencia de unificación sobre esta materia, que deberá centrarse, como se evidenció en el estudio de casos, en los siguientes ejes:

- a) La definición de la existencia del daño antijurídico, que como se advirtió, se identifica con la ocurrencia del desplazamiento forzado como un hecho que despoja a las víctimas de sus tierras, de su vivienda.
- b) La imputación del daño antijurídico, para lo que de acuerdo con lo visto en la línea jurisprudencial, se han utilizado diversos títulos de imputación que oscilan entre el régimen subjetivo (como regla general) y el régimen objetivo de responsabilidad, para lo cual asume un papel determinante los hechos objeto de discusión en cada caso, pues según se trate del incumplimiento o defectuoso cumplimiento del deber constitucional y legal de seguridad que debe el Estado a sus habitantes (falla del ser-

vicio), de la realización de una actividad legítima del Estado en virtud de la cual se ocasione el daño (daño especial), o de la puesta en peligro por parte del Estado a la víctima (riesgo excepcional), la fuente que ocasione el daño, se aplica uno u otro título de imputación.

- c) Los perjuicios reconocidos para la reparación del daño, donde el perjuicio moral no necesitará acreditarse por las víctimas en la medida de que se ha considerado en reiterada jurisprudencia como un hecho notorio. Por su parte, tratándose de perjuicios materiales, de acuerdo con la teoría construida por el C.E. para esta tipología de perjuicios, es necesario que la víctima demuestre la concurrencia de los elementos necesarios para la acreditación del daño emergente y el lucro cesante (consolidado o futuro), tales como la erogación de algún bien económico de su patrimonio con ocasión del daño, la frustración de los ingresos económicos que percibía y cuya causación tiene directa relación con el lugar del cual fue desplazado. Y finalmente, el reconocimiento de perjuicios por daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos que, de acuerdo con jurisprudencia unificada por la Corporación objeto de estudio (Sentencia U 32988, 2014), da lugar principalmente a medidas de reparación de carácter no pecuniaria y de forma excepcional a una indemnización para la víctima directa cuando a juicio del juzgador la reparación por este concepto no resulte suficiente, pertinente, oportuna o posible con las medidas no pecuniarias.
- d) Reglas claras en materia probatoria, que permitan determinar, entre otros, cuándo se encuentra demostrado el daño antijurídico (el cual según la línea jurisprudencial construida puede evidenciarse con la inscripción en el Registro Único de Víctimas) o la determinación de hechos notorios como en el caso del perjuicio moral. Así como, que no exijan de la víctima la aportación de medios de prueba que le son materialmente imposibles de allegar al proceso judicial, por ello resultara de gran relevancia la aplicación de reglas probatorias como la carga dinámica de la prueba, en la medida de que en muchos de los casos, es el Estado y no las víctimas, quien se encuentra en mejor posición para la demostración de los hechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alpargatero Ulloa, L. (noviembre de 2011). La política pública del desplazamiento forzado en Colombia: una visión desde el pensamiento complejo. *Colección complejidad Facultad de Administración*, 1-19.
- Arboleda Ramírez, P. B. (2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 119-135.
- Gómez Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- Guerra Moreno, D. (2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 157-184.
- López Medina, D. (2008). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- Registro Único de Víctimas (RUV). (31 de octubre de 2017). *Unidad para las Víctimas*. Obtenido de Red Nacional de Información: <https://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>
- Rincón Angarita, D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 297-332.
- Sentencia 00004-01(AG). (15 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: : 25000-23-27-000-2002-00004-01(AG).
- Sentencia 00385-01(AG). (15 de agosto de 2007). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 19001-23-31-000-2003-00385-01(AG).
- Sentencia 00392-01. (3 de mayo de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Danilo Rojas Betancourth*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 50001-2315-

000-2000-00392-01.

Sentencia 01472-01. (16 de marzo de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *María Elena Giraldo Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 19001-23-31-000-2002-01472-01.

Sentencia 0213-01(AG). (enero de 26 de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 25000-23-26-000-2001-00213-01(AG).

Sentencia 18436. (18 de febrero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P.: *Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 20001-23-31-000-1998-03713-01(18436).

Sentencia 23594. (18 de julio de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Olga Melida Valle de la Hoz*. Bogotá D.C., Colombia: Radicaco Número: 07001-23-31-000-2000-00182-01(23594).

Sentencia 25675. (3 de octubre de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: *Carlos Alberto Zambrano*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 85001-23-31-000-2002-00254-01(25675).

Sentencia 31093. (21 de febrero de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 50001-23-31-000-2001-00171-01(31093).

Sentencia 32274. (3 de mayo de 2013). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: *Danilo Rojas Betancourth*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 2093814-50001-23-15-000-2000-00392-01(32274).

Sentencia 34046. (16 de Julio de 2015). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: *Hernán Andrade Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 50001-23-31-000-2001-20203-01(34046).

Sentencia 35029. (14 de julio de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso

- Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 73001-23-31-000-2005-02702-01(35029).
- Sentencia 35029. (14 de julio de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 73001-23-31-000-2005-02702-01(35029).
- Sentencia 35913. (28 de mayo de 2015). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. *C.P.: Danilo Rojas Betancourth*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 52001-23-31-000-2003-00625-01(35913).
- Sentencia 40744. (14 de marzo de 2016). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 50001-23-31-000-2002-00094-01(40744).
- Sentencia 41187. (31 de agosto de 2017). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. *C.P.: Ramiro Pazos Guerrero*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 13001-23-31-000-2001-01492-01(41187).
- Sentencia 47844. (24 de mayo de 2017). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 50001-23-31-000-2003-00311-02(47844).
- Sentencia 48790. (27 de abril de 2017). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P. Hernán Andrade Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado No. 27001-23-31-000-2011-00109-01(48790).
- Sentencia AG-62. (5 de diciembre de 2002). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. *C.P.: María Inés Ortiz Barbosa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicaco Número: 13001-23-31-000-2000-9001-01(AG-62).
- Sentencia C-832. (8 de agosto de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: D-3388.
- Sentencia U 32988. (28 de agosto de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso



cioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. *C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

Sentencias 48392. (10 de agosto de 2015). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado Número: 76001-23-31-000-2001-03818-01(48392).

Yáñez Meza, D. (2013). Responsabilidad extracontractual del Estado por desplazamiento forzado de personas. *Revista Civiliza. Ciencias Sociales y Humanas*, 13(24), 13-46.

Yáñez Meza, D. A. (2015). La medida cautelar innominada y anticipatoria en el proceso de responsabilidad del Estado por desplazamiento forzado en Colombia. *Ius et praxis*, 21(2), 415-440. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200011>

## LA CARGA DE LA PENA: UN DIAGNÓSTICO DE LAS FALLAS EN LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA EN CUANTO A LOS FINES DE LA PENA.<sup>46</sup>

Diego Alejandro Palacios Parra<sup>47</sup>.

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 28 de septiembre de 2017

Referencia: PALACIOS PARRA, Diego Alejandro. *La Carga De La Pena: Un Diagnóstico De Las Fallas En La Política Criminal Colombiana En Cuanto A Los Fines De La Pena*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 129 a 156. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** Inevitably in Colombia criminal policy regarding the purposes of the penalty has failed, this is evident in the growing number of crimes committed, the prison overcrowding and the violation of the rights of people undergoing a process criminal in the country. The flaws of criminal policy in Colombia, have their roots in the disparity with which it is implemented in

<sup>46</sup> Artículo de reflexión.

<sup>47</sup> Abogado, egresado distinguido de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Ganador del concurso universitario en técnicas de juicio oral “Sistema Penal Acusatorio”, organizado por la USAID y ACOFADE. Conciliador en Derecho por la Universidad de Nariño. Coordinador del Centro de Conciliación “Eduardo Alvarado Hurtado” de la Universidad de Nariño. Capacitador en Derecho Penal y Conciliación de la Universidad de Nariño. Docente del Diplomado de Conciliación en Derecho de la Universidad de Nariño.

the scenarios where the penalty is applied, since The Constitution, through the constitutional block, clearly establishes what the end of the penalty and therefore the path that criminal policy should follow in this regard. Notwithstanding previous, legislative and judicial practice in Colombia contradict constitutional mandates by implementing prison and populist policies, which are also questionable regarding the results that they generate. This being the case, this study analyzes, in the first place, the duty to be the penalty according to the constitutional and doctrinal budgets in force; and, in the second instance, determines what is the actual practice of Colombian criminal policy in terms of the purposes of penalty, allowing the extraction of important conclusions on the subject.

**KEYWORDS:** Criminal policy, end of sentence, punishment, crime, prevention

**RESUMEN:** Ineludiblemente en Colombia la política criminal en cuanto a los fines de la pena ha fracasado, esto es evidente en el creciente número de delitos cometidos, el hacinamiento carcelario y la vulneración de derechos de las personas sometidas a un proceso penal en el país. Las fallas de la política criminal en Colombia, tienen sus raíces en la disparidad con la que la misma es implementada en los escenarios donde la pena es aplicada, toda vez que la Constitución, vía bloque de constitucionalidad, consagra claramente cuál debe ser el fin de la pena y por ende el camino que la política criminal debe seguir en ese sentido. No obstante a lo anterior, la práctica legislativa y judicial en Colombia contradicen los mandatos constitucionales al implementar políticas carcelarias y populistas, que además son cuestionables en cuanto a los resultados que éstas generan. Así las cosas, este estudio analiza, en primer lugar, el deber ser de la pena según los presupuestos constitucionales y doctrinales vigentes; y, en segunda instancia, determina cual es la práctica real de la política criminal colombiana en cuanto a los fines de la pena, posibilitando la extracción de importantes conclusiones sobre el particular.

**PALABRAS CLAVE:** Política criminal, fin de la pena, pena, delito, prevención.

## INTRODUCCIÓN

Desde 1991, con la expedición de la Constitución Política vigente en Colombia, se consagró la figura jurídica denominada bloque de constitucionalidad, que permitió integrar instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos a nuestra Constitución.

Así las cosas, dentro de ese cuerpo constitucional integrado por numerosos tratados de derechos humanos, se compilaron normas acerca del direccionamiento que debe tomar la política criminal en cuanto al fin de la pena, en el entendido que el *telos* primordial de ésta, debe ser la reintegración social del sentenciado, bajo un control social humanizado, respetando la carta de derechos humanos ofrecidas por el derecho positivo y el *ius cogens*.

En ese orden de ideas, en Colombia existe una regulación constitucional sobre el fin primordial de la pena, que en conjunto con el artículo 4 del Código Penal colombiano, los dilucida a partir de la superposición estructural de la reintegración social, en tanto a sus fases pragmáticas, al momento de la ejecución de la pena, en aras de maximizar los derechos de la persona condenada y respetar las cargas impuestas por el Estado como resultado de la comisión de un delito.

En un sentido similar, la doctrina penal centró su estudio, *ab initio*, alrededor de cuál es el fin de la pena más adecuado y cuál es su fundamento de legitimación, entendida ésta como la intervención penal invasiva a la libertad individual de los ciudadanos de un determinado Estado, al interior de la República colombiana.

Pese a los grandes esfuerzos doctrinales, jurisprudenciales y constitucionales, las normas jurídicas y la política criminal que se refiere a la ejecución de la pena producto de una condena penal, se invisten en su gran mayoría de orígenes populistas, sin ninguna base científica, que propugnan por endurecer las penas y beneficios de las personas sometidas a éstas, lo que contradice los presupuestos constitucionales expuestos y generan los consecuentes problemas de hacinamiento y violación sistemática de derechos humanos.

En ese entendido, es necesario investigar cuáles son las fallas en la política criminal relacionada con los fines de la pena en Colombia, toda

vez que el fracaso del sistema penal y del control social denominado pena, presume su adyacente nacimiento embarcado por tintes populistas, poco inclusivos a la teoría constitucional. Realizar un diagnóstico cuidadoso del problema político criminal, enfocado en la verificación de ciertas fallas, resultaría indispensables en un futuro, por el cual, se depararía propuestas en torno a la superación y deconstrucción de la política criminal, propugnando por la armonía social como fin del control social que ejerce el Estado a través del derecho penal.

A manera de colofón, en la presente investigación, caracterizada por la primacía de un enfoque cualitativo, con método Histórico-Analítico, se pretende distinguir la disparidad fáctica acometida por el Estado colombiano, en lo atinente a la pena y sus fines. La Constitución Política exhorta la aplicación de la reintegración social, en tanto que, los agentes estatales competentes, persiguen fines retributivos, exclusionistas o negativos en fases de prevención, alcanzando objetivos poco reflexivos con los derechos humanos.

## I. LOS FINES DE LA PENA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

La constitución política es aquella norma de carácter superior que consagra los pilares de un Estado, y por ende, una comunidad, en calidad de poder constituyente originario, estipula en ella lo que considera es preponderante e indispensable para alcanzar la paz social.

La comisión de un delito es una ofensa a los valores esenciales que las comunidades poseen para asegurar su coexistencia de manera armónica, en ese entendido, el fundamento y propósito de la reacción a esa ofensa es de suprema importancia y consecuentemente debe estar consagrada en la constitución política respectiva, contenida en una norma de carácter superior que guíe la acción del Estado frente a los temas de prevención del delito y su tratamiento. Adicional a lo anterior, de los postulados del profesor Claus Roxin se desprende que la dogmática jurídico penal se desarrollada de acuerdo con el marco impuesto por la constitución vigente en cada Estado, caracterizando una nueva corriente político criminal, prevalente en el respeto por los valores o derechos fundamentales en la integración y regulación estructural del derecho penal (como se citó en Bernal y Cortés, 2010, p. 27).

En ese orden de ideas, si observamos la Constitución Política de Colombia, notaremos la falta de consagración, *in extenso*, sobre el fin de la pena y su rol empírico-racional en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, si dirigimos la vista en las Constituciones de otros países, apreciaremos la regulación armónica entre sanción y fines de la pena, verbigracia España, consagrando constitucionalmente, en el numeral 2 del artículo 25, las penas privativas de la libertad, con enfoque orientador a la reeducación y reinserción social de los condenados. (España, Constitución Política, 1978).

En ese contexto comparado, y pese a su corta regulación constitucional, el ordenamiento colombiano no pierde la ilusión. El artículo 93 de la Constitución Política, instaura una figura jurídica denominada bloque de constitucionalidad, definida como aquella figura que amplía el contenido de la Constitución, integrando, entre otros, los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, en aras de ampliar las garantías de sus ciudadanos y efectivizar sus derechos. (Colombia, Constitución, 1991).

En la sentencia C-028 de 2006 la H. Corte Constitucional (2006) afirmó que las normas del bloque de constitucionalidad se interpretan en forma consistente con el texto de la Carta Política de manera que se integren con éste en forma armónica para constituir un parámetro coherente de obligatorio cumplimiento para el legislador (Corte Constitucional [Corte.C.]). Entre tanto en la sentencia C-291 de 2007, la Corte Constitucional (2007) afirma que:

La Corte Constitucional ha señalado que existen dos acepciones de la noción de “bloque de constitucionalidad”: una en sentido estricto, que incluye “aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario”; y otra en sentido lato, que se refiere a “aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional”. De esta manera, no todas las disposiciones internacionales que vinculan al Estado

colombiano forman parte del bloque de constitucionalidad; en lo relevante para el caso que ocupa la atención de la Sala, basta recordar que la Corte ha aceptado que se incorporan al bloque los tratados de derechos humanos y las normas convencionales y consuetudinarias que conforman el Derecho Internacional Humanitario. (p. 52)

Más adelante, en la misma sentencia, la Corte Constitucional (2007) afirmó que:

(...) al momento de diseñar la política criminal del país y, como parte de esta tarea, establecer los tipos penales con su correspondiente sanción, el Legislador cuenta con un margen de configuración amplio pero no ilimitado, puesto que debe ser respetuoso de los límites establecidos en la Constitución Política interpretada a la luz de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad -sea para determinar el contenido de las cláusulas constitucionales existentes, o para proveer parámetros específicos en ausencia de disposiciones constitucionales expresas y por remisión específica de los artículos 93, 94 y 44 Superiores (...). (p.46)

Así las cosas, los instrumentos que versen sobre derechos humanos y son ratificados por el Estado colombiano, hacen parte integrante de la Constitución Política. Este es el caso de la Convención Americana de los Derechos Humanos -en adelante CADH-, como también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante PIDCP-, *Corpus iuris* confirmados por la Honorable Corte Constitucional en las sentencias T-786 de 2003 y C-1194 de 2005, como parte integra del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Ello es de especial importancia, en el entendido que ambos instrumentos contienen normas que regulan el fin constitucional o supremo que debe perseguir la pena en un Estado Social de Derecho.

La CADH ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, señala en su artículo 5, que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Convención Americana de los Derechos Humanos [CADH], 1969), fines que convergen en el concepto moderno de reintegración social, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2013).

En tanto que el PIDCP (1966), ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1969, su artículo 10 sobre el particular consagró lo siguiente:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

Como consecuencia de lo anteriormente enunciado, podemos concluir que la Constitución Política de Colombia, en ocasión al bloque de constitucionalidad en *stricto sensu*, establece una norma rectora que regula el fin primordial de la pena en Colombia, y sin desconocer la aplicabilidad de los otros fines punitivos, consiste en la reintegración social de los condenados. En ese sentido de ninguna manera puede ser tolerado, constitucionalmente hablando, la implementación primordial de un fin retributivo o de prevención general sobre ésta.

Las referidas normas son de carácter constitucional y por ende guían el quehacer del legislador, juez y personal encargado de ejecutar y vigilar el cumplimiento de la pena, frente al fin que debe perseguir. Por lo que, actuar de manera distinta, convergería en la violación flagrante de la Constitución. La expedición de normas que contradigan una política criminal de la reintegración, se tornara inconstitucionales y por ende perderían su fuerza de ejecutoria. Entre tanto, en relación a los jueces que deban aplicar dichas normas inconstitucionales, en ocasión a la falta de articulación perimetral, estarán obligados, asilados en parámetros del *ius cogens*, aplicar la figura jurídica denominada excepción de inconstitucionalidad hasta tanto la Honorable Corte Constitucional haga el respectivo estudio de dicha norma y declare su inexecutableidad.

En conclusión, la Constitución Política de Colombia ha consagrado la reintegración social de los condenados como el fin esencial de las penas privativas de la libertad, y por ende, la política criminal en cuanto a los fines de la pena en Colombia, debe respetar dicha norma superior en su construcción y ejecución, de lo contrario la misma vulneraría flagrantemente la Constitución y sería inaplicable en un contexto de Estado Social de derecho, en el cual se garantiza la efectividad y aplicabilidad de los derechos humanos.

## II. LOS FINES DE LA PENA SEGÚN LA DOCTRINA.

En el estudio del derecho penal, los autores que han desarrollado los diferentes aspectos de esta rama del derecho, han abordado con detalle, cuál debe ser el fin que la pena debe perseguir en un Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta que cualquier restricción punitiva, legitima la intervención más invasiva a los derechos de las personas.

En otras palabras, los estudios científicos especializados han desarrollado de manera detallada el propósito que la pena debe perseguir en aras de obtener armonía social en un determinado Estado, y por esa razón, y en tratándose que la doctrina según el art 230 constitucional, es fuente auxiliar del derecho, deberá tenerse en cuenta los diferentes conceptos e ideas que los *jurisconsultos cultos* han elaborado alrededor de tal concepto, con el propósito de tener una visión amplia y acertada al momento de analizar las falencias en determinada política criminal o realizar propuestas que traten sobre este tema.

Corolario a lo anterior encontramos una clasificación de teorías y planteamientos que han desarrollado los fines de la pena y que, con algunas diferencias en algunos autores, la misma se ha estandarizado de la siguiente manera: (i) teorías absolutas o de la retribución, (ii) las teorías subjetivas o de prevención, (iii) las teorías eclécticas, entre las que se destaca la teoría de la unión.

### ■ Teorías absolutas o de la retribución. Delimitación conceptual:

El fundamento sustancial de estas teorías se sumerge en planteamientos filosóficos arraigados a los presupuestos Kantianos y Hegelianos. Hegel estimaba en la implementación de la pena, una reacción a la negación del derecho, proporcionando en el *quantum punitivo* o intensidad de la nueva negación, la sanción penal, sin que ningún otro factor o fin influyera sobre ella. De ahí que, la pena únicamente es la negación al incumplimiento de una norma (Hegel, 1988). Por su parte, Kant contempla la medida punitiva, a partir de una retribución proporcional a la culpabilidad del sujeto, como su único fundamento. Advirtiendo que, en tanto el Estado se disuelva, tendrá, en su margen potestativo, observar que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo

se haría partícipe de ella y recaería tal culpabilidad en el parámetro de la responsabilidad estatal. (Hegel, 1988).

En suma, la pena debe ser una retribución por el mal uso del libre albedrío y en ese sentido debe ser una pena justa, proporcional al mal causado. No obstante, y más allá de lo señalado, la pena es un imperativo de justicia y en consecuencia debe ejecutarse siempre y en su totalidad, en consideración a la teoría de los derechos humanos y el principio de proporcionalidad. (Bernal y Cortés, 2010, p. 54).

Por otro lado, el profesor Mir Puig, ha tildado a los dos máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, de ser salvaguardas de las teorías absolutistas de la pena, en la medida que, han limitado la función punitiva a la pura realización de la justicia con base en su concepción liberal del mundo. Para Kant, la sanción penal, en un sentido utilitarista, no puede servir en favor de la protección de la sociedad, ni a la prevención de delitos, pues ello supondría la instrumentalización del individuo concebido como “fin en sí mismo”. Por su parte, Hegel afirmaba que la pena justa trata al hombre como un ser “racional” y no como el palo al animal, al punto de que aquella pena se convierte en un derecho para el delincuente (Puig, 1982).

Adicional a lo anterior, los planteamientos de Carrara (1972), referentes al desarrollo de las teorías absolutistas, esbozan el rol de la pena, bajo un fin en sí misma, consistente en el restablecimiento del orden externo de la sociedad, situación que converge en la imposibilidad de que la pena tenga otros fines, por muy necesarios o benéficos que ellos sean, estos nunca dejarán de ser derivaciones accesorias al fin retributivo principal

Asimismo, Claus Roxin (1987), no ha sido ajeno a la discusión y análisis de los fines de la pena, que, sin adscribirse a la escuela absolutista, al referirse a éste señala que la misma consiste en que la culpabilidad del autor debe ser compensada mediante la imposición de un mal penal y la misma no puede servir con un fin mayor o malversado, “La pena tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia.” (p. 12).

Como se desprende de los argumentos expuestos sobre esta primera teoría, la pena es la justa retribución, que actúa inmediatamente sobre la persona que ha cometido un delito, compensando con la misma intensidad el mal que ha realizado con su actuar a la sociedad, sin que se le pueda asignar ningún otro fin, ya que las consecuencias que se deriven de la aplicación

de la misma serán accesorias a dicha retribución, por ejemplo, frente a los delitos de acceso carnal violento con menor de 14 años, cuya comisión es ampliamente reprochada por la comunidad, lo único que importaría para la teoría retributiva sería la imposición de una pena por la comisión del delito, siendo indiferente el proceso de prevención general o reintegración social que la misma pueda fundar en la sociedad.

#### ■ Críticas:

Las críticas arraigadas a esta postura filosófica, fundamentan sus dogmatismos, a partir de invectivas en que los conceptos ofrecidos son abstractos, que en nada consideran las consecuencias que tiene la aplicación de una pena en la vida social. Además, la retribución de la culpabilidad en la comisión de un delito, que en esencia es un mal y una vulneración de derechos, con la imposición de una pena, que en esencia es otro mal y otra vulneración de derechos, nos llevaría en algún punto a simplemente tener que aplicar la ley del talión, sin otra consideración científica, y en consecuencia, de manera evidente, su aplicación en un sistema penal moderno carecería de un fundamento legítimo.

Bajo los parámetros de la teoría retributiva, no se le podría asignar a la pena la misión de la reducción del crimen, careciendo la misma de un horizonte y por ende de una explicación *político-criminal*. De igual forma, hay que tener en cuenta que la pena debe aplicarse según los parámetros constitucionales que cualquier Estado Social de Derecho debe poseer y esto converge en la necesidad de que la pena deba contar con el fin específico de reducir la criminalidad y a su vez no vulnerar los derechos de los intervinientes en un proceso penal.

Siguiendo la lógica silogística, no es posible para el Estado Colombiano, por lo menos en su totalidad, acoger la teoría retributiva de la pena, puesto que impera en la estructura democrática, un Estado Social de Derecho, en el cual la pena debe perseguir, por intermedio de la política criminal, la reducción del crimen, el respeto por los derechos de los intervinientes en el proceso penal y consecuentemente la armonía social.

Ante este panorama desolador, la ciencia jurídico-penal ha desarrollado una teoría diferente, que versa sobre, cómo la pena debe estar dirigida a la reducción del crimen, en el entendido de prevenir la comisión de delitos por

todos sus frentes. Este tipo de estudios de la pena tomó el nombre de teorías subjetivas o de prevención.

### ■ Teorías subjetivas o de prevención: Delimitación conceptual:

Las teorías subjetivas o de prevención, se dividen a su vez, en teorías de la prevención especial resocializadora y la prevención general. Estos planteamientos no son nuevos en los trazados filosóficos de la pena, toda vez que presentan un atávico pasado histórico. El fundamento racional y pragmático se encuentra relacionado en las múltiples formas de evitación futura de actos antijurídicos, soslayando el hecho factico propiamente dicho -y pasado-. Reafirmar el incalculable fin, bajo parámetros de necesidad y búsqueda protectora de la sociedad frente a nuevos atentados contra ésta, se constituye en el verdadero *telos punitivo*, útil en la prevención del delito.

Esta teoría fue acogida y desarrollada en la ilustración por importantes pensadores del derecho y la filosofía en general, como lo es Cesare Beccaria (2013), que, en su tratado de los delitos y las penas, afirma acerca de la sanción penal: “la pena tiene como fin la prevención del delito y no el de atormentar y affligir a un ser sensible” refutando la aplicabilidad de las teorías de la retribución de la pena (p. 88).

Respecto de la prevención general, la pena, actúa en su rol de evitación, frente a los miembros de la comunidad que no han ejecutado acciones contra bienes jurídicos tutelados por la ley penal, dejando a un lado, a aquellos sancionados judicialmente, toda vez que la reacción punitiva tiene un efecto intimidatorio frente a los miembros de las colectividades contractuales. En ese entendido, la sanción es tomada como un ejemplo sobre las consecuencias que trae consigo la comisión de un delito y por ende su efecto es disuasivo.

Ansel Von Feuerbach (1989), uno de los mayores promotores de esta vertiente, planteaba que, a través de la amenaza de la pena, una persona que ejercía actos en las primeras fases de la *iter criminis*, consideraría desde una perspectiva costo-beneficio, los perjuicios que evitaría por la no comisión de tal conducta, es decir, ponderar entre una sanción penal versus los beneficios que adquiere en el caso de su realización. Esta teoría ha sido promovida con diferentes enfoques; por un lado, se encuentra la llamada prevención general negativa, explicada por Feuerbach (1989) de la siguiente manera:

(...) no es pues ni la sola amenaza de la ley, ni la sola causación

de un mal por un delito cometido, lo que puede lograr que se superen los impulsos hacia el delito de quien está determinado a ello. Antes bien, ambas cosas deben aunarse para lograr esta finalidad (...) el fin mediato (fin último) de la causación de un mal es de igual modo la simple intimidación del ciudadano mediante la ley (p.239).

Por otro lado, hallamos la prevención general positiva, que tiene como fundamento los aportes que el psicoanálisis ha hecho al derecho penal. En ese entendido, autores como Enrique Gimbernat Ordeig y Francisco Muñoz Conde —retomando a Freud— han realizado grandes aportes, que en concepto del profesor Gustavo Emilio Cote-Barco (2007) se pueden resumir en lo siguiente:

El ser humano siendo asocial en un principio, a medida que se desarrolla en sociedad va interiorizando una serie de pautas de comportamiento que le indican qué es adecuado socialmente y qué no, formándose en la psique de la persona una suerte de filtro que controla sus propias emociones y rige su actuar (súper-yo). En este proceso de aprendizaje el ser humano consolida el súper-yo a partir “de la introyección del poder paterno en la niñez y se continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida.

Esta dimensión valorativa o súper-yo se moldea por medio de las distintas instancias de control social, es decir, desde la familia, la escuela y la religión, hasta llegar al derecho y en especial, al derecho penal. “El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal” (p.200).

Así las cosas, desde esta última perspectiva, la pena tiene una función preventiva general que no está basada en la intimidación de los miembros de la sociedad, sino en la motivación de los mismos a no cometer delitos, entendida ésta como una función pedagógica, carente de temeridad.

Analizada de manera breve la teoría de la prevención general, podemos ahora proceder a estudiar la teoría de la prevención especial o resocializadora, en el entendido que, en esta teoría la pena recae directamente sobre la persona que ha cometido el delito para reeducarla o neutralizarla. Este acierto doctrinario, a su vez, posee dos vertientes: (i) la positiva es aquella, por medio de la cual, se busca reeducar al reo, mientras que (ii) la negativa consistente en

la búsqueda de neutralizar al delincuente (Bernal y Cortés, 2010).

■ **Prevención especial positiva:**

La motivación filosófica de la reeducación del reo se fundamenta en las doctrinas pedagógicas de la enmienda -primera clasificación de Luigi Ferrajoli-, en el entendido que, todas las personas nos regimos por el libre albedrío y en consecuencia podemos corregir nuestro comportamiento dentro de una sociedad con las medidas penales y educativas necesarias. La reeducación del reo implica que la sociedad cuente con un potencial solidario, toda vez que culminado el proceso de resocialización, el reo va a poder comportarse según los parámetros que cada sociedad consagre, siempre y cuando, las oportunidades de vida sean directamente proporcional a su actitud ponderante de reintegración.

■ **Prevención especial negativa:**

Su fundamento recae en las teorías terapéuticas de la defensa social, consagrando en la pena, la conceptualización de una doble finalidad: (i) la curación del condenado, en el supuesto que la comisión del delito, hace parte de un déficit biológico, y (ii) la neutralización, sobre el presupuesto de mayor peligrosismo apático al reo y afectación que pueda repercutir en el grupo social (Bernal y Cortés, 2010).

Esta última teoría tuvo su desarrollo y aplicación en el ámbito aplicativo de la escuela positivista italiana, con su máximo exponente Enrico Ferri, para quien “el delincuente era un ser antropológicamente inferior, desviado o degenerado y por ello la imposición de una pena implica la defensa de la sociedad de manera proporcional al peligro representado por este tipo de personas” (como se citó en Bernal y Cortés, 2010, p. 77).

En termino de epílogo, las vertientes ingénitas a la teoría de prevención especial buscan, la reintegración social del delincuente, en el entendido que el ser humano adquiere un parámetro de libertad, y de estribar, a partir del uso injustificado del parámetro facultativo, afectación a los individuos de la colectividad en forma de delito, el Estado estará en su responsabilidad positiva de corregir su comportamiento; sumado a ello, y en forma de caras pares, buscan neutralizar al delincuente sin ánimo de resocializarlo, es decir

apartarlo definitivamente del aglomerado social, de las distintas formas que a esto haya lugar, *verbi gracia* la muerte del reo, la cadena perpetua o el destierro, para que de esa manera el delincuente no pueda cometer nuevamente ningún otro delito.

Por otro lado, el profesor Cote-Barco (2007), plantea que la teoría de la prevención es loable en tanto procura disminuir la comisión de delitos futuros, sin embargo la misma deja sin fundamento a la pena en aquellos casos en donde, por ciertas circunstancias, no existe un peligro claro de reincidencia, pero de todos modos se genera un malestar social al dejarse de aplicar una sanción punitiva; adicionalmente, la idea de prevención especial puede llevar a imponer penas altamente afflictivas o prolongadas, dependiendo del grado de peligrosidad que el sistema penal asigne a una persona.

Así las cosas, la resocialización llevada al extremo, como lo realizó el positivismo italiano, ha generado el fundamento de experimentos maquiavélicos, *verbigracia*, el derecho penal arraigado al Estado Nacional Socialismo y otras formas de expresión de sistemas penales basados en políticas Amigos-Enemigos, desdibujándose las barreras de contención del poder punitivo.

#### ■ Críticas:

El concepto mismo de resocialización, ha sido objeto de innumerables críticas, toda vez que, aunque la idea de reeducar a los delincuentes es admirable, las limitaciones en la práctica para cumplir esta tarea convierten a la misma en inviable. Ello tiene lugar, porque nuestras sociedades poseen altos índices de criminalidad, niveles máximos de desigualdad en la distribución de recursos Carcelarios y Penitenciarios, y con una compleja conflictividad social y política.

Corolario a lo anterior, el concepto de resocialización ha sido atacado en dos frentes; en el primero, se cuestiona el hecho de pretender “normalizar”. Es decir, incluir adecuadamente dentro de la dinámica social a quien se ha apartado voluntariamente de ella. Se objeta que, para tal fin, se debe contar con un orden social y jurídico absolutamente justo, para que esa persona se pueda adaptar al mismo, cariz faltante en nuestras sociedades modernas. Sin embargo, los órdenes son impuestos, por ende, creer que son justos es irreal, desconociendo a su vez la coexistencia de diversos sistemas de valores en una misma sociedad, los cuales en ocasiones son opuestos entre sí, toda

vez que, en una sociedad justa, se deben lograr puntos de acuerdos entre las escalas de valores, ya que, sin ese mínimo de identidad, la resocialización es dominio de unos sobre otros y una lesión grave a la libertad individual.

En el segundo frente, la resocialización vuelve a ser centro de crítica, en el entendido que, además de las enormes limitaciones en cuanto a recursos técnicos, humanos y financieros para emprender la tarea de reeducar a los delincuentes, en ciertas ocasiones, algunos sancionados penalmente, no disponen de voluntad en favor del desarrollo de programas abanderados por la reintegración social, y al existir limitaciones constitucionales frente al respeto de la voluntad de sometimiento a ciertos programas, la mera coacción estatal resultaría inconstitucional, y por lo tanto, no podría concretarse la resocialización de todos los delincuentes.

Sin embargo, la prevención general, vence algunas críticas, toda vez que en los eventos donde existe alto riesgo de reincidencia, la pena es socialmente requerida, en un sentido reeducativo, reincorporativo y reintegrador de los sistemas sociales.

Por otro lado, las críticas dirigidas en contra de la prevención general, se arraigan bajo la desatención de lo que en futuro pueda realizar la persona sancionada, pues toda su atención la ocupa la intimidación, que, por el populismo punitivo reinante en nuestras sociedades, tiende a exceder los límites que marcan los derechos, dando paso al terror del Estado, surgiendo serias dudas del proceso racional de ponderación entre costos y beneficios.

Sin lugar a duda, el concepto de intimidación es opuesto a la disposición constitucional “dignidad humana” imperante en un Estado Social de Derecho como el colombiano, toda vez que, la persona no puede ser instrumentalizada como simple medio para procurar el bienestar de los demás integrantes de la sociedad, pues la pena sólo debe ser impuesta porque él ha delinquido; los sujetos socialmente no pueden ser un objeto de instrumentalización y ello se desprende de la idea kantiana de dignidad humana, (Cote-Barco, 2007).

Sobre el particular, podemos reseñar que las teorías de la prevención, tanto generales como específicas, son muy atractivas, empero, presentan graves incongruencias sobre su fundamento, valides y aplicabilidad, de ahí que, no es acertado arropar en su totalidad, dentro del ordenamiento jurídico, una de las teorías anteriormente expuestas, toda vez que las teorías de prevención, presentan elementos positivos y beneficiosos, pero a su vez elementos negativos y dañinos a los derechos de las personas sometidas a un proceso penal,



que de acatarlas, conllevarían a excesos y retrocesos en la aplicación de la pena en un marco constitucional.

En conclusión, tanto la prevención y la retribución, son hipótesis desfavorables de la teoría constitucional, en tanto que, no responden a los derechos fundamentales consignados en nuestra Carta Política, exigiendo de este sector, por el cual escribo, figuras, teoremas o argumentos que vigoricen la reducción de la criminalidad, pero a su vez, maximice los derechos humanos. Bajo esa tesitura, se puede formular una teoría de la pena reuniendo los elementos de las teorías anteriormente expuestas, en el entendido de, eliminar los elementos negativos que estas poseen frente a puntos específicos y reemplazarlos por los puntos positivos y beneficiosos que frente a dichos tópicos las otras posturas pueden aportar.

#### ■ Teorías eclécticas: Delimitación conceptual y Críticas:

La necesidad de interrelacionar los diversos fines de la pena, surgió de reclamos académicos, entre ellos, del profesor Claus Roxin, quien planteó la teoría ecléctica, o también llamada teoría mixta, con una estructura multinivel, a partir de la teoría de unión y la teoría preponderante del fin de la pena, diversificando los distintos momentos en que actúa el *telos* punitivo (como se citó en Percy, 2014).

Sin embargo, las teorías eclécticas han sido objeto de fuertes críticas, principalmente en razón a su fundamento, pues se ha afirmado que la realización dogmática, crea niveles excesivos de discrecionalidad, toda vez que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que, en su margen de apreciación, sea correcta. Para hacer frente a este postulado, el profesor Claus Roxin desarrolló una metateoría que busca ordenar los diversos fines de la pena (como se citó en Percy, 2014). Como resultado tenemos que en un primer momento existe la conminación penal, en relación de la norma penal, en la que aparece la prevención general de manera amplia; en segundo momento, existe la imposición y medición de la pena, etapa que implica la realización de justicia, en la cual en fondo es retributivo –preventivo general–; y por último, existe la etapa de la ejecución de la pena, en la cual es el momento de aplicación de la prevención especial o de la resocialización del delincuente (Bustos, 2012).

En otras palabras, las teorías mixtas consideran (i) a la retribución y al principio de culpabilidad como criterio de delimitación de la intervención de la pena, limitándose a yuxtaponer los fines de la prevención general y especial, y a su vez, (ii) como teorías que buscan formulaciones que permitan la coexistencia de la prevención general con la especial, teniendo en cuenta el estadio específico para la conminación, la aplicación judicial y la ejecución (Bernal y Cortés, 2010, p.122).

En ese orden de ideas, no es posible recurrir a cualquier fin de la pena, sino que, dependiendo del momento en el que se encuentre el procedimiento penal, resultaría preponderantes unos fines sobre otros. Así las cosas, Claus Roxin (1981), sin ser ajeno a estos cuestionamientos, afirma:

Se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos en paz y en libertad. (p.47).

Por ende, es entendible que el artículo 4 del Código Penal colombiano, haya incluido la complementariedad de las teorías de la pena, que resulta legítimo procurar, acogiendo los planteamientos que el profesor Claus Roxin realiza sobre el particular, siempre tomando la resocialización como el fin principal de la pena.

En conclusión, en el análisis de las teorías más preponderantes de la pena que se han formulado a lo largo de la historia del derecho penal, la que actualmente tiene más fundamento científico, constituye a la teoría ecléctica y específicamente la teoría de la unión desarrollada por el profesor Claus Roxin, en la cual la reducción del reo es el fin principal de las sanciones penales.

De igual manera es evidente que en razón a lo consagrado en el artículo 4 del Código Penal Colombiano, el cual reza: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión” (Colombia, Ley 599 del 2000), el ordenamiento jurídico penal colombiano, acogió la teoría de la unión de la pena, con ponderación superlativa de la resocialización del reo como fin punitivo.

### III. LOS FINES DE LA PENA APLICADOS ACTUALMENTE EN COLOMBIA.

Una vez conocemos cual es el fin primordial de la pena que el Estado Colombiano debe perseguir por mandato de su Constitución y expuestas las teorías más relevantes que los pensadores más influyentes de la filosofía y el derecho penal han planteado, podemos analizar cuál es el fin de la pena que el Estado colombiano está aplicando en la práctica a través de su política criminal.

A fin de desarrollar este punto, en primer lugar, se examinará las providencias de la Corte Constitucional, por medio de las cuales se declararon los Estados de Cosas Inconstitucionales en materia Carcelaria y Penitenciaria, además de adentrarse en sus causas, para que, con posterioridad, se analice algunas normas penales con el fin de evidenciar su consagración populista.

#### ■ Sentencias de la Corte Constitucional:

El Tribunal Constitucional en sentencia T-153 de 1998, declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Carcelaria y Penitenciaria, efectuando un análisis histórico de la nefasta practica legislativa por medio de la cual, en razón al populismo punitivo, se incrementan las penas de los delitos y se limitan los beneficios o subrogados penales.

Además, la misma corporación en la providencia referida, evidencia las condiciones inhumanas de las cárceles en Colombia, ordenando que diferentes entidades suscritas al gobierno nacional implementen las políticas públicas adecuadas para cesar tal estado de cosas inconstitucional, que, en estudios primigenios, se estipulaba como la principal causa, las fallas en la infraestructura carcelaria.

Respecto de los fines de la pena, dicha providencia señaló que “Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización” (Corte.C., T-153 de 1998, p. 63), resaltando que, hay una imposibilidad estructural para diferenciar a las personas sometidas a medidas de aseguramientos, respecto de las personas condenadas. No obstante, y sin mayor complicación, se implementaron políticas públicas que mejoraron las condiciones de las cárceles

de Colombia y que posibilitaron declarar superado en el año 2013 el estado de cosas inconstitucional.

Pese a superarse la vulneración maximizada y general de los derechos humanos, en el mismo año 2013, la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013, declarara el Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Carcelaria y Penitenciaria, en ocasión a una política criminal reactiva, populista y poco reflexiva.

Esta última providencia judicial destacó que el estado de cosas inconstitucional decretado en 2013, poseía nuevos y diferentes planteamientos a los consagrados en 1998, pues sus causas diferían a las del primer estado, en el entendido que su origen principalmente verso sobre la infraestructura carcelaria. Adicional a lo anterior, la corporación afirmó que este segundo estado de cosas inconstitucional era mucho más crítico, en el entendido que las cifras eran más alarmantes, así como el trato altamente populista, que de manera incorrecta ha sido implementado por las autoridades respectivas frente a la cuestión criminal.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia *sub examine*, alertó a las entidades estatales, sobre el inestable panorama carcelario y de control social, que arroja la modificación y alteración constantemente de la política criminal; alertó sobre la interdicción de exceso punitivo, y el ritmo oscilante de libertad, encierro y endurecimiento punitivo, generando un ciclo tautológico. (Corte.C., T-388 de 2013). La política criminal debe fundarse en la realidad social del país y contar con una justificación estricta, en términos constitucionales de su necesidad, de manera que, si la política criminal es coherente, arrojará herramientas resistentes a tentaciones y presiones enraizadas al populismo punitivo (Corte.C., T-388 de 2013), entendiendo a éste, como las medidas que los políticos proponen y aprueban, casi siempre concernientes en el endurecimiento de las penas y limitaciones de los derechos de los procesados y condenados, sin ninguna base científica para satisfacer a las masas populares, aparentando medidas eficaces para combatir el crimen y propugnar por la reducción de los delitos en una sociedad.

En relación a esta situación, si bien es cierto se implementaron políticas públicas que permitieron superar el primer estado de cosas constitucional, las mismas no han sido constantes en su espíritu, situación que conllevó a declarar nuevamente la existencia de dicho problema estructural en el año 2013 y que sería ratificado en el año 2015, por intermedio de la sentencia T-762 de 2015,

reafirmando que en consecuencia la política criminal ha propugnado por aumentar el hacinamiento carcelario, lo que conlleva a la vulneración sistemática de los derechos de las personas en las cárceles (Corte.C., T-762 de 2015).

El mismo tribunal, en la sentencia del año 2015, afirmó que la situación de vulneración masiva de derechos fundamentales se debe a una falla estructural que no es atribuible a una única autoridad. Expuso con preocupación, las alarmantes consecuencias de la implementación de una política pública populista y carcelaria, ordenando deconstruir el Plan Integral de Resocialización y emitió otras ordenes con el fin de menguar las sistemáticas vulneraciones a derechos fundamentales que la política criminal implementada en Colombia genera.

Sin superar el populismo carcelario, en sala de seguimiento de la sentencia T-762 de 2015, de la Corte Constitucional, se profirió el auto 121 del 22 de febrero de 2018, mediante el cual se sistematiza parámetros mínimos de seguimiento y verificación del cumplimiento de las ordenes consagradas en las providencias arriba citadas, toda vez que la falta de coordinación en los informes sobre las actividades ordenadas y su paralelo incumplimiento, ha imposibilitado la superación de dicho estado. Meridianamente, se afirma que, en nuestro sistema jurídico la pena cumple en forma concomitante tres fines: (i) preventivo o disuasivo, concretándose en la fijación legislativa del tipo penal, la prohibición y la sanción que subyace a él, (ii), retributivo, que tiende a concretar una compensación en favor de la víctima y la sociedad con el hecho mismo de la privación de la libertad; y, (iii) resocializador, base de recolección y fundamentación de la pena privativa de la libertad, en factores coherentes con las disposiciones constitucionales, de modo que, en la práctica penitenciaria, ese fin adquiere un valor significativo entre los demás, que se concretan antes de la ejecución de la sanción y en el momento de su imposición judicial, y que la política criminal implementada en Colombia ha imposibilitado cumplir bajo los argumentos anteriormente planteados (Corte.C., T-762 de 2015).

Finalmente, este auto reorientó el seguimiento a la estrategia de superación del Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Penitenciaria y Carcelaria a partir de (i) los roles de las entidades en el seguimiento y (ii) los mínimos constitucionalmente asegurables que fueron definidos en esta providencia, en el entendido que la política pública relacionada con la pena está fallando con respecto a la mayoría de entidades involucradas en las ordenes estructuradas.

Así las cosas, se observa que la política criminal en Colombia ha obedecido a los parámetros establecidos por el populismo punitivo, sobre todo en lo concerniente a políticas públicas, lo que ha conllevado a que dicha política criminal sea cambiante y por ende inútil para el fin de prevenir los delitos y aplicar la reintegración social como fin principal de la pena en Colombia, dilucidado a su vez, de aquellos análisis detallados que la Corte Constitucional ha realizado sobre estos puntos.

#### ■ Ordenamiento jurídico colombiano:

Para abordar el segundo punto de este capítulo, es importante resaltar algunas cuestiones sobre las normas que han sido expedidas por el Congreso de la República y que versan sobre la pena, su desarrollo y aplicación, para ratificar el análisis que la Corte Constitucional ha realizado sobre la política pública carcelaria, y subsiguiente a ello extraer las conclusiones pertinentes sobre el particular.

En primer lugar, con la expedición de la Ley 599 de 2000, el Código Penal vigente en Colombia, se consagraron unos parámetros importantes para el cumplimiento de lo estipulado en la Constitución Política de Colombia de 1991, respecto de los derechos fundamentales y los estándares de justicia penal que se han planteado cumplir las naciones en ámbitos internacionales. Entre ellos, se rescata la no inclusión de un artículo específico que limitara los beneficios y subrogados penales en ninguna clase de delitos. Sin embargo, el Código Penal rápidamente tuvo modificaciones al respecto. En primera medida la Ley 890 de 2004, en su artículo 14, estipuló que todos los tipos penales consagrados en la parte especial del Código Penal, aumentarán sus penas en la tercera parte, para los mínimos y la mitad en el máximo, entre otras disposiciones, destacando que la motivación de dicha norma fue combatir los beneficios que la justicia premial concedía a las personas que aceptaban los cargos mediante las formas anticipadas de terminación del proceso penal.

Más adelante, se expidió la Ley 1142 de 2007, la cual adicionó el artículo 68A al Código Penal colombiano, el cual se tituló “exclusión de beneficios y subrogados”, dejando por fuera de estas garantías judiciales, propias de sistemas abiertos carcelarios, a las personas que fueron condenadas por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores a la nueva

investigación penal (Colombia, Ley 1142 de 2007).

Posteriormente, La Ley 1474 de 2011, la llamada Ley Anticorrupción, introdujo modificaciones al precitado artículo 68A, incluyendo en la exclusión de beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública, estafa, abuso de confianza que recaigan sobre bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. Sin embargo, se permitió la concesión de beneficios penales en allanamientos a cargos, preacuerdos y principios de oportunidad (Colombia, Ley 1474 de 2011).

Al transcurrir cuatro años, el artículo 68A del Código Penal fue modificado nuevamente con la expedición de la Ley 1453 de 2011, en la cual se especificaron los delitos en contra de la administración pública los cuales están sujetos a la prohibición de subrogados y beneficios penales, sin realizar ninguna adición de delitos frente al mismo (Colombia, Ley 1453 de 2011).

Tiempo después, se emitió la Ley 1709 de 2014, una norma con la cual se trataba de combatir el hacinamiento carcelario, flexibilizando los requisitos para acceder a los beneficios y subrogados penales, y a su vez, como acto antagónico, modificó el artículo 68A del Código Penal, adicionando nuevos delitos a la prohibición de acceder a los beneficios penales, entre los cuales se encuentran los delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; captación masiva y habitual de dineros; concierto para delinquir agravado; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; rebelión, entre otros delitos (Colombia, Ley 1709 de 2014). Lo anterior implicó un contrasentido, toda vez que la adición de nuevos delitos a la prohibición de acceder a los beneficios y subrogados penales, converge en el aumento de población carcelaria y, por ende, en una norma inocua frente al problema del populismo punitivo y sus derivados.

Por último, se emitió la Ley 1773 de 2016, que a través de su artículo 4 modificó el artículo 68A del Código Penal, adicionando a la prohibición referida, el delito de homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo **104** (sevicia) y modificó el tipo penal de lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, justamente para adicionar a éste, elementos descriptivos como “los agentes químicos, ácido y/o sustancias similares, en lugar de elementos corrosivos”, norma eminentemente populista,

que fue emitida en consecuencia a los escándalos surgidos en las noticias por los ataques con este tipo de elementos (Colombia, Ley 1773 de 2016).

Sin embargo, la prohibición de beneficios y subrogados penales no es el único punto por el cual la política criminal, desde la técnica legislativa, se ha endurecido en razón al populismo punitivo. También podemos observar el aumento desproporcionado y sin justificación del *quantum punitivo* en los delitos, tal es el ejemplo de la Ley 890 de 2004, -analizada previamente- por la cual se incrementa a todos los tipos penales el elemento temporal de las sanciones principales y accesorias. Esta actitud estatal, refleja la intención de creación legislativa en ocasión al momento en el cual mediáticamente se esté presentando mayores escándalos respecto a determinadas conductas punibles que la sociedad considere graves y reprochables (Colombia, Ley 890 de 2004).

En ese orden de ideas, la Ley 1142 de 2007 aumentó la pena mínima del hurto calificado, que paso de ser de 4 años a 6 años -aumento-, de igual manera dicha norma aumentó la pena del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, que era de 16 meses para acrecentarla a 72 meses de prisión (Colombia, Ley 1142 de 2007), y el extremo mínimo sería nuevamente aumentado en 36 meses más por la Ley 1453 de 2011. Estos son apenas dos ejemplos de muchos cambios populistas que ha sufrido la política criminal en Colombia (Colombia, Ley 1453 de 2011).

Por otro lado, es necesario destacar que no es posible realizar el análisis integral de cada una de las normas emanadas en derecho penal colombiano, toda vez que, en razón al populismo punitivo, la expedición de normas ha sido masiva y dispar; mientras unas se derogan, simultáneamente, otras nacen a la vida jurídica.

Sin embargo, para determinar cuál es la política criminal que el Estado colombiano efectivamente aplica en relación al fin de la pena, se depara un estudio correlacional de las normas que consagran incrementos punitivos, los límites a los beneficios y subrogados penales, y el análisis que la Corte Constitucional ha realizado respecto de la política pública carcelaria en Colombia -*ut supra* examinada-.

El contexto planteado por la sentencia T-762 de 2015, referido al crudo panorama de hacinamiento carcelario, y su constante vulneración masiva de los derechos de los reclusos e imposibilidad jurídica y fáctica de la ejecución

material de la reintegración social, las penas excesivamente consagradas en la parte especial del Código Penal colombiano, y las limitaciones existentes para acceder a beneficios y subrogados penales, generan que la política criminal colombiana únicamente responda a tres fines de la pena en particular: (i) la retribución del delito, (ii) la prevención especial negativa y (iii) la prevención general negativa.

Es evidente del análisis normativo realizado, que el concepto de justicia expedido por el legislador en función creadora de las normas penales, se instauran en favor de la retribución de un mal penal por la comisión del delito y entre mayor sea el mal penal, es decir la respuesta estatal frente al delito, mayores estándares de justicia alcanzara el Estado, una concepción de retribución y prevención negativa desbordada bajo el principio de proporcionalidad.

Corolario a lo anterior, el Estado colombiano busca neutralizar al delincuente, no a través de la resocialización o la reeducación, sino, sometiéndolo a largos tiempos de privación de libertad, que en muchos casos converge en penas perpetuas, en razón a la desproporcionalidad y extensión de las mismas, y a la prohibición a que éstas puedan ser cumplidas en libertad o en el domicilio del condenado, bajo ciertas condiciones. En el mismo sentido, El legislador, a través de las leyes, aumenta las penas y limita beneficios y subrogados penales para instrumentalizar al delincuente, en tanto que, resultado de la intimidación a los miembros de la comunidad, se lograra persuadirlos a no cometer delitos, de manera que, la instrumentalización del individuo ejerce efectos en condiciones inhumanas, como las que debe enfrentar una persona en las cárceles colombianas, contrariando el principio y derecho a la dignidad humana, que exige, según los planteamientos de Kant, que el hombre sea un fin en sí mismo, coaccionando a la prevención general constituirse en objeto normativo, pero nunca, en el barómetro de maximización punitiva y desconocimiento de derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, los fines de la pena que en la practica el Estado colombiano aplica tanto en la consagración de la norma penal, como en la judicialización de los delitos y la aplicación de la misma, consistentes en la retribución desproporcionada, la prevención especial negativa y la prevención general negativa vulneradora de la dignidad humana; catalogando estos alcances como opuestos a la Constitución, y así, inversos al parámetro de regularidad constitucional y a la forma estructural del Estado Social de Derecho.

#### IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

Del análisis que se ha realizado a lo largo de este escrito, es posible extraer algunas conclusiones que servirán de base para repensar la política criminal en Colombia y de esa manera propender por una reducción del crimen, ajustada a los parámetros jurídicos y académicos establecidos para ese fin:

- (i) Podemos concluir que el Estado Colombiano a través de su Constitución Política, por la figura del bloque de constitucionalidad y en consonancia con el artículo 4 del Código Penal, ha acogido la teoría de la unión de la pena y la reintegración social de los condenados como el fin esencial para definir la política criminal en lo concerniente a los fines que las sanciones penales debe perseguir en los momentos de su consagración en la norma penal, en la judicialización de los delitos y en la aplicación de la misma.
- (ii) Han existido múltiples teorías sobre el fin que debe perseguir la pena, sin embargo, todas han tenido críticas que han sido insuperables, por lo tanto, se plateó la vertiente de la unión de la pena, como teoría ecléctica que combina las fortalezas de todos los presupuestos punitivos, blindando las debilidades que por separado cada una posee.
- (iii) Del análisis realizado, resulta patente que, a través de una política criminal volátil, cambiante y que obedece a los parámetros del populismo punitivo, el Estado Colombiano incumpliendo los lineamientos respecto del fin de la pena que la Constitución y la ley establecieron, está aplicando únicamente los fines retributivos, de prevención especial negativa y de prevención general negativa, desproporcionadamente y vulnerando los derechos y principios propios de un Estado Social de Derecho.
- (iv) La aplicación errónea de la política criminal frente al fin de la pena, produjo hacinamiento carcelario y en consecuencia una vulneración masiva de derechos de las personas que se encuentran en la cárcel, situación reconocida en la sentencia T-388 de 2013, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró el Estado de Cosas Inconstitucional en Materia Carcelaria y Penitenciaria.

- (v) resulta posible concluir que respecto de los fines de la pena, aplicando la teoría de la unión y tomando como fin primordial la reintegración social de los condenados, es posible realizar una política criminal seria, estable y alejada de las demandas del populismo punitivo, a través de la cual se pueda efectivamente reducir el crimen en consonancia con la constitución y la ley, y de esa manera, superar el estado de cosas inconstitucional declarado por la Tribunal Constitucional, alcanzando progresivamente la armonía social y la paz.

## BIBLIOGRAFÍA

Beccaria, C. (2013). *De los delitos y las penas (cuarta edición)*. Colombia, Bogotá: Temis.

Bernal, G.L.A. & Cortés, E.M.S. (2010). *Teorías de la pena*. Colombia, Bogotá: Ibañez.

Bustos, J.R. (2012). *Control social y sistema penal*. Colombia, Bogotá: Temis.

Carrara, F. (1972). *Programa de derecho criminal, parte general, Volumen II*. Colombia, Bogotá: Temis.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). Constitución política de la República de Colombia.

Colombia, Congreso de la República. (24 de julio de 2000). Ley 599 del 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Colombia, Congreso de la República. (07 de julio de 2004). Ley 890 de 2004 “Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal”.

Colombia, Congreso de la República. (28 de julio de 2007). Ley 1142 de 2007 “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”.

Colombia, Congreso de la República. (12 de julio de 2011). Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Colombia, Congreso de la República. (24 de junio de 2011). Ley 1453 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.

Colombia, Congreso de la República. (20 de enero de 2014). Ley 1709 de 2014 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”.

Colombia, Congreso de la República. (06 de enero de 2016). Ley 1773 de 2016 “por medio de la cual se crea el artículo 116A, se modifican los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 de la Ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

Colombia. Corte Constitucional. (28 de abril de 1998). T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (26 de enero de 2006). Sentencia C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (25 de abril de 2007). C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (28 de junio de 2013). T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá.

Colombia. Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015). T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá.

Cote-Barco, E.G. (2007). La necesidad de la pena –reflexiones a partir de los artículos 3° y 4° del código penal colombiano-. *Vniversitas*, julio-diciembre de 2007, pp. 191- pp. 226.

España, Congreso de los Diputados de España (31 de octubre de 1978). Constitución Política.

Feuerbach, P.J.A. (1989). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni*. Argentina, Buenos Aires: Ham-

murabi.

Hegel, G.W.F. (1988). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. España, Barcelona: Edhasa.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y de la Reintegración Social de Delincuentes*. Organización de Naciones Unidas: Sede ONU.

Percy, G.C. (2014). Acerca de la función de la pena. *Revista Jurídica*, junio 11 de 2006. Recuperado de: <https://www.revistajuridicaonline.com/2006/06/acerca-de-la-funcion-de-la-pena/>

Puig, S.M. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social de Derecho*. España, Barcelona: Bosch.

Roxin, C. (1981). *Introducción a los problemas básicos del derecho penal*. España, Sevilla: Universidad de Sevilla.

Roxin, C. (1987). «Sentido y límites de la pena estatal», *Problemas básicos del Derecho Penal*. España, Madrid: Reus.

San José de Costa Rica, Asamblea General (7 al 22 de noviembre de 1969). *Convención Americana de los Derechos Humanos*. (Pacto de San José).

## CONTAMINACIÓN AUDITIVA, REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE EL TRATAMIENTO DEL RUIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO<sup>48</sup>.

Yamal Elías Leal Esper<sup>49</sup>

Fecha de recepción: 2 octubre de 2017

Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2017

Referencia: LEAL ESPER, Yamal Elías. *Contaminación Auditiva, Reflexiones Jurídicas Sobre El Tratamiento Del Ruido En El Ordenamiento Jurídico Colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 5. Págs. 157 a 196. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** The present article has as its object the topic related to the auditory pollution, a problem whose effects are harmful in several para-

48 Artículo Inédito. Artículo de innovación e investigación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Recuperación y embellecimiento de zonas verdes para la creación de entornos ambientales saludables, dirigido a la comunidad de la institución educativa universidad libre Cúcuta” realizado al interior del semillero de investigación de derecho ambiental RAMSAR de la Universidad Libre Cúcuta. Cuyo equipo de auxiliares de investigación está compuesto por Daniel Andrés Pérez Jáuregui y María Camila Herrera Calderón.

49 Abogado, Esp. Derecho probatorio, Administrativo, Penal, Magister en Gestión de la calidad de la Educación superior; investigador del grupo de investigación prospectiva y desarrollo humano de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Director del Semillero en Derecho Ambiental “Ramsar”.

meters especially in the urban environment and in public health repelled towards the human being as an individual and as a society. From this last point we will take the different positions and alternatives that have been taken in the Colombian legal system to face and control of this problem, as well as to observe objectively and reasonably the treatment legal basis from a comparative point of view in Spanish and Chilean legislation to determine the advances and / or mistakes in the design of public policies within our country.

**KEYWORDS:** Noise - Colombia - Environment - Health - Pollution.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objeto el tema relacionado con la contaminación auditiva, un problema cuyos efectos son dañinos en varios parámetros especialmente en el ambiente urbano y en la salud pública repercutidas hacia el ser humano como individuo y como sociedad. De este último punto tomaremos las distintas posiciones y alternativas que se han tomado en el ordenamiento jurídico colombiano para hacerle frente y control a esta problemática, al igual que de observar objetiva y razonablemente el tratamiento jurídico desde el punto de vista comparado en la legislación española y chilena para determinar los avances y/o desaciertos en el diseño de políticas públicas al interior de nuestro país.

**PALABRAS CLAVE:** Ruido – Colombia- Medio Ambiente- Salud - Contaminación.

## INTRODUCCIÓN

En el panorama mundial se ha estado estableciendo una gran preocupación en órbita a la preservación del medio ambiente, su importancia es trascendental debido a la acelerada y en algunos casos descontrolada evolución del ser humano en su ingenio en las diferentes áreas del conocimiento, en gran parte de las disciplinas o ciencias, poco a poco se ha estado considerando la variable del estudio del impacto ambiental en sus diferentes

actividades encaminadas en la creación de bienes y servicios en favor de no sacrificar su entorno, su calidad de vida o de los recursos indispensables para la misma.

Plenamente en lo que llevamos del siglo XXI, se ha tenido la oportunidad de documentar varios hechos de relevancia internacional pro-ambientales en diferentes temáticas tales como a título de ejemplo, el desarme nuclear, la problemática de la atmosfera, el rechazo de la minería en fuentes creadoras de agua, el auge de las energías limpias, movimientos coyunturales en la protección de especies en peligro de extinción entre otros generando a su vez la creación oportunidades de concebir metodologías y formas diferentes de crear empresa sin tener que recurrir a los métodos considerados de vanguardia, esto es, la tendencia de la reducción del uso de combustibles fósiles, el uso responsable de las materias primas, la concepción y aplicación del concepto del desarrollo sostenible, la adhesión de compromisos internacionales en los diferentes estados en preservar el patrimonio ambiental y sus ecosistemas transformando a medida del tiempo, la consciencia en las naciones, en enfoques de las ramas del poder público, del control social, y de la voluntad política en diseñar disposiciones, mecanismos de protección hacia medio ambiente y todo lo contenido en los medios tanto biótico y/o abiótico de sus territorios.

Colombia, a lo largo y ancho de su ordenamiento jurídico ha cimentado una amalgama de disposiciones cuyo objeto ha sido determinado en sus respectivas competencias y materias, todo en pro de establecer políticas públicas solidas en la cual son representadas generalmente por el gobierno a través de los titulares de dichas políticas que son los ministerios. Como bien se ha de hablar en la presente investigación, se tocara el tema de la contaminación auditiva, En el cual se le dará un trato como problemática de derecho ambiental y a su vez siendo necesario la perspectiva de la salud pública; de la que se encuentran muy entrelazados, con el fin del gozo de derechos protegidos por un marco legal con grandes adelantos desde su vigencia en el último decenio del siglo pasado gracias a sus medios de protección y al avance necesario para la comodidad de los asociados, de los cuales en muchas ocasiones estos últimos se ven expuestos a muchos entornos perturbadores de su ciclo normal de la vida cotidiana.

Lo interesante del objeto de estudio es la particularidad de ser presuntamente una problemática muy poco conocida gracias al entorno en el que vivimos; en otras palabras, poco a poco se ha tenido el convencimiento

social de que el ruido a nuestro alrededor es algo normal, y que en consecuencia está bien vivir de esta manera, si bien es correcto afirmar en que el ruido está presente en nuestra vida lo es también y resulta obvio afirmar que el ruido ambiental generado en nuestras ciudades puede llegar a afectarnos, la primera cuestión es saber en qué sentido afecta el ruido a la sociedad y cuáles son sus causas conocidas, esto para así lograr la dimensión del impacto ambiental que esto conlleva y en consecuencia en saber el tratamiento que puede llegar a existir.

De tal suerte que se ha evidenciado la necesidad de ser profundos tratando de humanizar dicho fenómeno, sabiendo que existe, pero sabemos muy poco de él. Sin ignorar, claro; que nuestro país es uno de los territorios más diversos en el mundo en su medio biótico, es decir; en su fauna y flora exótica y desde luego el enfoque del medio ambiente urbano de nuestro país que comprende a la ya muy conocida expresión “selva de cemento”, es decir nuestras ciudades.

En ese orden de ideas vale recordar en relación a Colombia no es aún considerada como país de primer mundo, tales como los países del viejo continente, países industrializados o países que tienen un avance más perfeccionado de lo que es la seguridad jurídica, para el caso concreto, sería lógico pensar en un primer escenario que dichos países no sufrirían de tales males toda vez que en efecto de la hipótesis basada en la existencia de avances significativos en el diseño de estrategias para evitar la innecesaria exposición de la contaminación a nivel general y de la contaminación acústica en un sentido estricto. Tal parece que del ruido nadie se escapa solo dejando el zumbido producto de la alteración de lo audible rozando a lo intolerable. En otras palabras, es una invitación para conocer más allá de lo ya escuchado como contaminación auditiva y saber en realidad qué avances ha tenido el territorio colombiano para contrarrestarlo asimismo para descubrir que otros puntos puede ser tomados a parte del criterio jurídico.

En la actual noción del derecho y la relación directa con el medio ambiente; siendo esta materializada a través de la cooperación internacional cuyo fin es de enfrentar los fenómenos ocasionados en gran parte por la necesidad del satisfacer y solucionar los nuevos retos impuestos por la misma civilización, constituida en avances técnicos y/o tecnológicos que son importantes en un determinado tiempo y espacio.

En el caso colombiano no ha sido la excepción de reunir dichos esfuer-

zos para la adecuación de políticas públicas ambientales, concretamente en la contaminación auditiva y la calidad del aire, las hipótesis son muy variadas, una de ellas puede ser que la contaminación acústica es desmesurada debido a la ausencia de consciencia colectiva en las aptitudes relacionadas al uso o abuso de fuentes de sonido, así como en los comportamientos socialmente adecuados en nuestra comunidad. Otra hipótesis válida puede ser atribuida a la falta de comunicación por parte de las instituciones y/o autoridades en el diseño de estrategias y la incompatibilidad entre ellas relacionadas con esta temática siendo producto de dicho insumo es prudente formular la siguiente pregunta: ¿Es la contaminación auditiva, un tema tratado eficazmente por parte del estado colombiano a través de su ordenamiento jurídico contenido en su política ambiental, sin perjuicio con lo relacionado a la calidad del aire, para así lograr fines establecidos como es el goce de los derechos inherentes y conexos a la salud y a un ambiente sano?

Dicho problema puede estar apoyado en los siguientes interrogantes subsidiaria a la pregunta principal: i) ¿Qué disposiciones relacionadas con la contaminación auditiva existen en el ordenamiento jurídico colombiano? ii) ¿Qué estrategias como política pública ambiental y en salud han existido para controlar afecciones relacionadas con la contaminación por ruido? y iii) ¿Qué trato desde el punto de vista jurisprudencial y académico ha recibido la temática de la contaminación auditiva?

## METODOLOGÍA

Para determinar la metodología a utilizar en la elaboración del presente artículo, se debe tener en cuenta que se trata de una investigación considerada como socio-jurídica en la que se tratará de resolver los objetivos específicos determinados anteriormente. Esta metodología será la descriptiva, con el fin de evaluar el estado del arte existente hacia el tema y de esta forma encontrar una solución significativa al problema planteado inicialmente, asimismo con ayuda de la utilización del método deductivo y hermenéutico jurídico emanado de las disposiciones vigentes como de las fuentes jurisprudenciales y teóricas aquí contenidas en el derecho interno como en el derecho comparado.



## 1. ESQUEMA DE RESOLUCION DEL PROBLEMA JURÍDICO

El objetivo principal propuesto es el de inspeccionar el tratamiento del ruido en Colombia, propiciando un conocimiento sólido desde el punto de vista de la normativa y/o reglamentación abarcado en la óptica de la política ambiental y colindantes con ella. Colocando como objetivos secundarios consistentes respectivamente en el de expresar su contenido de forma coherente, clara y manejable, sin perjuicio de la normativa internacional referida para emplear dicho insumo en la resolución de problemáticas radicadas en casos concretos al igual que la posible responsabilidad del estado por sus posibles fallas en el diseño y/o aplicación de sus políticas que pueda radicar desde la perspectiva del régimen aplicado para estos eventos, así mismo sin dejar de lado la teoría de la responsabilidad civil aplicada hacia particulares cual sea posible.

## 2. PLAN DE REDACCIÓN

Se propone en un primer lugar el conocimiento básico de la contaminación auditiva, esto es, el concepto de ruido del cual también se hablará de la exposición y sus consecuencias tanto ambientales como en la salud humana; es decir, los efectos, síntomas y consecuencias que puede ocasionar en el ser humano y su entorno gracias a su directa o indirecta interacción.

En segundo lugar, se describirá la normativa colombiana desde el punto de vista cronológico para vislumbrar mejor su evolución a nivel jurídico; de igual forma se tratará la temática encaminada hacia el proceso administrativo sancionatorio ambiental que es el único comprendido para no solo el control de la problemática plasmada en esta investigación, sino también de las problemáticas ambientales en general, esto, sin dejar de lado lo establecido en la política del aire y de la gestión urbana; de tal suerte que se dará un tratamiento aparte. En tercer lugar, se hablará del tratamiento del ruido en el derecho comparado, del cual se hablará del referente en España y en Chile. En cuarto lugar, se hablará de lo referido a la contaminación auditiva desde el punto de cultural en nuestra sociedad que para así por último llegar a las respectivas conclusiones.

## ■ La contaminación auditiva como definición y sus efectos perjudiciales

Antes que nada, es indispensable hablar del ruido como fenómeno estudiado desde las ciencias naturales como el caso de la física, que en palabras de los autores Juan Ochoa y Fernando Bolaños: “(...) Se define el ruido como el sonido indeseado y, por tanto, molesto” (Bolaños, 1990) en concordancia con la idea de ser un contaminante atmosférico<sup>50</sup> productor de molestia en un ambiente ubicado en un espacio, tiempo cuya frecuencia y efecto ha de presentar quebrantos de salud humana al mediano y largo plazo. Dichos efectos nocivos para la salud son a nivel auricular provocando traumas acústicos, y en el peor de los casos, secuelas irreversibles no solamente para el sistema auditivo humano sino en el nivel comportamental.

Ello, sin perjuicio lo relacionado como sonido, definido como “Vibración mecánica transmitida por un medio elástico”(RAE, 2017) así pues, se considera que la característica del sonido radica en que por regla general no es desagradable al oído por estar en equilibrio en su intensidad, tono y timbre<sup>51</sup> a través del aire que a diferencia del ruido, este último un fenómeno encontrado fuera del equilibrio sonoro generando así una perturbación en los tres elementos anteriormente descritos. Otra característica del ruido como objeto de estudio es la imposible eliminación del mismo, toda vez que las ondas son transportadas por un medio idóneo, es decir el aire, dejando en claro, a su vez de igual manera en que dichas ondas transportan energía más no materia<sup>52</sup> siendo en consecuencia a grandes rasgos un movimiento ondulatorio afín a otros movimientos concernientes a las ondas en el entorno natural como por ejemplo el movimiento telúrico.

En materia ambiental, técnicamente recibe el nombre de contaminación acústica o contaminación sonora, término que en ello complementado con el siguiente concepto del portal Ambientalistas en acción lo resume así:

“La contaminación acústica se define como la presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que

<sup>50</sup> Entiéndase como contaminante atmosférico debido a que el ruido al igual que el sonido viaja por medio de partículas en el aire.

<sup>51</sup> Entiéndase como elementos característicos del sonido materializado en las ondas sonoras reproducido por la interacción de los cuerpos.

<sup>52</sup> Tomado de “El sonido, la Música y el ruido” Página 1.

causen efectos significativos sobre el medio ambiente.” (Jimena Martínez Llorente, 2015, pág. 13)

Con base en las referidas y diversas ideas del objeto de estudio como pre-saber es relevante tener en cuenta: i) que es el ruido como fenómeno acústico presente en la atmosfera desde el punto de la física como ciencia que estudia las ley natrales ii) se realizó a grandes rasgos de la comparación del sonido y ruido desde el punto de vista de la física desde el punto de vista de la semántica y subsidiario a ello, la gran característica del ambos es su imposibilidad de su erradicación esto es, debido a que el medio en el cual se es transportada dichas ondas sonoras es el aire, iii) se demuestra que se la contaminación auditiva es un tema relevante no solo en el desarrollo del área jurídica sino va a un impacto más profundo que va dirigido a todos quienes intervienen en el ambiente, esto es a personas, bienes o inclusive al medio ambiente desde el punto de vista eco sistémico, eso es; afectable tanto a la flora y/o fauna y su comportamiento.

Una vez ya establecidos los lineamientos generales del ruido y de la contaminación acústica, podremos entrar en materia en conocer los efectos a su exposición en la salud humana concernientes al ambiente sano del cual hablaremos a profundidad en el siguiente punto. La exposición del ruido es persistente a lo largo y ancho de nuestras actividades, tales como a título de ejemplo, el escuchar música, oír la radio, conversar con las personas e infinidad de actividades más. Como la exposición a estos fenómenos propios de la naturaleza son persistentes, estos pueden ser tratados por el hombre a través de su reducción gracias al adelanto técnico, tecnológico e industrial logrando a través de los años, una gran progresión en materia de la calidad de vida tanto individual como en comunidad. Sin embargo mientras se va proyectando dicho progreso, la exposición de contaminantes es cada vez más alarmante y más evidente, contaminándose el aire por partículas del smog, gas invernadero y en consecuencia también el ruido, solo para el año 2015 según estudios de la OMS<sup>53</sup> se estableció el cálculo de aproximadamente mil cien millones de jóvenes entre los 12 y 35 años en el mundo pueden estar en riesgo de la pérdida de la audición<sup>54</sup> principalmente por hábitos auditivos perjudiciales, en los cuales el 50% sería por exposición continua de aparatos reproductores de archivos de sonido<sup>55</sup>, tales como reproductores de música, celulares inteligentes y el 40 % están

53 Organización Mundial de la Salud, “Escuchar sin Riesgos”, 2015 pag.1

54 En el marco del “Día internacional del cuidado del oído y la audición” celebrado el mes de marzo de cada año.

55 Ibidem.

relacionados a la exposición de ruido nocivo en bares, discotecas, pubs entre otros.

En Colombia se ha estimado estos datos por el ministerio de salud en donde para lo publicado en el año 2017 la cifra de personas en padecer enfermedades del oído<sup>56</sup> ha sido estimada en 7 millones de habitantes, esto comprendido en el 17% de la población total en la cual la exposición al ruido es la quinta causa emanada de la pérdida de la audición, de tal suerte que ello es también un tema enfocado como una problemática de salud pública abarcado como un riesgo de carácter colectivo cuya evidencia ha sido reducida en tres grandes causas<sup>57</sup> i) La contaminación sonora de la cual ya sea hablado líneas arriba, ii) la Socioacusia<sup>58</sup> y iii) los comportamientos inapropiados.

Los efectos del ruido en el ser humano son muy variados para el tratamiento de las enfermedades tales como la hipoacusia y/o la sordera permanente; esto independientemente de las múltiples variables relacionadas como los tipos de ruido y los sistemas o demás ámbitos que pueden ser afectados por dicha interacción tal es el ejemplo en materia económica en estadísticas de la OMS para el año 2016 se calculó enfocándose en el sistema sanitario junto con el costo de los equipos de audición<sup>59</sup> en un estimado de 67.000 a 107.000 millones de dólares. Sin mencionar las otras categorías relacionadas<sup>60</sup> tales como Pérdida de productividad, costos para la sociedad, costos del apoyo educativo de 5 a 14 años siendo en consecuencia la exposición de los maleficios de la indiferencia de actuar y su desaprovechamiento de la cosotoeficacia en atender temas relacionado la prevención, detección, de las enfermedades del oído entre estas la producida por la contaminación auditiva serían más factibles en materia de costos e inclusión de esta población que al igual que el tema aquí tratado, suelen ser ignorados por falta de acceso a estos recursos y políticas.

#### ■ Análisis normativo ambiental y su relación respecto al tratamiento del ruido.

Es importante resaltar las disposiciones en materia del tratamiento jurídico del medio ambiente y de la contaminación sonora, con el fin de obtener

56 Estrategia Nacional “Todos somos oídos” (2017) Página 5

57 Estrategia Nacional “Todos Somos Oídos” (2017) Pagina 29

58 Referida a esta expresión a la exposición de ruido por causas sociales.

59 Tomado de la obra “Actuar contra la pérdida de audición” página 4.

60 Ibidem.

certeza del avance normativo y/o reglamentario sufrido, a través del tiempo aplicado al ordenamiento jurídico anterior y vigente.<sup>61</sup>

Constitución Política de 1886 y 1991: Así las cosas, comenzando con la Constitución nacional de 1886 y a partir de su análisis jurídico se logra establecer que la carta política de la época no tenía un sólido conglomerado de derechos concernientes en materia ambiental siendo como consecuencia dejar de lado el deber de protección por parte de la misma, una de las tantas razones subyacentes para la época, era haber tan poco de derechos y tampoco se poseía medios propios para su protección, como producto de ello, la norma vinculante para ese entonces en la que se concentraban los efectos jurídicos impregnados en la realidad era por medio de la ley.

Visto desde ese punto de vista en un principio la posibilidad de propiciar medidas claras y concisas en materia de contaminación por ruido era prácticamente nula a nivel estatal ya que el ambiente sano para ese entonces no era reconocido como un derecho; a pesar de ello, en 1973 se crea la ley que le da facultades extraordinarias al gobierno para expedir el decreto-ley 2811 de 1974<sup>62</sup> en la que se comienza a dar las primeras observaciones en cuanto al ruido reconocido en cierta medida como contaminante<sup>63</sup>, asimismo en 1979 se le dio facultades al ministerio de salud para crear medidas en materia de protección del medio ambiente y a nivel sanitario para los seres humanos.

Ante ello cabe destacar que a pesar de la existencia de disposiciones referidas al ruido en ambas normas, no era del todo claro y efectivo su tratamiento por las siguientes razones, i) En materia ambiental no existía un titular idóneo<sup>64</sup> del cual pudiera ocuparse de los asuntos y diseño de políticas ambientales y en consecuencia, ii) si bien el ministerio de salud implemento las primeras políticas en materia ambiental, a cierto plazo se iba a quedaría corta en su metodología de recolectar y tratar información referida a temas que en últimas son meramente ambientales y que ambas normas no abarcaba de manera uniforme una armonía o un cercano entendimiento entre ellas mostrando así para la época la falla a nivel de técnica legislativa en componentes conceptuales de lo que sería la contaminación por ruido y así implementar estrategias para su impacto del medio ambiente de una forma más precisa.

61 Al respecto puede consultarse: Santos Ibarra, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172.

62 Por medio del cual se dicta el Código Nacional de Recursos naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

63 Esto se puede comprobar en la parte IV, título II Artículo 33, Parte II

64 Es decir, crear un ministerio autónomo.

Un hecho muy diferente sucedió en la constituyente de 1991 en donde ha sido un ordenamiento jurídico más garantista para su época en inclusión de derechos colectivos<sup>65</sup> (Medio ambiente<sup>66</sup>) del cual realizo disposiciones más explícitas a nivel sustancial y los medios de protección para dichos derechos tales como la acción de tutela, la acción popular y la acción de grupo, siendo este último el más adecuado para este tipo de casos.

A nivel constitucional el artículo 88 de la Carta Política en el que se establece de manera taxativa:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.” (Sierra, 2008).

A partir del análisis realizado de este artículo se puede establecer en primer lugar que la constitución otorga un papel protagónico a los derechos colectivos y garantiza su protección a través de las acciones constitucionales, en este caso la acción popular que paso de ser un mecanismo de ámbito privado a ser regulado por el derecho público, en cuanto a su trámite este se consagra en la ley 472 de 1998, estableciendo su prevalencia en el artículo 6 de esta norma acerca del conocimiento del juez cuando su configuración corresponda a un carácter preventivo.

Si bien es cierto dentro del contenido del artículo no se menciona específicamente el derecho a un espacio libre de ruido, su naturaleza encuadra con lo referente al derecho colectivo a un ambiente sano, como se ha reiterado; otro tema conveniente al entendimiento de complejo y dinámico tema es que en la carta política tampoco hace certera lectura del concepto del ambiente urbano; algo que se puede desglosar al plasmar en la realidad del estudio ambiental<sup>67</sup> con las ciudades en aras de poder siquiera hallar

65 Esto viene a un poseso arduo en un tiempo se llamaron “Derechos de tercera generación”

66 Artículo 79 de la Constitución Política de Colombia

67 “El medio ambiente Urbano” revista Gestión y Ambiente, 2008, página 9.

un equilibrio con el entorno y los recursos naturales y los seres humanos tal como lo manifiesta “(...) En este sentido, es fundamental establecer la diferencia entre equilibrio eco sistémico y equilibrio cultural. A partir de allí, comprenderemos por qué la ciudad no puede analizarse como si fuera un ecosistema, y por qué del análisis urbano, no pueden suprimirse las manifestaciones culturales como producto de la relación e interdependencia de la ciudad con el medio eco sistémico.” (Ángel Maya, 2008, pág. 10) así pues, se puede lograr establecer una discriminación positiva de la contaminación auditiva dependiendo si se encuentra en un ambiente por decirlo así, natural que en el ambiente urbano, artificial sin ignorar que los efectos tanto e uno como en otro son igual de nocivos para quienes padecen.

Ley 99 de 1993: Esta norma se configura como una base fundamental en relación con la determinación de la política ambiental en Colombia, de manera central el artículo primero configura una serie de principios de índole ambiental indispensables, en el caso objeto de estudio se destacan dos de ellos:

- El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo. (...) 6. la formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. (...) (Ley 99, 1993)

De acuerdo con lo anterior se debe examinar la interpretación más adecuada para el tema del ruido. En el primer principio al mencionar lo relativo a la llamada declaración o protocolo de Río del año 1992 cuyo eje principal estuvo enfocado en hacer un reconocimiento del hombre como principal preocupación ambiental y que fue ratificado por Colombia en la que se extrajo el principio llamado: “El principio de “quien contamina paga” (Püschel ,2011). En el caso del desarrollo de este principio es que la compensación a ese daño de quién paga es de contenido económico, pero esta incidencia no es suficiente ya que existen daños tan graves que así se recurra a la indemnización a través del pago de grandes sumas de dinero,

al configurarse como irreversibles no da lugar a una efectividad en la reparación que se pretende, ni tampoco contribuye a la protección al Derecho al Medio Ambiente Sano.

En cuanto al principio establecido en el numeral 6, con respecto a la aplicación del Principio de Precaución, respecto a la utilización de ciertas alternativas innovadoras que pueden llegar a producir un mejoramiento a nivel económico, sino se tiene certeza de los daños que esto podría causar a nivel ambiental<sup>68</sup> debe hacerse un alto en el camino hasta que no se tomen las medidas adecuadas con el fin de prevenir esos efectos adversos de manera eficaz y proteger el derecho que pueda verse vulnerado. Tales derechos pueden ser entre otros (como al derecho de un ambiente sano), la intimidad, del cual por conexidad se encuentra la tranquilidad, este último tratado reiteradamente por la jurisprudencia a través de la acción de tutela.

Resolución 0627 de 2006: Esta resolución la expidió el Ministerio de Ambiente, con el fin de indicar cuales serían los estándares máximos de ruido en Colombia medidos en decibeles según la zona en la que se encuentren ubicados, partiendo de la interpretación de lo que se conoce como mapas de ruido que deben ser realizados por las Corporaciones Autónomas Regionales y otras autoridades como municipios, distritos o áreas metropolitanas si su población urbana es igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000). En el artículo 25 se establece:

Planes de descontaminación por ruido. Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible y las Autoridades Ambientales a las que se refiere el artículo 66 de la ley 99 de 1993 y el artículo 13 de la ley 768 de 2002, deben establecer y ejecutar planes de descontaminación por ruido. (Resolución 0627, 2006)

A sabiendas de esto, es claro que a pesar de que existe una base legal referente a los planes de descontaminación por ruido que deben realizar las distintas entidades, lo es la existencia de una posible omisión respecto a la implementación de los mismos dentro de la configuración de una verdadera política pública respecto del medio ambiente, en parte porque a pesar de que la contaminación producto del ruido es molesta y peligrosa para la salud como lo son todas en general, la omisión que existe respecto de esta es mayor, por lo que en la gran mayoría de los casos no se le presta la atención adecuada al momento de combatir esta problemática y adelantar los trámites

<sup>68</sup> Al respecto puede consultarse: Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 51-82

a las sanciones correspondientes junto con las medidas de contención que llegasen a ser necesarias.

- ✓ El proceso sancionatorio ambiental.

En el marco de establecer herramientas necesarias para la protección del medio ambiente por parte del estado fue sin duda la creación del procedimiento sancionatorio ambiental -Ley 1333 de 2009- en el cual se establece como su nombre lo indica una amalgama de figuras necesarias para establecer control de las practicas económicas en las que de forma directa pueda afectar al medio ambiente, los recursos naturales o la salud humana gracias a la imposición de -según el caso concreto- preventivas<sup>69</sup> o sanciones por parte de las diferentes instituciones que esta ley habilita.

La reflexión aquí de una u otra forma es que el proceso sancionatorio ambiental si bien se reconoce ha sido un gran avance de concientización<sup>70</sup> de la contaminación por parte del legislativo también fue una voluntad que ha llegado a destiempo<sup>71</sup> referida a que esta ley le ha de tocar combatir todo tipo de contaminación existente en el país, lo que si bien, sin intención de insinuar de que la solución ideal sería la de crear un proceso sancionatorio para cada tipo de contaminación presente en nuestro país de igual medida no es óbice ignorar el hecho de nuestro contexto se ha ido registrando reiteradamente casos sobre una gran variedad de contaminación especialmente en ecosistemas y en gran auge en las ciudades, tales como olores ofensivos, mal manejo de desechos, derrames de crudo en fuentes hídricas, incendios forestales entre muchos más.

Todo ello, con la simple intención de siquiera dejar en claro que la vida suele ser en muchos ámbitos ir por camino separado con la realidad jurídica; dejando así que solo se ha estado atendiendo una parte de la problemática ambiental, esto es la de crear figuras jurídicas a través de las debidas instituciones. ante ello, cabe destacar las diferentes reformas del procedimiento sancionatorio ambiental en aras de garantizar el debido proceso<sup>72</sup> hacia el investigado, resaltando la expresión del *procedimiento*

69 Artículo 2º de la ley 1333 de 2009.

70 Ante ello leer la exposición de motivos del proyecto de ley 092 de 2006, hoy en día la ley 1333 de 2009 que, entre otros, reza claramente que la ley 99 de 1993 no estableció un procedimiento claro y expedito para controlar problemáticas ambientales dejando una clara confusión en ese ámbito.

71 Según el informe del congreso de la republica la presentación del proyecto 092 de 2006 del senado fue el 17 de agosto de 2006 hasta 21 de julio de 2009 cuando la ley fue sancionada fue un poco menos de tres años en su trámite para convertirse en ley.

72 Según el autor Garro Parra, refleja los vacíos existentes entre el procedimiento sancionatorio ambiental, el CPACA y la ley

*administrativo sancionatorio ambiental*<sup>73</sup> del cual sería siempre y cuando exista casos relacionados a partir del mes de julio de 2012 o si los hechos fueron con conocimiento del ya derogado Código Contencioso Administrativo. Lo cual, adaptado la norma con la contaminación auditiva, sería necesario tener en la aplicación de la norma en cada caso en concreto de aplicar el debido procedimiento administrativo sancionatorio ambiental.

#### ■ Relación de la política del aire con la política ambiental del ruido

A nivel normativo quizás la política más conocida se da respecto de la prevención y control de la contaminación del aire, en el entendido de ser la más visible respecto de los agentes contaminantes que se transportan dentro de ella; entre estos agentes resultan ser partículas gases de efecto invernadero y otros elementos que necesitan el aire para obtener sus efectos como en el caso del ruido, que es el tema que nos ocupa.

Una de las estrategias fundamentales orientadas a mitigar los efectos del ruido y su propagación a través del aire han sido los llamados mapas de ruido. De acuerdo con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT, 2010), los mapas de ruido han sido concebidos como un instrumento para realizar un diagnóstico de la realidad del ruido ambiental en las zonas consideradas como prioritarias del municipio y poder desarrollar programas y proyectos preventivos, correctivos o de seguimiento.<sup>74</sup>

De acuerdo con lo anterior estos mapas de ruido constituyen un engraje fundamental para llevar a cabo las estrategias de mitigación de este agente contaminante, teniendo en cuenta a su vez que no todos los departamentos del país, realizando una priorización en las ciudades capitales en el entendido de que son las que suelen concentrar un mayor número de agentes contaminantes, tráfico y que en eso se deriva el ruido, además del hecho de que poseen una mayor población por lo que su control resulta ser de mayor complejidad al que se tendría en territorios de mayor proporción. Ciudades como Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla son las que necesitan un mayor despliegue en este ámbito, por su factor de crecimiento e industrialización principalmente.

99 de 1993 en su artículo "Procedimiento Sancionatorio Ambiental a partir de la ley 1437 de 2011"

73 Término adoptado por el autor Álvaro Garro Parra en aras de armonizar y reiterar el derecho ambiental siendo parte del derecho administrativo y no como disciplinas separadas.

74 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Política de Prevención y Control de la Contaminación del Aire, año 2010.

En el año 2010, al haber formulado una política ambiental de prevención y control de la contaminación del aire, también se logró incluir al ruido dentro de esa variable, ya que con el paso del tiempo, el estado Colombiano ha reconocido la necesidad de implementar estrategias para poner fin a esta problemática debido a su creciente aumento y a que se ha visto como un problema silencioso respecto de lo que significa la contaminación del aire en general viéndose bajo un criterio de analogía constituyéndose esta como el género y la contaminación por problema de ruido como la especie.

Otra de las variables comunes que poseen la contaminación atmosférica y la contaminación auditiva son las llamadas fuentes fijas y fuentes móviles, las primeras provienen de objetos que como su nombre lo indica se hallan en una posición específica y determinada, mientras que los segundos suelen estar asociados a medios de transporte en general especialmente los más comunes como vehículos y motocicletas que suelen estar agrupados en gran magnitud respecto de los centros urbanos.

A partir del establecimiento de las diferentes variables se pueden designar entre las diversas estrategias que serán utilizadas para poder definir lo pertinente a la medición del impacto de los indicadores del ruido en Colombia en el marco de la política que se planteó anteriormente. Dentro de las metas planteadas en el documento expedido por el MABDT (2010) también se concentra la posibilidad de que existan laboratorios especializados en el país para evaluar los vehículos mediante pruebas dinámicas de emisión de gases y ruido reconocidas internacionalmente, de manera que se pueda asegurar que los vehículos que se importen o ensamblen corresponden efectivamente a los requeridos por la reglamentación vigente.

De acuerdo con lo anterior uno de los objetivos específicos suministrados para el establecimiento de esta política es el poder minimizar la generación de agentes contaminantes del aire y en consecuencia del ruido, esto, gracias al documento CONPES 3344 del año 2005 en el cual estableció las bases del plan de acción en el cual armoniza varios sectores y las futuras y respectivas medidas. Como se logra deslumbrar simple y llanamente se estableció unas bases muy amplias y muy comprometida con la calidad del aire, sin embargo, en dicho documento el tema relacionado con el ruido ambiental se logra un sin sabor referido a que el estado de una forma reiterada es la relativa novedad en la práctica, en la que en consecuencia se ha manifestado la poca tecnificación que se le ha dado por parte del estado, sino también es debido al crecimiento acelerado a través del tiempo de las

ciudades y de factores sociales en los cuales poco a poco ha de mitigar dicha política en su elaboración de estrategias dinámicas y eficaces.

Una de las razones más relevantes que pueden ser se pueden encontrar en el ámbito político, en razón a que el gobierno de entonces decidió a título de reorganizar institucionalmente la fusión de ministerio en el cual el ministerio de ambiente se fusiona con el ministerio de vivienda para lo cual se llamó Ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial<sup>75</sup> esto con el fin -en un principio- de renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva<sup>76</sup> del cual gracias a ello nació la política pública de la calidad del aire del año 2010.

Sin embargo, no está de más el profundizar que las competencias relacionadas con el medio ambiente son en cierta medida relacionadas con el tema de vivienda y el desarrollo territorial, no significa que pueda haber una afinidad total. El punto a exponer en este argumento, es que la fusión de ministerios si bien es permitida<sup>77</sup>, en ese entonces con luz verde, no fue bien vista años más tarde, ya que en varios temas medioambientales se dejó un considerable atraso por parte de dicho ministerio al adoptar competencias que en ultimas no eran originalmente pensadas a la luz de su ley, es decir la ley 99 de 1993, en consecuencia la intención de diseñar unas políticas públicas más sólidas y mejor previsibles, al menos en esta área no sucedió de la forma esperada, resultado contrario si fue en el primer objetivo del gobierno del 2002-2006 y 2010 si fue de ahorrar en materia de gasto público y en planta de personal según la noticia de la revista Semana señala en el ministerio de medio ambiente:

(...) El ex ministro Juan Mayr calificó como “un desastre” esa fusión, porque “minimizó y debilitó la gestión ambiental en el país, pues el ministerio obedeció más a la política desarrollista, sin consideraciones ambientales”.

Según Mayr, la fusión de funciones puso al ministerio en un escenario inconveniente, al señalar que se convirtió en “juez y parte”, pues al tener competencias en vivienda y desarrollo, algunas disposiciones se enfrentaban a su papel de defensa ambiental (...)” (Semana, 2010).

En ese orden de ideas, en materia del tratamiento del ruido, si bien el alcance fue significativo, no fue suficiente como se tenía esperado, ya que las

<sup>75</sup> Artículo 7° de la ley 790 de 2002.

<sup>76</sup> Artículo 1° de la ley 790 de 2002

<sup>77</sup> Esto al atributo del presidente de la república en su condición como máxima autoridad administrativa.

políticas si bien existieron también fueron algo dispersas e insuficientes por no ser tratado como un tema meramente ambiental. De tal suerte que se puede considerar, si bien no un fracaso total, si una gestión muy a medias, debido a la naturaleza del ruido y su adaptabilidad de ser molesto y en algunas ocasiones incontrolable, especialmente en las ciudades cuya acumulación de fuentes de sonido es alcanzada en niveles frenéticos.

■ El tratamiento del ruido desde el derecho comparado.

Aquí cabe resaltar la importancia del tratamiento del ruido en otras latitudes, siendo las más relevantes por el punto de vista de avances en el ordenamiento jurídico español y seguido a ello representando a Latinoamérica con el ordenamiento jurídico chileno, y en el punto de vista de las problemáticas y en el cual este punto obtiene vital importancia para conllevar una visión siquiera un poco más abierta de que el tema del ruido es un tema muy comentado en nuestro globo terráqueo del cual da hincapié que puede tener Colombia en este tema y que aspectos se han o en su defecto no se ha tratado

■ En el ordenamiento jurídico español.

Comenzando en este punto, se ha de tener en cuenta que España, para el año 2003, fue considerada la más ruidosa de toda la unión europea<sup>78</sup>. Un logro más allá que vergonzoso, preocupante para las autoridades, de la cual en su legislación tenía serios vacíos legales comprendidos del cómo manejar la problemática del ruido como un tema ambiental, con el agravante relacionado de poseer una de las metrópolis más pobladas, visitadas y, por ende, ruidosas del mundo que es Madrid.

Sin embargo, ya para el año 1986, se crea la ley 14 en la que da los parámetros generales de la sanidad en España. Luego, ya para principio de siglo, se desarrolla y nace la ley 37 de 2003<sup>79</sup> en la que basándose en el desarrollo del derecho al medio ambiente en su constitución<sup>80</sup> y asumiendo a la política del libro verde de la comisión europea, en la que especifica de forma clara y entendible todo lo relacionado en temas de la competencia, mapas de ruido, y componentes etimológicos de fuentes emisoras del ruido junto con la creación de la figura jurídica llamada zonas de servidumbre acústica, al igual que un régimen

<sup>78</sup> De Esteban Alonso, A. "Contaminación acústica y salud" Pagina 74.

<sup>79</sup> Mejor conocida como "Ley del ruido"

<sup>80</sup> Artículo 45 de la constitución española.

sancionatorio propio en el cual según lo establece la misma norma<sup>81</sup>, las reglas de procedimiento serán sometidas al proceso administrativo común<sup>82</sup> que si acordamos en el presente artículo<sup>83</sup> en Colombia se estableció un proceso sancionatorio y en si un régimen sancionatorio exclusivo en materia ambiental del cual, a diferencia del ordenamiento jurídico ibérico, no es específico del daño por la contaminación por ruido, sino para atender toda la problemática ambiental desde el punto de vista jurídico.

Tales casos difíciles de resolver al menos en materia de iniciativa gubernamental como lo es en el caso del tren atravesando el Valle del Rin -sentido sur norte- en Alemania y en Lion, Francia en donde respectivamente se encuentra problemática con el ruido producido por una cantidad considerable de maya vial al frente de la “Zona antigua” de dicha ciudad. Esto es debido a que en Alemania y en Francia hubo el auge de estas fuentes de transporte sin tener en cuenta la afectación de la contaminación auditiva en el futuro dejando serios problemas de salud y en ciertas ocasiones de control social en el cual si bien es legítimo, no genera decisiones de fondo pero si incertidumbre y tardías estrategias para siquiera tomar el estudio del ruido y su mitigación<sup>84</sup>

■ En el ordenamiento jurídico chileno.

En el ordenamiento jurídico en este país se ha desarrollado un total de nueve disposiciones relacionadas en su haber jurídico, entre la más reciente se encuentra el decreto 38 de 2011 en el cual el ministerio de ambiente regula la temática en contaminación auditiva desde el punto de vista de las fuentes fijas excluyendo efectivamente las fuentes móviles que generan este tipo de contaminante entre otras actividades tal como en el portal la B.C.N<sup>85</sup>. indica sobre lo regulado en esta norma de forma taxativa como el tránsito vehicular, ferroviario y marítimo y el tránsito aéreo<sup>86</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, este decreto estableció límites a la cantidad de presión sonora permitidas y un compilado de definiciones de

81 Esto contenido en el artículo 27 de la ley 37 del año 2003.

82 Contenida en la ley 30 del 26 de noviembre de 1992

83 Es decir, el punto 2.2. de esta investigación.

84 Párrafo basado en el documental “El ruido Mata” de Deutsche Welle (2014)

85 Biblioteca del Congreso Nacional.

86 Artículo 5º del decreto 038 de 2012.

las actividades y semántica relacionada con la temática del ruido y las fuentes de ello<sup>87</sup> entre eso se encuentra una tabla en la cual se establece las zonas contenidas en el artículo 7° de dicho decreto en concordancia con el decreto supremo 146 de 1997 junto a su manual de aplicación<sup>88</sup> en el cual obliga a este decreto en concordancia con lo establecido en el artículo 36 del D.S N°93 de 1995 en el que dice: “Artículo 36.- Toda norma de calidad ambiental y de emisión será revisada, según los criterios establecidos en este párrafo a lo menos cada cinco años” (D.S. N° 93 DE 1995, 15). y el decreto supremo 286 de 1984 del ministerio de salud en el cual establece la reglamentación de los niveles permisibles de ruidos molestos por fuentes fijas. En ese orden de ideas, solo tratan el ruido siempre y cuando se establece la fuente fija, esto para ser más pragmático, no se tratan de fuentes móviles, lo cual deja de lado una parte de la problemática.

#### ■ El Ruido Como Factor Cultural.

En este caso lo que se intenta dar a conocer es una análisis como la nueva legislación correspondiente a la ley 1801 de 2016 denominada como Código Nacional de Policía y Convivencia, en la cual se incluyeron medidas de tipo correctivo asociado al exceso de ruido tanto en los espacios comunes como en los privados, con el fin de reforzar el poder coercitivo ante este tipo de conductas, lo cual por supuesto ha traído consecuencias a nivel cultural las cuales serán analizadas en este aparte del escrito correspondiente.

#### ■ La composición de la Norma

Al momento de rastrear porque se hizo necesaria la inclusión de esta norma dentro del presente código, se deben tener en cuenta los objetivos específicos de la misma consagrados en su artículo 2°. De los cuales se extraen sus dos primeros apartes:

1. Propiciar en la comunidad comportamientos que favorezcan la convivencia en el espacio público, áreas comunes, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público.
2. Promover el respeto, el ejercicio responsable de la libertad, la dignidad, los deberes y los derechos correlativos de la personalidad humana. (...) (Código de Policía, 2016).

<sup>87</sup> Artículo 6° del decreto 038 de 2011.

<sup>88</sup> Manual de aplicación DS 146/97 MINSEGPRES.

Tomando esos dos objetivos específicos de la conformación de la norma, se establece que en primer lugar, hay ciertos comportamientos individuales que deben estar regulados en razón de lo que conlleva la exteriorización de los mismos, superando por completo la esfera de la privacidad y la intimidad preexistentes provocando una perturbación ostensible a esa comunidad a la que ese individuo pertenece, lo cual encaja de manera eficaz con lo que tiene que ver con el ruido, en el momento de que si bien es cierto utilizar algún tipo de elemento para generar un sonido con una determinada frecuencia es un acto netamente autónomo a la hora de escoger el instrumento que voy a utilizar para ello, llámese instrumento musical (batería, trompeta, guitarra eléctrica, saxofón, entre otros), herramientas de construcción (taladros, sierras eléctricas, máquinas de cemento), maquinas manufactureras, objetos cotidianos (elementos de cocina o muebles) y finalmente los “temidos” en muchos casos equipos de sonido que se convierten en un dolor de cabeza para muchos vecinos en grupos de comunidades precisamente cuando esa esfera de lo privado trasciende a lo público y termina por generar la necesidad de utilizar una norma coercitiva para mantener la armonía y convivencia pacífica dentro del grupo poblacional respectivo.

En el caso del segundo objetivo específico, el hecho de que se tenga a la libertad y a la dignidad como elementos que hacen parte de un ejercicio responsable se encuadra en lo que se ha venido tratando acerca del exceso de ruido, es decir el ser humano dentro de su naturaleza es libre o no de realizar ciertas acciones, en este caso se es libre o no de generar ruido dentro de la esfera de privacidad, pero el problema viene cuando esa esfera de privacidad como se manifestó en el inciso anterior, termina perturbando a la comunidad en general y afectando en cierto grado el derecho a la dignidad humana toda vez de que, en la actualidad se encuentran debidamente probados los efectos que conlleva el exceso de ruido en la salud humana no solo en lo que respecta a la posibilidad del daño auditivo, sino también a otro tipo de patologías a nivel físico y psicológico lo cual se quiera o no tiene que ver con la dignidad humana bajo sus tres postulados fundamentales enunciados en múltiples ocasiones por parte de la Honorable Corte Constitucional de Colombia:

La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como

ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (Corte Constitucional, 2017).

De acuerdo con el aparte anterior si se tuviese que determinar el grado de afectación existente de estos postulados en lo que respecta al exceso de ruido, lo más objetivo sería relacionarlo principalmente con el segundo y tercer postulados de esta. El segundo en cuanto a que el exceso de ruido constituye precisamente una afectación a esas condiciones materiales otorgadas o sujetas dentro de una comunidad en la que el marco de precisamente esa dignidad permite afirmar que se puede vivir bien entre otras cosas si se vive en un ambiente en donde este tipo de inconvenientes están controlados por parte de la autoridad.

Respecto del tercer postulado, haciendo una interpretación más de tipo sociológica ya que el hecho de que como ser humano tenga que exigir dentro de su comunidad algo tan simple como un ambiente sano libre de ruido excesivo puede causar conflictos internos dentro de las comunidades que a su vez desencadenan en riñas y afectaciones al orden público que terminan por afectar indudablemente este valor supremo constitucional.

En lo que concierne específicamente a cuál es la norma del Código de Policía que se consagro para sancionar la perturbación a la comunidad proveniente del ruido, el cual es el artículo 33 de este, el cual lleva como título comportamientos que afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas, específicamente lo que corresponde al numeral 1 literales a, b y c, los cuales se prosigue a transcribir a continuación:

Los siguientes comportamientos afectan la tranquilidad y relaciones respetuosas de las personas y por lo tanto no deben efectuarse:

1. En el vecindario o lugar de habitación urbana o rural: Perturbar o permitir que se afecte el sosiego con:
  - a) Sonidos o ruidos en actividades, fiestas, reuniones o eventos similares que afecten la convivencia del vecindario, cuando generen molestia por su impacto auditivo, en cuyo caso podrán las autoridades de Policía desactivar temporalmente la fuente del ruido, en caso de que el residente se niegue a desactivarlo;

- b) Cualquier medio de producción de sonidos o dispositivos o accesorios o maquinaria que produzcan ruidos, desde bienes muebles o inmuebles, en cuyo caso podrán las autoridades identificar, registrar y desactivar temporalmente la fuente del ruido, salvo sean originados en construcciones o reparaciones en horas permitidas;
- c) Actividades diferentes a las aquí señaladas en vía pública o en privado, cuando trascienda a lo público, y perturben o afecten la tranquilidad de las personas. (...) (Código de Policía, 2016).

Luego de hacer la transcripción de la norma, a continuación, se intentará hacer un desglose de cuáles son los principales problemas a los que se suelen enfrentar en materia de ruido a la hora de los dos primeros casos de la citada norma y cuales suelen ser las reacciones más comunes ante ello.

En primer lugar, el literal a), resume lo que se podía denominar como eventos de tipo social en los que usualmente por no decir que en todos los casos se utiliza música a volúmenes elevados provenientes de equipos de sonido o instrumentos como los denominados “picó” que poseen una connotación cultural en ciertas regiones del país que ha desencadenado polémica precisamente respecto de la aplicación circunstancial del Código de Policía.

Uno de los principales problemas que suelen presentarse cuando este tipo de eventos sociales se realizan en sitios abiertos especialmente en el área urbana es que el abuso en los niveles de ruido permitidos puede desencadenar en afectaciones al orden público tales como riñas, o estampidas, pues la desesperación de un grupo de personas determinado cuyas horas de descanso se vean afectadas reaccionan violentamente ante la fuente de ruido. Otro de los inconvenientes asociado al anterior tiene que ver con que usualmente cuando se hace el llamado a la policía nacional para que la fuente de ruido disminuyan, estos no aparecen, o si hacen presencia solo es por unos instantes y luego nuevamente se aumenta el volumen continuando en conflicto, por lo que parte de todo el cubrimiento mediático que se le dio a la implementación del Código de Policía tuvo que ver con tratar de generar respeto por la ley y por la autoridad que la aplica, con el fin de que disminuir las quejas asociadas a este tipo de manera eficaz.

En cuanto al literal b.) se caracteriza porque va ya directamente a una esfera más individual en la cual se enmarca que el ruido no solo pro-

viene de objetos ubicados en los inmuebles que es la noción o conflicto asociado al ruido que normalmente se tiene, sino que a su vez cobija a los bienes muebles tales como los vehículos automotores, encontrándose directamente relacionados con una práctica muy común en muchos lugares de Colombia en la cual alguien va a un establecimiento de comercio a adquirir licor y los consume en algún sitio público y adicionalmente a eso abre la parte superior de su vehículo o baja los vidrios de este y enciende el radio a alto volumen lo cual por supuesto constituye además de la multa por exceso de ruido una causal para la inmovilización del vehículo en caso de negarse a cumplir con lo que establece la ley.

Finalmente, en esta parte de la interpretación normativa a realizar, se encuentra que el literal c.) de alguna forma es dejar la norma abierta en el caso de la producción de nuevas actividades que no se encuentran enmarcadas necesariamente en lo expuesto en los dos literales anteriores intentando de alguna forma otorgar un efecto de redondez sobre la norma en cuanto a su composición y reglamentación a fin de obtener un efecto coercitivo.

#### ■ La Sanción y su Eficacia

Dentro del párrafo primero del artículo 33, analizado anteriormente en el numeral 1°. Establece como sanción a los comportamientos descritos: “Multa General tipo 3; Disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas.” (Código de Policía, 2016). Además de esto el artículo 180 de la misma norma, calcula en Dieciséis (16) salarios mínimos diarios legales vigentes (SMDLV) el valor de estas infracciones aplicadas.

Lo anterior deriva en que se entre a analizar si realmente estas multas son eficaces para modificar el comportamiento de los individuos dentro del contexto cultural en el que se desenvuelven. Esto sucede porque a pesar de que la ley exista, se tiene la noción de que esta resulta débil al interferir en ciertos comportamientos cotidianos de la vida de las personas como el caso de generar ruido en escenarios de reuniones sociales o fiestas, especialmente en épocas especiales, por eso mismo, a simple vista se diría que el hecho de que la autoridad policial y disolviera la reunión en un caso extremo no puede ser impedimento para que minutos después esta no vuelva a formarse en el mismo lugar o en uno cercano, por lo que se pone a prueba no solo el respeto

a la autoridad, sino también se intenta demostrar que para muchas personas aún es más importante su tradición que el hecho de cumplir con lo que demanda una ley que ellos mismos consideran no haber legitimado.

Se configura como un intento de advertir esa desobediencia lo establecido por el artículo 180 del Código de Policía, en el que claramente expone el hecho de que la situación económica y social no puede ser una excusa para omitir el pago de la multa tratando de visibilizar la obligatoriedad que se debe tener hacia el propósito de ser un buen ciudadano bajo lo que estipulan las diversas normas jurídicas siendo este código uno de los más conocidos e implementando estrategias pedagógicas asociadas a los casos más comunes que aquejan a la población, además de esto la utilización de los boletines de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República hasta tanto no se dé su pago. Lo cual de cierta forma le delega una función tediosa a esta entidad teniendo en cuenta su importancia de atención y vigilancia respecto de otros procesos de responsabilidad asociados a la actividad estatal en lo que se refiere a reducir la corrupción endureciendo el pie de fuerza ante ella, por lo que a la larga no resulta muy práctico realizar este proceso si la persona a la que se le impone la multa es de escasos recursos económicos o posee una condición social determinada que le impide el cumplimiento de la misma, así la ley enuncie que no puede utilizarse como excusa.

Posteriormente, de manera taxativa la misma norma policial enuncia lo siguiente:

**ARTÍCULO 183. CONSECUENCIAS POR EL NO PAGO DE MULTAS.** Si transcurridos seis meses desde la fecha de imposición de la multa, esta no ha sido pagada con sus debidos intereses, hasta tanto no se ponga al día, la persona no podrá:

1. Obtener o renovar permiso de tenencia o porte de armas.
2. Ser nombrado o ascendido en cargo público.
3. Ingresar a las escuelas de formación de la Fuerza Pública.
4. Contratar o renovar contrato con cualquier entidad del Estado.
5. Obtener o renovar el registro mercantil en las cámaras de comercio. (Código de Policía, 2016)

En el caso de la norma particular, como se puede observar si se hace una lectura netamente exegética del contenido, las limitaciones se encuentran asociadas a lo que se refiere principalmente con actividades de tipo estatal, razón por la cual se pensaría que muchas personas ignoran por completo lo descrito por la norma al no encontrarse cobijado por ninguno de los impedimentos antes enunciados, creando la percepción de que como muchas otras normas eso no sirve de nada y que es más importante como ser humano mantenerse en lo que se cree correcto dentro de su contexto cultural basado en lo que ha hecho siempre y en que la autoridad es el villano en el asunto que le compete con base en el comportamiento infringido. Esta línea de pensamiento se enmarca de manera especial si se habla del ruido, debido a la poca concientización existente en líneas generales acerca de sus efectos nocivos especialmente en zonas rurales en donde si bien es cierto los riesgos son menores, por sus condiciones geográficas existen serios problemas a la hora de la cobertura en vigilancia de este tipo de conductas asociadas.

#### ■ La Geografía del Ruido En Colombia

Esta variable por estudiar se halla directamente relacionadas especialmente con la información ofrecida por medios de comunicación respecto de cuáles son los lugares del país que generan más infracciones asociadas a los comportamientos de ruido descritos en el artículo 33 del Código Nacional de Policía.

Se encuentra en primer lugar lo relacionado con barranquilla, que “hasta febrero de 2017 se tenían 84 comparendos pedagógicos en la fase inicial de implementación de la norma, siendo la ciudad con mayor número de comparendos”. (El Heraldo, 2017). En general en la costa atlántica el ruido suele ser un fenómeno recurrente que generan conflictos entre diversos sectores de la población especialmente por las fiestas y reuniones sociales, aunque también ventas en establecimientos de comercio que exceden los volúmenes permitidos.

Otro de los ejemplos dentro de esa zona del país de como el ruido se convierte no solo en un factor cultural sino en un tema de salud pública es a ciudad de Cartagena, la cual se caracteriza en su mayoría por ser además de turística, centro de grandes eventos sociales que la constituyen como una de las más afectadas por la problemática del exceso de ruido. De acuer-

do con la información suministrada, se obtuvieron los siguientes datos:

Para que usted entienda la gravedad del asunto sepa que para la Organización Mundial de la Salud (OMS) el límite superior deseable de ruido para cualquier ser humano debería ser los 50 decibeles.

En Cartagena, en el papel, el tema está regulado. Dependiendo del tipo de zona (residencial, comercial, industrial y de tranquilidad), existen claros límites de ruido. En el caso de las zonas residenciales, por ejemplo, después de las 9:00 p.m. y antes de las 7:00 a.m. el nivel de decibeles no podría superar los 45 decibeles (esto es un televisor con el volumen medio). Pero esto rara vez se cumple. (Rodríguez, 2016).

Teniendo en cuenta lo anterior, nuevamente queda demostrado el hecho de como la ineficacia normativa en este caso se encuentra demostrada ya que además de ser un tema legal la violación de estos niveles de ruido es un tema de conciencia ciudadana, cuyo panorama al menos en principio no parece tener un nivel de mejora significativo. De acuerdo con la misma fuente de noticia:

la Avenida Pedro de Heredia, el Centro Histórico, Boca grande (tanto en la San Martín como en la Avenida Tercera) y la vía perimetral, son los puntos de la ciudad de donde llegan la mayor cantidad de quejas por ruido. El 99% de las mismas llegan por la emisión de picós, discotecas y todo tipo de establecimientos de comercio. (Rodríguez, 2016).

Con base a esos puntos geográficos, una conclusión fundamental en este caso es el hecho de que esas zonas de la ciudad son las que concentran un mayor flujo de turistas y por tanto de locales comerciales dedicados a la rumba, además de las fuentes móviles existentes como por ejemplo buses, busetas, motocicletas y demás vehículos de servicio público que transitan por estas vías principales.

Además de las implicaciones del turismo y el tránsito de vehículos, en el caso de Cartagena y Barranquilla que son las principales ciudades de la costa Atlántica acaecidas por el problema del ruido es que aunque se hayan implementado medidas para controlarlo, es poco probable que esto suceda, sobre todo si se tiene en cuenta que a largo plazo la ciudad está presentando un crecimiento desmesurado provocado en gran medida por

la llegada de la migración venezolana que desemboca en la generación de un problema de choque cultural continuo: es decir crece la ciudad porque llegan migrantes y tanto la población de la región como la foránea se reproduce, esto conlleva a que urbanísticamente las ciudades se expandan y a su vez de que si esa expansión continua de manera desbordada como se ha venido produciendo inevitablemente va a conllevar la pérdida de la sostenibilidad ambiental y el irrespeto total a las barreras de ruido por lo que de manera inevitable va a existir sobreexplotación de los recursos naturales y mayor oportunidad de que se produzcan enfermedades asociadas a los diversos tipos de contaminación, incluyendo la auditiva, que aunque parece pasar desapercibida como se ha intentado mostrar a lo largo de este texto sus efectos son igual de adversos a otros tipos más visibles como la atmosférica o la visual.

Una de las mayores fuentes generadoras de ruido y tradicionales en la zona del país que se ha analizado son los llamados picó, que hacen parte del paisaje de las reuniones sociales, rumbas, establecimientos de comercio e incluso hogares de la región norte de Colombia, pero ¿Estos picó son solo instrumentos generadores de ruido o hay un arraigo cultural e histórico asociado a los mismos como con el acordeón, la caja o la guacharaca? Para dar respuesta a ello, se recurrió a analizar la información existente respecto a estos “aparatos de sonido”, encontrando que Roberto de Zubiría en el año 2014 lanzó el documental ‘PICÓ<sup>89</sup>, LA MÁQUINA MUSICAL DEL CARIBE’ exponiendo la tradición cultural derivada de estos instrumentos que a los ojos de todas las personas son vistos simplemente como instrumentos generadores de ruido, bastante molestos e incluso causantes de riñas entre familias en los barrios populares de la Costa.

En los años cincuenta, en Barranquilla, alguien compró un equipo de sonido y decidió sacarlo a la calle y poner música a todo volumen. Al vecino le gustó, hizo lo mismo, y así siguieron otros hasta que empezaron a retarse para ver quién tenía la mejor potencia o la mejor música. Cuando menos pensaron, había más de 300 ‘picós’ en Barranquilla y Cartagena. La gente se emocionó tanto que adaptaban tubos para incrementar la potencia del sonido. Todo con tal de tener el mejor ‘picó’. (Zubiría, 2014).

El fragmento citado describe de alguna forma la manera como co-

<sup>89</sup> Expresión adaptada al español del anglicismo Pick Up. Esto explicado dentro del contenido del documental aquí citado.

menzó esa cultura en esa región caribe, que más que ser una cuestión de equipos de sonido se volvió un reto personal para quienes empezaron a dedicarse a ejercer esas prácticas en sus hogares organizando fiestas o simplemente poniendo su picó en la parte de afuera de su casa como una señal de victoria desde la supremacía de lo que significa tener uno de ellos a su servicio.

No es solo un parlante. Es una cultura de la costa Atlántica. Sobre la proveniencia del término hay dos versiones. Unos dicen que nació en Jamaica donde los disc-jockeys transportaban sus equipos en camionetas pick-up. Otros dicen que se debe al brazo de un tornamesa, también llamado pick-up. (Zubiría, 2014).

La inexactitud asociada a cómo surgió la etimología del termino evidencia el hecho de que simplemente fue algo que entro a la cultura en una época determinada y que su surgimiento fue más un hecho social que histórico, en el auge de ritmos como la champeta en esa zona del país, siendo quizás un asunto arraigado a barrios populares pertenecientes a estratos socioeconómicos bajos, ya que en este caso se hace la distinción de que los que son considerados ricos por la población en general no suelen estar tan inmersos en la cultura de la champeta ni tampoco a la presencia de picó en sus hogares o en las reuniones sociales que frecuentan. Sin embargo, actualmente a pesar de la reglamentación ya conocida en lo que concierne al Código de Policía, aunque de cierta manera se ha disminuido esta práctica en épocas del año consideradas de fiesta de manera especial su uso es inevitable y el control de las autoridades resulta insuficiente, además de lo que se ha dicho acerca de la ignorancia de muchas personas de las multas otorgadas porque sienten que de alguna forma eso no los afecta así que prefieren no pagarla.

Al seguir el recorrido en el centro del país encontramos dos ciudades principales a las cuales el tema del ruido las inquieta y causa controversia dentro del diario vivir son Medellín y Bogotá, se intentará hacer un análisis de las situaciones más comunes de cada una con el fin de establecer las diferencias respecto a la situación del ruido en el Norte del país, así como los obstáculos en este caso a la hora de enfrentar esta problemática.

En primer lugar, tenemos a Medellín, una ciudad turística y diversa no deja de ser ajena al hecho de que se presenten conflictos entre vecinos por exceso de ruido, normalmente la actitud ante el llamado de las autori-

dades es desafiante y mucho más al imponerse el comparendo que en casos de ruido es de \$393.440 pesos, las personas usualmente alegan no contar con los recursos suficientes para cancelar este tipo de cifras incluso con los descuentos ofrecidos por las autoridades por lo que de cierta forma esto causa un conflicto social al interior del segmento poblacional afectado.

En materia de cifras hasta septiembre de 2017, se determinó lo siguiente:

El 45 % de estas sanciones han sido por consumo de licores y sustancias psicoactivas en espacios públicos. Con el 25 % está el porte de alucinógenos, el 10 % por el consumo de licor en establecimientos o eventos sin autorización, 10 % por sacar perros potencialmente peligrosos sin trailla ni bozal. El restante 10 % son casos de irrespeto a la autoridad y ruido. (Martínez, 2017).

Si se tuviere que analizar de manera exegética los resultados de estas estadísticas, se diría que en principio un 10% de sanciones por exceso de ruido no es un número significativo de casos, no se puede ignorar que posiblemente exista un subregistro de casos que no se denuncian y que el consumo de alcohol está ligado de cierta forma al exceso de ruido cuando se trata de espacios públicos, dándole prevalencia especial a la primera por la afectación en materia de seguridad derivada de ella en lo que concierne a riñas entre consumidores y agresiones a la autoridad.

La Candelaria (centro), con 399; Laureles, 378; Buenos Aires, 294; Aranjuez, 246; Villa Hermosa, 232; 12 de octubre, 218; Manrique, 212; El Poblado, 204; Belén, 162; El Popular, 161; Castilla, 147; San Javier 146; San Antonio de Prado, 124; Santa Cruz, 76; Aeropuerto Olaya Herrera, 19; Terminal del Norte 15 y Terminal del Sur, 15. (Martínez, 2017).

Dentro de este marco de zonas establecido nuevamente la zona del centro se da como una de las que registra mayor número de infracciones por los factores culturales que confluyen alrededor de la misma. En el caso de la zona Laureles es una zona de la ciudad turística que presenta gran cantidad de hoteles, hostales y demás y al ser un punto de atracción hacia ese sector económico cuenta con presencia de establecimientos de comercio en los que se consume bebidas alcohólicas y se genera ruido dificultando en múltiples ocasiones el disfrute adecuado de las horas de descanso normales a los habitantes del sector al poseer una naturaleza más

residencial en comparación de la Candelaria o llamado Centro.

Finalmente, este recorrido geográfico, aterriza no solo en la ciudad más poblada del país, sino en quizás la más afectada al menos en materia de ruido en la actualidad: Bogotá, y es que la capital del país a pesar de los múltiples esfuerzos por parte de las autoridades distritales sigue manteniendo una situación crítica en lo relacionado a este tema. Según las estadísticas provenientes de la Secretaria de Ambiente del Distrito, se obtienen los siguientes resultados:

En Bogotá D.C. las fuentes móviles (tráfico rodado, tráfico aéreo, perifoneo) aporta el 60% de la contaminación auditiva. El 40% restante corresponde a las fuentes fijas (establecimientos de comercio abiertos al público, pymes, grandes industrias, construcciones, etc.). (...) La exposición continua al ruido puede ocasionar los siguientes problemas extra auditivos: No están directamente asociados a la pérdida de la audición, pero si a la alteración de la tranquilidad y bienestar de las personas: Estrés, Pérdida del sueño (insomnio), ansiedad, depresión, cambios en el comportamiento (conductas agresivas) y baja Productividad. (Secretaria de Ambiente, sf).

En este caso la autoridad administrativa por sí misma está delimitando a forma como el ruido está afectando no solo la cotidianidad de los bogotanos, sino que termina por generar efectos no deseados en materia de salud no solo física sino también mental como los enunciados en el texto citado y que a veces se pasan por alto, pero que a largo plazo pueden desembocar en problemas de salud más complejos en conexidad con la sintomatología

Uno de los datos más útiles proporcionados por la estadística oficial, es el poder delimitar los porcentajes respecto de las fuentes móviles y fijas representa el primer paso para poder encontrar soluciones eficaces al problema del ruido especialmente en puntos críticos de la ciudad en donde los efectos adversos son motivo de preocupación.

Si se aterriza hacia una zona geográfica específica de la ciudad, se tiene a la carrera 7 como uno de los puntos más críticos en esta materia usando como puntos de referencia la avenida Jiménez y la Calle 24.

La Resolución 0627 del 2006 sobre emisión de ruido y ruido ambiental establece que ese corredor, por tratarse de una zona comer-

cial, tiene dos tipos de manejo auditivo permitido: entre las 7 de la mañana y las 9 de la noche el límite máximo debe ser de 70 decibeles; y en la noche, de 9 p. m. a 7 a. m., de 55. (Parra,2017).

Lo descrito en la resolución es materia de incumplimiento, porque desafortunadamente en esta zona además de las fuentes fijas del ruido presentes en locales comerciales anunciando sus ventas a través de aparatos de sonido, existe un serio problema de invasión al espacio público por parte de vendedores informales o artistas callejeros lo que incrementa el espectro relativo al ruido e impide que el control ejercido por la autoridad sea eficaz con este tipo de población callejera y los instrumentos que utilizan concentrados especialmente en lo que se denomina comúnmente como “perifoneo” y en grupos musicales callejeros.

La decisión de decomisar las fuentes sonoras está en manos de la Policía, de la alcaldía local o en hacer un trabajo de persuasión y acercamiento a los grupos musicales. Entre septiembre del 2015 y 2016, la autoridad ambiental realizó 15 visitas a establecimientos que fueron reportados con niveles de contaminación auditiva. En siete de estos comercios se enviaron requerimientos para seguimiento con el fin de evitar la contaminación por ruido. (Parra ,2017)

A partir de lo anterior, queda demostrado el hecho de que en esta zona de la ciudad confluyen fuentes móviles y fijas del ruido, pero que las que poseen mayor dificultad de medición son las móviles provenientes principalmente de vendedores ambulantes y grupos callejeros, lo cual no permite saber a ciencia cierta cuál es el impacto auditivo que representa en comparación con el resto de estas.

Otro de las causales generadoras de ruido en Bogotá está concentrada en las llamadas zonas de rumba en las que a pesar de existir una reglamentación específica son muchas las violaciones asociadas a este caso.

Según el mapa del ruido, los sectores donde más incidentes se presentan son: la zona de rumba del Restrepo, en la localidad de Antonio Nariño; las zonas Rosa, T, G y Chapinero central, en Chapinero; Las Ferias en Engativá; el sector industrial de Fontibón; cuadra alegre (Primero de Mayo con Boyacá), en Kennedy; la zona del portal y Mirandela, en Suba. (El Tiempo,2017).

Uno de los casos más emblemáticos relacionados al tema de la contaminación auditiva fue cuando la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela se dio a la tarea de exponer la inoperancia de las disposiciones y del aparato estatal de entonces para proteger la integridad y salud de una pareja de ancianos que vivían detrás de la Iglesia Católica del Espíritu Santo, esto ubicado en el barrio La Esperanza de Villavicencio el departamento del Meta, en el que se le estaba vulnerando el derecho a la intimidad y conexamente la tranquilidad así como la vida y su respectivo conexo a la salud en el cual se le deja sin efectos las sentencias proferidas por el tribunal administrativo del Meta y del consejo de estado, en cuanto a que *a quo y ad quem* respectivamente no le dieron amparo a sus derechos en relación a que a su juicio, no se habían agotado los medios estipulados en lo dispuesto en las normas y su debido trámite dejando en su decisión que no existía perjuicio para la parte accionante para silenciar las campanas de dicha parroquia por contaminación auditiva<sup>90</sup>. Dejando de lado el criterio del perjuicio irremediable siendo esto demostrado en este fragmento de la parte motiva:

“(..). Precisamente la inoperancia de los medios administrativos previstos en el ordenamiento para el control de la contaminación auditiva hace que en este caso sea palmariamente clara la situación de indefensión en que se encuentra la actora frente al agente emisor de la contaminación. Esa situación de indefensión es la que ha tenido en cuenta la Corte Constitucional, en otras oportunidades<sup>91</sup>, como razón suficiente de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares; en la sentencia T-025/94<sup>92</sup>, se consideró al respecto:

“En el presente asunto, a juicio de la Sala, la situación de indefensión de la peticionaria respecto de la factoría de muebles es clara. Y es de naturaleza fáctica, pues frente a la emisión constante del ruido, poco es lo que la actora puede hacer para suprimir o aminorar sus causas. Podría decirse que, con protectores de los oídos, como los que recomiendan los expertos en salud ocupacional, la afectada estaría en capacidad de superar los inconvenientes. Pero ese no es el caso. El concepto de indefensión se refiere a la posibilidad de la víctima de enfrentarse con éxito al origen del problema. No se **ocupa** de las diversas alternativas para afrontar los efectos molestos

90 Tomado de la sentencia T-1666 del año 2000

91 Ver por ejemplo, las sentencias T-028 y T210 de 1994, T-357 de 1995, T-394 de 1997 y T-630 de 1998.

92 M.P. Jorge Arango Mejía.

o dañosos. Esto es obvio, si se tiene en cuenta que, prácticamente siempre, las víctimas de las contaminaciones o poluciones podrían, por ejemplo, irse del lugar afectado y, así, se llegaría a una situación -contradictoria de la ley- en la que jamás se daría la indefensión” (Sentencia T- 1666, 2000, pág. 7)

Este breve recorrido por algunos de los puntos críticos de la geografía nacional en cuanto a la problemática del ruido, se realizaron con el fin de visibilizar cuales son los factores que impiden el ejercicio adecuado de los controles por parte de la autoridad, y como la cultura del ruido en estas ciudades prevalece sobre la del cumplimiento de la norma, es decir, la mayoría de personas a pesar de ser conscientes de que el ruido excesivo no solo es molesto, sino que hace mal a la salud pasan por alto esto para seguir viviendo su cotidianidad de la misma manera en ausencia del principio de solidaridad dentro de la comunidad a la que pertenecen, proporcionando una radiografía de lo que ha sido Colombia en temas ambientales de manera especial en la última década.

## CONCLUSIONES

Con todo este bagaje jurídico en lo relacionado con el tratamiento del ruido como contaminante ambiental, se puede relacionar las siguientes conclusiones:

- En Colombia, el tratamiento jurídico en materia de contaminación auditiva; si se ha tratado de forma institucionalizada, sin embargo, el diseño de políticas públicas plasmadas en sus disposiciones ha sido dispersa en el tiempo, es decir, se ha tratado de forma paulatina disposiciones después de tantos años independientemente de la existencia de un ministerio antes del año 1993.

- Es importante resaltar, que en Colombia se ha dado un tratamiento especial relacionado con el medio ambiente desde el punto de vista constitucional (1991) lo cual es un avance de referencia para adaptar y ejecutar políticas más acordes a las necesidades de nuestro tiempo tan agitado y algo indolente con nuestro entorno.

- En materia de derecho comparado, Colombia ha tratado el ruido algo acertada, a pesar de que no existe una ley ordinaria en materia de control de ruido, tales como en el caso español en el cual se trata ya un estatuto o código del ruido en el cual se actualiza en relación de los compromisos de la comunidad europea se ha tenido esfuerzos en mantener a raya los ruidos molestos y su interacción con las ciudades. En el caso chileno, se ha tenido avances en un aspecto de las fuentes fijas del tratamiento del ruido en sus respectivas competencias en sus respectivos decretos.

-La principal norma tomada como punto de referencia respecto del régimen sancionatorio en materia del ruido por su implicación social como lo fue el código de policía, esto se realizó con el fin de analizar las causas por las cuales estas normas han sido ineficaces a la hora de modificar el comportamiento de la población respecto de la relación de muchas de sus costumbres con el ámbito el ruido negándose no solo al pago de las multas, sino siendo una ley que aparentemente se queda sin dientes a la hora de la implementación de medidas de mitigación o control adicional de este tipo de situaciones cotidianas.

- En el caso de las ciudades analizadas afectadas por la problemática del exceso de ruido, se encontró la presencia de factores no solo de tipo cultural, sino también económico relacionados a las zonas con mayor presencia de ruido, estando relacionadas principalmente con zonas de rumba o alta afluencia comercial, además de la presencia de vendedores ambulantes ubicándose dentro de las fuentes móviles, convirtiendo esto en un caldo de cultivo decisivo a la hora de caracterizar las zonas específicas que deben tener un tratamiento diferenciado desde el punto de vista ambiental y coercitivo, disminuyendo a su vez los efectos negativos a la salud humana previamente demostrados buscando una modificación en el comportamiento de este nicho poblacional.

## BIBLIOGRAFÍA

Ángel Maya, A. & Velásquez Barrero, L.S. (2008) El medio ambiente urbano *Revista Gestión y Ambiente* 11 (1), 07-20. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/9212/9853>

Biblioteca del Congreso Nacional. Guía legal sobre: Ruidos Molestos. Chile. Recuperado de <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ruidos-molestos>

Comisión Nacional del Medio Ambiente. Manual de Aplicación DS 146/97. Recuperado de [http://www.ingeachile.cl/descargas/normativa/ruido/Manual\\_aplicacion\\_DS\\_146.pdf](http://www.ingeachile.cl/descargas/normativa/ruido/Manual_aplicacion_DS_146.pdf)

Decreto 038. (21 de junio de 2012) secretaria general de la presidencia. Establece Norma De Emisión De Ruidos Generados Por Fuentes Que Indica, Elaborada A Partir De La Revisión Del Decreto N° 146, De 1997, Del Ministerio Secretaría General De La Presidencia. Santiago de Chile, Chile. Recuperado de [https://www.leychile.cl/Navegar/index\\_html?idNorma=1040928](https://www.leychile.cl/Navegar/index_html?idNorma=1040928)

Decreto-Ley 2411. (18 de diciembre de 1973) Presidencia de la República. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2811\\_1974.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html)

Decreto Supremo. N.º 93. (15 de mayo de 1995). Ministerio Secretaría General de La Presidencia de La República. Reglamento para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión. Obtenido del portal Biblioteca Virtual de Desarrollo Sostenible y Salud Ambiental de la Organización Panamericana de la Salud. Recuperado de. <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd38/Chile/CLds93.pdf>

Decreto Supremo N.º 146. (24 de diciembre de 1997). Ministerio General de la Presidencia de la República. Establece Norma De Emisión De Ruidos Molestos Generados Por Fuentes Fijas, Elaborada A Partir De La Revisión De La Norma De Emisión Contenida En El Decreto N° 286 De 1984 Del Ministerio De Salud. Santiago. Chile. 1997 recuperado de <http://www.asrm.cl/archivoContenidos/DS%20146-97%20del%20MINSEGPRES.pdf>

El Heraldo (2017). Policía ha impuesto 111 comparendos diarios en Barranquilla por el nuevo Código. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/barranquilla/policia-ha-impuesto-111-comparendos-diarios-en-barranqui->

lla-por-el-nuevo-codigo-326210

El Tiempo (2017). Hay 2.000 procesos contra ruidosos de Bogotá. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/bogota/procesos-por-contaminacion-por-ruido-en-bogota-28140>

Garro Parra A. (2013) Procedimiento Administrativo Sancionatorio Ambiental a partir de la Vigencia de la ley 1437 de 2011 Revista facultad de derecho y Ciencias Políticas Volumen 43, (118), 443-470 Obtenido <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1954/1796>

Garro Parra A. & Arroyave Soto J. H., La definición de infracción ambiental en la ley 1333 de 2009 ¿es contraria el principio de legalidad?, 2011, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia recuperado <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/11385/10398>

IDEAM, Informe sobre Ruido Ambiental, Colombia, 2017 [http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023770/Boletin\\_Ruido\\_Ambiental.pdf](http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023770/Boletin_Ruido_Ambiental.pdf)

Ley 009. (16 de julio de 1979) Congreso de la república. Por la cual se dictan Medidas Sanitarias. Bogotá D.C. Colombia, Diario Oficial No. 35308, del 16 de julio de 1979. recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1564714>

Ley 99. (22 de diciembre de 1993) Congreso de la Republica. por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia, Diario Oficial No. 41.146 del 22 de diciembre de 1993. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1635523>

Ley 1333. (21 de julio de 2009) Congreso de la Republica. por la cual se establece el ambiental y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia, Diario Oficial No. 47.417 de 21 de julio de 2009 Recuperado de [http://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677544#ver\\_1677609](http://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677544#ver_1677609)

Ley 675. (4 de agosto de 2001). Congreso de la Republica. por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal. Bogotá D.C., Colombia, Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001 recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1665811>

Ley 1801. (julio 29). Congreso de la Republica. Por medio del cual se establece el Código Nacional de Policía y Convivencia. (2016). Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1801\\_2016.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html)

Martínez A. R. (2017). 3.646 comparendos por violar el Código de Policía. Recuperado de <http://www.elcolombiano.com/antioquia/seguridad/comparaendos-por-violar-el-codigo-de-policia-YH7292706>

Martínez, Llorente, J. y Peters, J. Contaminación acústica y ruido, (2015) (editado por ecologistas en acción) recuperado de [https://www.ecologistas-en-accion.org/IMG/pdf/cuaderno\\_ruido\\_2013.pdf](https://www.ecologistas-en-accion.org/IMG/pdf/cuaderno_ruido_2013.pdf)

Ministerio de Salud y Protección Social, Estrategia Nacional Somos todos oídos, Colombia, (2017) recuperado <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/lineamientos-salud-auditiva-guia-metodologica-2017.pdf>

Ministerio de Salud y protección social, Resolución 8321 de 1983, Colombia [http://biblioteca.saludcapital.gov.co/img\\_upload/03d591f205a-b80e521292987c313699c/resolucion-8321-de-1983.pdf](http://biblioteca.saludcapital.gov.co/img_upload/03d591f205a-b80e521292987c313699c/resolucion-8321-de-1983.pdf)

Miyara, F. El sonido, la música y el ruido. (2001) Facultad de Ciencias Exactas, ingeniería y Agrimensura (FCEIA) de la Universidad Nacional de Rosario. Ciudad de rosario, Argentina. recuperado de <https://www.fceia.unr.edu.ar/acustica/biblio/sonmurui.pdf>

Ochoa Pérez, Juan, Bolaños Fernando. Medida y control del ruido, 1990, Barcelona, España, editorial Vanguard Gráfico S.A.

Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Ministerio de Salud y Protección Social, Análisis de situación de la salud auditiva y comunicacional en Colombia (por medio del Convenio 519 de 2015), Bogotá, Colombia, 2016. Recuperado <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/asis-salud-auditiva-2016.pdf>

Organización Mundial de la Salud, “Escuchar sin riesgos”, 2015 recuperado de [http://www.who.int/pbd/deafness/activities/MLS\\_Brochure\\_Spanish\\_lowres\\_for\\_web.pdf](http://www.who.int/pbd/deafness/activities/MLS_Brochure_Spanish_lowres_for_web.pdf)

Organización Mundial de la Salud, “Actuar contra la pérdida de audición Una buena inversión”, 2017 recuperado de <http://www.who.int/pbd/deaf->

ness/world-hearing-day/WHD2017BrochureSPFinal.pdf?ua=1

Parra Garro, A. Procedimiento Administrativo Sancionatorio Ambiental a partir de la Vigencia de la ley 1437 de 2011, (2013), Universidad Pontificia Bolivariana, Bogotá, Colombia, recuperado <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1954/1796>

Parra G. H. (2017). El nivel excesivo de ruido que colapsa un tramo de la carrera séptima. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16788081>

Picó La Máquina Musical del Caribe (20 de Julio de 2017). Picó: El documental [Archivo de Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=cuDf5axx-aU>

Proyecto de ley 092. (22 de agosto de 2006). Senado de la república. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental. Colombia; Gaceta del congreso No. 300 del 22 de agosto de 2006.obtenido de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=92&p\\_consec=13371](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=92&p_consec=13371)

Proyecto de ley 040. (23 de julio de 2008). Senado de la república. Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental. Colombia; Gaceta del congreso No. 300 del 22 de agosto de 2006.obtenido de <https://app.vlex.com/#vid/451465478>

Püschel Lorna, Urrutia Osvaldo. Principios del Derecho Internacional Ambiental,2011, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado de <http://ocw.pucv.cl/cursos-1/derecho-ambiental-internacional/materiales-de-clases-1/catedras/clase-3/clase-3-principios-del-derecho-internacional-ambiental-apuntes>

Reportajes y Documentales (s.f). El Ruido Mata [Archivo de Video]. Recuperado de <https://www.dailymotion.com/video/x3axdg6>

Resolución Numero 627. Ministerio de Medio ambiente y desarrollo sostenible, Colombia, 2006 <http://www.metropol.gov.co/CalidadAire/Normatividad/Resoluci%C3%B3n%20627%20de%202006%20Ruido.pdf>

Reyes Garcés, H. M. (2014). Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva? *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 51-82.

Rodríguez A.M (2016). El ruido en Cartagena está afectando gravemente su oído. Recuperado de <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/ruido-en-cartagena-puede-aumentar-221634>

Santos Ibarra, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172. Sentencia C-077. (8 de febrero de 2017) Corte Constitucional. Sala Plena M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia Referencia: expedientes D- 11275 y D-11276 obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-077-17.htm>

Sentencia T-1666. (5 de diciembre de 2000) Corte Constitucional. Sala Plena M.P. Carlos Gaviria Diaz. Bogotá D.C., Colombia Referencia: expedientes T-356.346 obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1666-00.htm>

Secretaria de Ambiente (s.f). Información general sobre la problemática de ruido. Recuperado de <http://ambientebogota.gov.co/ruido>

Universidad Externado de Colombia (Sin fecha). Manual de citación APA. Bogota D.C. Colombia: Universidad Externado de Colombia Obtenido de <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/07/Manual-de-citacion%CC%81n-APA-v7.pdf>

Zubiría R. (2014). “Esto no es solo ruido”. Recuperado de <https://www.semana.com/enfoque/articulo/roberto-de-zubiria-esto-no-es-solo-ruido/406988-3>

## ÍNDICE DE AUTORES

### CHRISTIAN CAMILO GÓMEZ GÓMEZ

Ganador del 3 concurso nacional de ensayos en derecho internacional 2017, organizado por la academia colombiana de derecho internacional, ganador del 2 lugar concurso nacional de derecho comercial para estudiantes 2017, organizado por el colegio de abogados de Medellín y la universidad externa-  
do de Colombia, ganador del tercer lugar Moot de arbitraje comercial inter-  
nacional en la ciudad de México D.F 2013, Organizado por el tecnológico  
de monterrey y centro de arbitraje de México.

### DIANA MARCELA ORTIZ TOVAR

Abogada, Docente Investigadora, Directora del Grupo de Investigación  
Cynergia, adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la  
Universidad Surcolombiana.

### DIEGO ALEJANDRO PALACIOS PARRA

Abogado, egresado distinguido de la Universidad de Nariño. Especialista  
en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia.  
Ganador del concurso universitario en técnicas de juicio oral “Sistema Penal  
Acusatorio”, organizado por la USAID y ACOFADE. Conciliador en Dere-  
cho por la Universidad de Nariño. Coordinador del Centro de Conciliación  
“Eduardo Alvarado Hurtado” de la Universidad de Nariño. Capacitador en  
Derecho Penal y Conciliación de la Universidad de Nariño. Docente del Di-  
plomado de Conciliación en Derecho de la Universidad de Nariño.



## **JESSICA TATIANA JIMÉNEZ ESCALANTE**

Abogada, Universidad Libre -Cúcuta-. Monitora del Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre –Cúcuta-. Investigadora independiente.

## **JULIANA S. DIAZ PANTOJA**

Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Col). Estudiante de Magíster en Derecho mención Derecho Familia de la Universidad de Talca.

## **ROLANDO VÍCTOR GUERRERO TENGANÁN**

Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de los Andes. Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

## **YAMAL ELÍAS LEAL ESPER**

Abogado, Esp. Derecho probatorio, Administrativo, Penal, Magister en Gestión de la calidad de la Educación superior; investigador del grupo de investigación prospectiva y desarrollo humano de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Director del Semillero en Derecho Ambiental “Ramsar”.

## COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

### MIEMBROS EXTERNOS

#### **ANA PATRICIA PABON MANTILLA**

Docente Universidad Autónoma de Bucaramanga, Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho y Especialista en docencia universitaria de la Universidad Industrial de Santander.

#### **CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA**

Docente de la Universidad del Sinú, Universidad de Cartagena y Universidad Católica. Magister en Derecho Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Sinú.

#### **ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO**

Docente Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el estado Social Universidad de Salamanca, Magister en Pedagogía de la Universidad de la Sabana, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Master oficial en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca.



## **JAIRO CABRERA PANTOJA**

Abogado, Master en Derecho Público de la Universidad Externado y Master en Derecho Ambiental Università degli Studi di Palermo, Italia . Doctor en Derecho de la Università degli Studi di Palermo, Italia

## **JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE**

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia y Juez Penal en Bogotá.

## **MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA**

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto (2012), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-, Quito (2014). Cursa una Especialización en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto. Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-. Quito

## **MIEMBROS INTERNOS**

### **OMAR ALFONSO CÁRDENAS**

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y postgrado de la U de Nariño.

### **CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO**

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Público y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Docente de Pregrado y Postgrado de la Universidad de Nariño.

## INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:



## 1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

## 2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN)

### 3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.

- 3.4. **NOMBRE DEL AUTOR:** Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. **RESUMEN:** Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. **PALABRAS CLAVES:** Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el *Thesaurus* de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (*letter*) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3...), conclusiones o

recomendaciones, y lista de referencias.

3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.

3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.

3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.

3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

#### 4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

El autor deberá enviar:

- Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)
- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

## 5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

- Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:
  - Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
  - Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
  - Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicado en otros medios.
- Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:
  - Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología,

resultados, conclusiones, y referencias.

- Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.

· Los árbitros brindarán la siguiente calificación:

- No publicable. El artículo no se publicará.
- Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación
- Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al

autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.

· La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

## 6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.

- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

## 7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: [http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

## 8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

## 9. DATOS DE CONTACTO

- Página web: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)
- Teléfono: 57 (2) 7315



## MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

### 1. CITAS

#### 1.1. CITA TEXTUAL DE MENOS DE 40 PALABRAS

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año

1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año

1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que

“la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

## 1.2. CITA TEXTUAL DE MÁS DE 40 PALABRAS

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año

1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p.22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p.22)

### 1.3. CITA DE PARAFRASEO

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

### 1.4. CITAS DE TEXTOS CON VARIOS AUTORES

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”. Muñoz y Coral (2005) consideran que...

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005)

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010)

Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010)

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

## 1.5. CITA DE TEXTOS DE AUTOR CORPORATIVO

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012)

## 1.6. CITA DE TEXTOS ANÓNIMOS

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

## 1.7. CITA DE CITA

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

## 1.8. NOTAS

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

### 1.9. SENTENCIAS

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92)

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014)

### 1.10. LEYES

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001)

(Colombia, Código Civil)

## 1. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

### 2.1 LIBROS

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales

### 2.2 LIBROS DE VARIOS AUTORES

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis editores

### 2.3 LIBRO CON EDITOR (LOS CAPÍTULOS SON ESCRITOS POR VARIOS AUTORES)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

### 2.4 LIBRO EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

### 1.5 CAPÍTULO DE LIBRO

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En:A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. Xx – xx). Ciudad, País: Editorial

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

### 2.6. ARTÍCULO DE REVISTA

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

## 2.7. ARTÍCULO DE PERIÓDICO

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp.  
Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*.  
Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

## 2.8. AUTOR CORPORATIVO – INFORME GUBERNAMEN- TAL

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de:  
<http://www.xxx.xxx>

## 2.9. TESIS Y TRABAJOS DE GRADO.

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o  
doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

## 2.10. SENTENCIAS

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto Gar-  
cía, Ciudad.

## 2.11. LEYES

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual.....”

## SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

## CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón on line disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX  
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre y/o Institución:

\_\_\_\_\_

Cédula/NIT/DNI

\_\_\_\_\_

Dirección:

Ciudad:

\_\_\_\_\_

Depto/Estado:

Pais:

\_\_\_\_\_

A.A.

Teléfono:

\_\_\_\_\_

E-mail:

\_\_\_\_\_

Pertenencia Institucional:

\_\_\_\_\_

Firma

\_\_\_\_\_



Esta obra se imprimió en los talleres de  
**“TIPOGRAFÍA IMPERIAL”**

Cra. 23 Calle 21 Esquina

Tel: 301 289 0493

Pasto - Nariño