



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 4 N° 7 - 2018

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031

Revista Científica CODEX
Volumen 4 N° 7 Año 2018

**CARLOS
SOLARTE PORTILLA**
Rector Universidad de Nariño

**MARTHA SOFÍA
GONZÁLEZ INSUASTI**
Vicerrectora Académica

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- RudeColombia.
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 Universidad
Santo Tomás. Docente de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Nariño

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial de la
Universidad Externado de Colombia.
Docente 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
Univerddidad Andina Simón Bolívar. Ex
secretario del Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina.

TERESA REYES ASPILLAGA

Título Profesional de Abogado, otorgado
por la Iltma. 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
Universidad 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”

E

ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

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
Página web revista:
<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>
ex email revista: rcodex@udenar.edu.co
Telefax: (+57) (2) 7315438
Vol. 4 N° 7. Año 2018

PORTADA EN HOMENAJE AL MAESTRO IGNACIO RODRIGUEZ GUERRERO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS -GRUPO DE
INVESTIGACIÓN CEJACENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS
UNIVERSIDAD DE NARIÑO**

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

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
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

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange. Email: [rcodex@ udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co) y en la dirección postal.

CONTENIDO

EDITORIAL.....	8
LA VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO EN LOS TERRITORIOS: UN OBSTÁCULO PARA LA PAZ.....	11
Aura Isabel Goyes Moreno	11
LA PRUEBA DE OFICIO EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN Y DE JUZGAMIENTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA	31
Angelith Alarcón Solano.....	31
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES ECONÓMICOS Y CULTURALES EN EL MARCO DE LOS NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS LATINOAMERICANOS.....	63
Diana Isabel Molina Rodríguez	63
¿DE LA ACTIVIDAD POLICIAL A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS?	85
Jorge Díaz Gil	85
Jesús David Pacheco Sarmiento	85
MIGRACIÓN, RECONOCIMIENTO Y DEMOCRACIA	107
Yefri Yoel Torrado Verjel	107
Kenny Dave Sanguino Cuéllar.....	107
ÍNDICE DE AUTORES	128
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO	130
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA	142
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA	142

EDITORIAL

HOMENAJE AL MAESTRO IGNACIO RODRÍGUEZ GUERRERO

El profesor que se atrevió a enseñar para siempre.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño en su larga historia, que se remonta a su fundación en 1.836 por don Antonio José Cháves y que llega hasta la actualidad, ha contado en sus aulas y en diferentes épocas con auténticos académicos que destacaron por su impresionante talento que les llevó a coleccionar reconocimientos nacionales e internacionales gracias a su rigurosidad como abogados o profesores. Sin duda uno los nombres que se incorporó a la constelación de eximios maestros de nuestra Casa de Estudios, es el de Ignacio Rodríguez Guerrero.

Ignacio Rodríguez Guerrero (13 de octubre de 1909 – 24 de julio de 1983) fue un humanista que tuvo una envidiable vida política, del cual puede mencionarse aquí algunas de sus ejecutorias: alcalde de Pasto, adjunto cultural de la embajada de Colombia en la ciudad de Quito, Cónsul en Francia, entre otras dignidades. Al tiempo, su vida académica es difícil de igualar: Presidente de la Academia Nariñense de Historia, Miembro de la Real Academia Española (RAE), Miembro de la Academia Colombiana de Historia, además de haber sido docente, secretario general y rector de la Universidad de Nariño, entre otras membresías y reconocimientos.

El Maestro Ignacio Rodríguez Guerrero perteneció a la élite intelectual nariñense, erudito en lenguas y extraordinario cultor del idioma español, recibió distinciones tales como: grado «Honoris Causa» en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, medalla Isabel la Católica otorgada por el embajador de España, la Cruz de Boyacá y el Premio Quinquenal Internacional «Isidro Bonsoms» otorgado por el Instituto de Estudios Catalanes de Barcelona por la obra «Tipos delincuentes del Quijote», siendo el primer latinoamericano en alcanzar tal honor.

La presente edición de la Revista Científica Codex rinde un sentido homenaje al ilustre humanista, con el fin de que las nuevas generaciones de estudiantes y abogados conozcan a

quienes con su esfuerzo, dedicación y calidad académica construyeron a lo largo del siglo XX, la imponente institución que es hoy la Universidad de Nariño.

Sea esta la oportunidad para recalcar uno de los tantos aportes que hiciera el maestro Ignacio Rodríguez a la educación nariñense, que a juicio de quien escribe estas líneas, guarda una significación especial por encontrarse retratado en el diario vivir de la comunidad universitaria, a saber: el maestro Ignacio Rodríguez es el autor del lema de la Universidad de Nariño «tanto vales cuanto es tu saber»¹.

La frase citada decora el escenario del Paraninfo de la Universidad de Nariño ubicado en la sede centro, en pleno corazón de Pasto, en su versión en latín «Tantvm Possvmvs qvatvm scimvs». Igualmente se encuentra en el escudo que adornan los actos oficiales y en el conjunto que hoy se denomina nuestra imagen institucional. Lo anterior permite concluir que la máxima está presente en la mente de quienes hacemos parte de la vida universitaria: profesores, estudiantes y administrativos.

Más allá del hecho -por sí meritorio- de la autoría de la expresión, lo interesante radica en la profundidad de su mensaje. Ignacio Rodríguez en cuatro palabras del latín expresó toda una filosofía sobre la valía y la finalidad de la educación universitaria, es un lema contrario a los valores tradicionales de una sociedad de corte capitalista y sin duda un llamado a la reflexión personal.

La frase señala que el objetivo del saber es dignificar al ser humano, que el conocimiento científico permite el crecimiento, al punto que la única posesión que otorga valía es la de la ciencia. En ese sentido, entraña un concepto de filosofía de vida en la cual el individuo no debe buscar el éxito en tesoros diferentes al de la saber, entendido éste en todas sus dimensiones: cultural, científico, humanista, artístico, en resumen, integral.

El profesor Ignacio Rodríguez esculpió el lema universitario también como un reto frente a las sociedades modernas imbuidas en una sobrevaloración de lo económico, al punto de considerarlo la medida del triunfo personal. Frente a una sociedad que señala a gritos que el ser

¹ La frase puede traducirse como «Tanto vales cuanto sabes» o incluso «Tanto poseemos cuanto sabemos». Una traducción más literal diría: «Tanto podemos cuanto sabemos». En el himno oficial de la Universidad de Nariño, tal vez como una licencia poética, se plantea la traducción que se menciona, así: «Y embriagados de místico vino/ que suscita invisible poder/ esculpieron tu lema divino/ tanto vales cuanto es tu saber.»

humano vale en cuanto tiene posesiones materiales, el profesor Ignacio Rodríguez nos impone un reto a todos los nariñenses, cuando nuestra universidad nos señala -con pausada manera- que el valor no se encuentra en las riquezas acumuladas, sino en el saber alcanzado.

Finalmente, la frase «Tantvm Possvmvs qvatvm scimvs» invita a una reflexión profunda sobre el sentido de la vida académica. Impone la obligación a quienes egresan de las aulas de la Universidad de Nariño, de dirigir su conducta siempre hacia lograr un mayor nivel de sabiduría, un conocimiento más amplio: holístico si se quiere. Nótese, que el lema concluye con la palabra «saber» no con la palabra «profesión», puesto que no es el ostentar un título universitario lo que otorga por sí solo valor y dignidad a una persona, es su amor por el saber, por el conocimiento en su más amplia y gruesa expresión.

Ignacio Rodríguez Guerrero, quien impartió clases en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, pese a su fallecimiento el 24 de julio 1983 sigue enseñando a generaciones de estudiantes y profesores, que muchas veces sin conocer su autoría, siguen leyendo en el membrete del papel oficial, en el carnet universitario, en las paredes del paraninfo, en el escudo o en la página web, la frase descollante: «Tantvm Possvmvs qvatvm scimvs» y de seguro, en más de una ocasión, una reflexión queda guardada en sus mentes. Es por ello que me atrevo a afirmar que Ignacio Rodríguez Guerrero fue el profesor que, en la Universidad de Nariño, se atrevió a enseñar para siempre.

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Docente Tiempo Completo

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

LA VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO EN LOS TERRITORIOS: UN OBSTÁCULO PARA LA PAZ.

Isabel Goyes Moreno²

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2018

Fecha de aceptación: 21 de agosto de 2018

Referencia: GOYES MORENO, Isabel (2018). *La Violencia Basada En Género En Los Territorios: Un Obstáculo Para La Paz*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 7. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Los temas expuestos en este artículo se elaboraron con fundamento en el proyecto de investigación “Observatorio de Género de Nariño” desarrollado por el grupo de investigación “Derecho, Justicia y Región “DEJURE” de la Universidad de Nariño. En él se presentará en primer lugar una rápida revisión de la normatividad internacional y nacional relacionada con los derechos de las mujeres y especialmente con su derecho a una vida libre de violencia. En segundo lugar, se indicarán algunos datos sobre la violencia física, psicológica, sexual y económica que vulneran los derechos fundamentales de las mujeres en Nariño. Estos dos acápites nos permitirán abordar el tercer punto referido a la urgencia de prevenir, sancionar y erradicar la violencia como una condición para la construcción de la paz con equidad social.

PALABRAS CLAVES: Equidad de género, derechos fundamentales, indicadores de violencia, Acuerdo de paz, paz territorial.

ABSTRACT: The topics presented in this paper were based on the research project "Nariño Gender Observatory" developed by the research group "Law, Justice and Region" DEJURE of

² Docente tiempo completo Facultad de Derecho. Directora grupo de investigación “Derecho, Justicia y Región DEJURE. Universidad de Nariño

the University of Nariño. First, a quick review of international and national regulations related to women's rights and especially their right to a life free of violence will be presented. Secondly, some data on physical, psychological, sexual and economic violence that violate the fundamental rights of women in Nariño will be indicated. These two sections will allow us to address the third point referred to the urgency of achieving social equity as a priority for the construction and consolidation of peace in the regions.

KEYWORDS: Gender equity, fundamental rights, indicators of violence, peace agreement, territorial peace.

1. INTRODUCCION

El siglo XX marcó un hito en la historia de la humanidad en referencia a las transformaciones radicales en diversos ámbitos de la vida privada, familiar, social, política y económica, sobre cuyo origen e impacto existe amplia literatura; un aspecto de todo este andamiaje que experimento cambios profundos e irreversibles, es el relacionado con el reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos. Es bueno recordar que en Colombia se inició el siglo XX con normativas que ubicaban a las mujeres en el nivel jurídico de los incapaces relativos, esto es, de quienes tienen restringidas las prerrogativas de la personalidad jurídica, razón por la cual no podían ser admitidas como testigos en los procesos judiciales, ni siquiera administrar su propio salario, circunstancia de indignidad que a lo largo de 70 años, da un vuelco radical con la consagración de leyes que no sólo reconocen y garantizan la totalidad de los derechos de libertad o políticos, de los económicos, sociales y culturales que disfrutaban los hombres, sino que además produjo un catálogo de derechos sexuales y reproductivos concernientes a su condición femenina.

Desde luego que semejante conquista jurídica no fue una concesión graciosa de los Estados, sino el resultado de procesos permanentes, sistemáticos, argumentados y valientes que las mujeres de todos los países y sus organizaciones, mantuvieron tanto frente a sus gobiernos nacionales como ante entes internacionales como las Naciones Unidas y la Organización

Internacional del Trabajo. Al comenzar el siglo XXI la realidad normativa mundial es totalmente diferente. La ratificación por la mayoría de Estados del mundo de Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación CEDAW, como las metas trazadas por los Congresos Mundiales de la Mujer, lograron posicionar los temas de mujer y de equidad de género en las agendas de todos los Estados como un eje transversal en todas las políticas públicas. La aprobación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, dejaron en evidencia desde el preámbulo, que alcanzar la equidad de género es indispensable para combatir la pobreza, la igualdad y la paz.

Para el caso de la región americana la expedición de la Convención de Belem Do Pará para la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres se convirtió en un estándar de civilidad y progreso con el que debe medirse los niveles de humanidad alcanzados por los Estados.

Este marco internacional y la realidad de la vida de las mujeres rurales víctimas del conflicto armado colombiano, fueron los que inspiraron la perspectiva de género en el Acuerdo de Paz de la Habana. Una revisión minuciosa de su contenido permite afirmar que en él no había ninguna alusión a la ideología de género, ni expresa ni tácita, entre otras razones, porque dicho concepto no es más que una falacia para distraer la atención de la ciudadanía de los problema centrales, tales como el cese al fuego, la reforma rural integral, la sustitución de cultivos ilícitos, la justicia transicional y la restauración del tejido social, aspiraciones que no serán posibles sin el compromiso de las mujeres colombianas, especialmente de las mujeres rurales que padecieron la guerra y hoy sostienen la esperanza de alcanzar la paz.

Las experiencias de otros procesos de paz en el mundo, dejó claro el rol insustituible que deben cumplir las mujeres en la etapa del postacuerdo; de allí que la resolución 1325, 1820 entre otras del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se encarguen de controlar y hacer seguimiento a las necesidades y expectativas de las mujeres. Al gobierno colombiano le corresponde elaborar informes anuales que den cuenta de la evolución de la participación de las mujeres en el proceso posterior a la firma de la paz.

Estos serán los aspectos que aborda el presente artículo: 1) Marco jurídico internacional y nacional sobre los derechos de la mujer 2) Las mujeres en el Acuerdo de la Habana y 3) la mujer y la construcción de la paz en las regiones; con esos elementos se podrán abordar algunas conclusiones generales.

2. MARCO JURIDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

La historia normativa de los derechos de las mujeres es amplia y compleja, en cuanto abarca derechos laborales, derechos políticos, derechos educativos, que empezaron en 1919 cuando la OIT con el fin de proteger a las mujeres restringió el trabajo de las mujeres en ciertas actividades y jornadas consideradas nocivas para su salud y desarrollo.

Comienza a estructurarse en 1945 con la creación de la Organización de Naciones Unidas. Al año siguiente en 1946, entró en funcionamiento la *Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer*, cuyo objetivo era “develar todas las esferas en que no existe igualdad de la mujer con el hombre” (Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 2017). Este hecho se constituyó en la primera aceptación universal a nivel estatal, de la existencia de discriminación contra la mujer derivada de razones de género. En el año de 1952, se aprobó la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, dentro de los cuales se contempló el derecho al voto, a ser elegidas, a ocupar cargos públicos o a ejercer funciones públicas sin discriminación y en igualdad de condiciones a los hombres (Convención sobre los derechos políticos de la mujer, 1952). Esta fue una conquista del movimiento de las sufragistas, adelantando bajo la orientación del feminismo liberal durante los primeros decenios del siglo XX.

Entre 1948 y 1979 se profirieron varias convenciones tendientes a proteger los derechos de las mujeres al trabajo, a la maternidad, al acceso a la vida pública, a la no discriminación en la educación, dejando a la voluntad de los Estados su implementación y cumplimiento.

En 1979 se profirió la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer CEDAW, que integra todas las convenciones parciales y

afirma de manera directa la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. La CEDAW (1979) no sólo consagró derechos para la Mujer, sino que incluyó un programa de acción para los Estados.

Este documento se construyó en torno a tres ejes: 1) derechos civiles y políticos 2) DESC y 3) Derechos sexuales y reproductivos, entre estos últimos figuran: el derecho a optar o no por el matrimonio; a Elegir cónyuge o compañero; la igualdad de derechos y responsabilidades en el matrimonio y en su disolución; Igualdad de derechos y responsabilidades frente a los hijos; iguales derechos para decidir el número de hijos y los intervalos de su nacimiento; iguales derechos en potestad, custodia o adopción; iguales derechos para elegir apellido, profesión u ocupación; iguales derechos en materia de propiedad, compra, gestión administración, goce y disposición de bienes (CEDAW, 1979).

Estos derechos fueron ratificados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena de 1993, donde se reconoció, tanto la violencia física, sexual y psicológica contra las mujeres, como la necesidad de luchar por la vigencia de sus derechos humanos, entre ellos, el derecho a ser libres de la tortura, el derecho a la no discriminación por razones de sexo y el derecho a ser valoradas por fuera de los estereotipos de género y de las prácticas culturales basadas en la inferioridad de la mujer. En tal sentido se reclama la acción decidida de los Estados para alcanzar su realización (Naciones Unidas, 1993).

Esta posición se ratificó en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing (Naciones Unidas, 1995) cuya plataforma de Acción obliga a los Estados a:

- Eliminar *todas las formas de discriminación* contra las mujeres y las niñas.
- Reconocer que los derechos humanos de la mujer *son inalienables*.
- *Erradicar la pobreza e incentivar la independencia económica* de la mujer, incluyendo la igualdad en el empleo y la remuneración. Adoptar medidas positivas para conseguir que exista un número decisivo e mujeres en puestos estratégicos de adopción de decisiones;

- Reconocer que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente al respecto, sin coerción, discriminación ni violencia.
- Revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales.
- *Fortalecer la familia*; reconocer las diversas formas de familia existentes;
- *proteger la maternidad*; trabajar para que mujeres y hombres compartan las responsabilidades familiares;
- *valorar el trabajo no remunerado de la mujer* en la familia y fomentar políticas concretas hacia los hogares encabezados por mujeres.
- *reparar* los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia en el hogar, el lugar de trabajo o la sociedad.
- *Promocionar una cultura de paz*, en particular en los medios de comunicación, mostrando a la mujer en todo su potencial creador y no en roles estereotipados;
- Fomentar el desarrollo sostenible y *asegurar oportunidades a las mujeres*, incluidas las indígenas, para que participen en la adopción de decisiones sobre el medio ambiente.
- Revisar y modificar, con la *participación plena e igualitaria de la mujer*, las *políticas macroeconómicas y sociales* con miras a alcanzar los objetivos de la Plataforma.

En 1994 la Organización de Estados Americanos promulga la Convención de Belén do Pará para la eliminación, prevención y sanción de la violencia contra la mujer, entendida como una ofensa contra la dignidad humana y una expresión de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. El artículo 4º. de este documento corrobora el derecho de la mujer al reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales, entre los cuales destaca el derecho humano a *la igualdad de protección ante la ley* (OEA, 1994).

En el año 2015 los países del mundo adoptaron 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible, con la finalidad de erradicar la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas paz y prosperidad (Naciones Unidas, 2015, pág. 2). Con miras a alcanzar su realización en el año

2030 el Objetivo 5 compromete a los países a “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas de sus derechos” (Naciones Unidas, 2015, pág. 20), razón por la cual, los Estados deben incluir en sus agendas la transversalización de la equidad de género, lo que incluye al sistema educativo en todos los sus niveles.

Desde el preámbulo se evidenció el logro de los objetivos del desarrollo sostenible no sería posible si se niega el disfrute de los derechos humanos y la igualdad de oportunidades al 50% de la población (las mujeres y niñas). De donde, “(...) La incorporación sistemática de una perspectiva de género en la implementación de la Agenda es crucial” (Naciones Unidas, 2015, pág. 7)

3. EL MARCO CONSTITUCIONAL

La historia constitucional sobre los derechos de las mujeres data apenas de 1991, gracias al trabajo de 75 organizaciones de mujeres que lograron una propuesta unificada previa a la Asamblea Nacional Constituyente, tendiente a la constitucionalización de la CEDAW (aprobada en Colombia por la Ley 51 de 1981), la misma que fue defendida por las delegadas de la Unión Patriótica (de Ayda Abello) del M-19 (María Teresa Garcés) del Partido Liberal (Mercedes Carranza). Estas conquistas constitucionales fueron:

El Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia (1991), en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoció el derecho a la igualdad, prohibió toda discriminación basada en sexo, raza, creencia religiosa y comprometió al Estado con la realización de acciones positivas tendientes a la materialización de dicha igualdad.

El Artículo 40 superior impuso a las autoridades la obligación de garantizar: “(...) la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”. Este mandato dio origen a la ley de cuotas, declarada exequible mediante la sentencia C-371 del 2000, con argumentos como el siguiente:

(...) Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a

continuación se incluyen. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2000).

El Artículo 42 constitucional, ordena a los integrantes de toda familia a generar relaciones basadas:

(...) en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. (...) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 40).

Se trata de un modelo de familia basado en la equidad de género, contrarrestando modelos patriarcales que otorgaban al pater familia la autoridad sobre sus integrantes desconociendo los derechos de la mujer y de los menores.

El Artículo 43 es la norma de la igualdad entre sexos, en ella se señaló que:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 43).

La igualdad entre hombres y mujeres hace relación tanto a derechos a oportunidades, prohibiendo cualquier forma de discriminación contra la mujer, especialmente las derivadas del estado materno que de manera expresa protegió el constituyente del 91.

Desde entonces se han expedido numerosas leyes, decretos, como la que le confiere protección especial a la mujer cabeza de familia (Ley 82 de 1993), la que redefinió la jefatura de hogar (Ley 1232 de 2008), la ley sobre no violencia contra las mujeres (Ley 1257 de 2008), la que incluyó la economía de cuidado en el sistema de cuentas nacionales lo que permite

medir la contribución de las mujeres al desarrollo económico y social del país (Ley 1413 de 2010), la que ordenó la igualdad salarial entre hombres y mujeres y prohíbe la discriminación (Ley 1496 de 2011 y Decreto 4463 de 2011), la que reguló la adopción de medidas de prevención de la violencia basada en género en el ámbito educativo (Decreto 4798 de 2011), la que garantizó el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual en el conflicto armado (Ley 1719 de 2014), la que admitió el feminicidio (Ley 1761 de 2015), la relativa a los ataques con ácido (Ley 1773 de 2016), la que incrementó la licencia de maternidad a 18 semanas (Ley 1822 de 2017), la que dictó medidas a favor de la familia (Ley 1857 de 2017), la que obliga a la educación inclusiva (Decreto 1421 de 2017).

Es evidente que las mujeres en Colombia contamos con un marco constitucional protector de nuestros derechos y un importante desarrollo legislativo. Pero ¿por qué razón las estadísticas sobre todas las formas de violencia se incrementan? Porque las normas por sí mismas, no tienen la capacidad de cambiar las realidades, porque no son más de meros instrumentos que en manos de mujeres empoderadas y de una administración de justicia comprometida con la equidad de género puede a través de la resolución de casos concretos, producir cambios culturales que en el mediano y largo plazo capaces de transformar nuestras realidades de exclusión y vulneración de derechos.

4. DATOS SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO EN NARIÑO

El informe Cifras Violeta V del Observatorio de Género de Nariño (2017) adscrito a la Universidad de Nariño, presenta datos armonizados del IDSN y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que demuestran que entre los años 2015 y 2017 las diferencias porcentuales entre hombres y mujeres se mantienen, siendo la de las mujeres (62,9%) casi el doble de la que enfrentan los hombres (37.06%).

Tabla 1. Comparativo de la situación de violencias contra mujeres 2015 - 2016 – 2017

Sexo\ año	2015	2016	2017
Hombres	32,9%	39,1%	39,2%
Mujeres	67,1%	60,9%	60,7%

Tasa de violencia contra mujeres x 100.000 mujeres. **500,01** **560,28** **603,59**

Total de eventos registrados	6.474	8.080	8.845
-------------------------------------	-------	-------	-------

Fuente: Observatorio de Género de Nariño, Cifras Violeta V, 2017

4.1. La tasa de violencia contra mujeres en Nariño

La tasa de violencia contra mujeres en el departamento de Nariño también indica un incremento permanente al pasar de 500 casos a 603 por cada 100.000 mujeres.

En relación con los tipos de violencia, los datos muestran una disminución porcentual frente al 2016 en todos los tipos de violencias contra las mujeres (física, psicológica, sexual, por negligencia/abandono y violación, así:

Tabla 2. Tipos de violencias contra mujeres 2016 – 2017

Tipo violencia	2016	2017
Agresión / violencia física	32.1%	28.75%
Agresión / violencia psicológica	2,8%	2,09%
Agresión / violencia sexual	10.97%	8,61%
Negligencia/abandono	2,29%	1,37%
Violación	1,7%	0,61%

Fuente: Observatorio de Género de Nariño, Cifras Violeta V, 2017.

Sin embargo, en este mismo período se han incrementado los casos de muerte violenta contra las mujeres, probables feminicidios, los que pasaron de 23 eventos a 31, de allí la urgencia de visibilizar estos datos y emprender políticas públicas de empoderamiento.

4.2. Formas de Violencia

En 2017, la forma de violencia con mayor registro es la física que representan el 52,12% y afecta principalmente a mujeres entre los 18 y 35 años con un 31,04%; seguida de la violencia sexual (15,61%) que se concentra principalmente en niñas entre los 8 y 13 años, lo cual constituye un dato escalofriante.

Tabla 3. Porcentaje según tipo de violencia y grupo etáreo en 2017

Etiquetas de fila	0-7	8-13	14-17	18-35	36-64	8-13	mayor de 64	Total general
agresión / violencia física	0,61%	1,30%	3,75%	31,04%	14,27%	1,30%	1,15%	52,12%
agresión / violencia psicológica	0,08%	0,15%	0,46%	1,34%	1,45%	0,15%	0,31%	3,79%
agresión / violencia sexual	2,10%	5,55%	3,29%	3,79%	0,80%	5,55%	0,08%	15,61%
negligencia / abandono	1,68%	0,34%	0,19%	0,11%	0,08%	0,34%	0,08%	2,49%
vacío / no digitado	0,08%	0,54%	3,02%	13,43%	7,50%	0,54%	0,31%	24,88%
Violación	0,04%	0,31%	0,34%	0,38%	0,04%	0,31%	0,00%	1,11%
Total general	4,59%	8,19%	11,06%	50,10%	24,15%	8,19%	1,91%	100,00%

Fuente: Observatorio de Género de Nariño, Cifras Violeta V, 2017.

4.3. Porcentaje según tipo de violencia y escenario

Según el Informe Cifras Violeta V (Observatorio de Género de Nariño, 2017) para el año 2017 en el Departamento de Nariño los espacios de mayor peligro son los hogares de las víctimas con un 67,97% seguida de la Vía pública, entendida como calle y carretera con el 21,88%. Aparece así mismo, un dato preocupante el denominado Entidad/institución estatal con un 0,60% de los casos registrados.

Las parejas o ex parejas se ubican en el primer lugar de agresores con 37,97% del total de registros de violencias hacia las mujeres, seguido de conocido (a) en un 14,05% de casos y

familiar distinto de la pareja o persona que cuida a la víctima / sobreviviente con el 12,08% (Observatorio de Género de Nariño, 2017).

De las 13 subregiones del Departamento los mayores porcentajes de violencia se concentran en Sanquianga, Pacífico Sur y Telembí, que son las regiones donde la negligencia del Estado ha permitido un reagrupamiento de diferentes grupos delincuenciales armados, que están violentando a las mujeres y generando nuevos desplazamientos (Observatorio de Género de Nariño, 2017).

La violencia física no se presenta aislada, ella va acompañada de otras formas iniquidades como la carencia de autonomía económica de las mujeres, las cuales, según datos del censo de hogares para el caso de Nariño, se ubican en el mercado laboral en las actividades sociales y de cuidado, en las del servicio doméstico y en las de hogar no remuneradas. Así mismo, para aquellas mujeres que se encuentran vinculadas al mercado laboral, la brecha salarial se ubicó en el 16%, evidenciando otros referentes de discriminación y negación de equidad, si se contrasta con el mayor grado de escolarización de las mujeres en todos los niveles del sistema educativo (Observatorio de Género de Nariño, 2017).

5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA PAZ

Suscrito el Acuerdo de Paz de la Habana (Alto Comisionado para la Paz, 2016) y una vez realizados los ajustes surgidos del plebiscito, se esperaba que su implementación fluyera de manera diligente. Por el contrario, las dificultades se encuentran al orden del día, amenazando gravemente el logro del derecho constitucional a la paz. Uno de esos obstáculos está relacionado con la vulneración de los derechos de las mujeres. De manera concreta, la violencia sexual es una de las vulneraciones más graves y frecuentes en el marco del conflicto armado (Rincón, 2017, pág. 14), la cual se utiliza como una “estrategia de guerra, como forma de tortura o de castigo combinada con prácticas de mutilación contra mujeres acusadas de simpatizar contra el enemigo, como mecanismo para humillar al enemigo” (Galvis, 2009, como se citó en Rincón 2017, pág. 15). El reciente informe de la Corporación Humanas sobre violencia sexual en Tumaco es prueba contundente de esta afirmación. (Humanas,2018).

El doble rol desempeñado por las mujeres en los conflictos armados, esto es, como integrantes de los grupos armados y como víctimas de dichos grupos, justifica plenamente la necesidad de contar con su participación activa en los procesos de búsqueda de paz. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha reconocido que los procesos de paz exitosos en el mundo fueron aquellos en los que las mujeres se comprometieron con la paz, asumiendo la cuidadosa y paciente labor de reconstruir el tejido social (Goyes, 2017).

La Resolución 1325 de 2000 expedida por el referido Consejo de Seguridad, con fundamento en la experiencia recogida en diferentes procesos de paz en el mundo, obligó a los Estados a llevar un registro de los avances en equidad de género en temas como los siguientes:

- Incrementar la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones para la prevención, la gestión y la solución de conflictos y los procesos de paz;
- Nombrar más mujeres para realizar misiones de buenos oficios en procesos de paz
- Incorporar una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de la paz y que las operaciones sobre el terreno incluyan un componente de género;
- Proteger, los derechos y las necesidades especiales de las mujeres,
- Aumentar recursos para crear sensibilidad sobre las cuestiones de género;
- Adoptar una perspectiva de género en la adopción de los acuerdos de paz que incluya:
a) Las necesidades especiales de las mujeres y las niñas durante la repatriación y el reasentamiento, la rehabilitación, la reintegración y la reconstrucción después de los conflictos; b) Medidas para apoyar las iniciativas de paz de las mujeres locales; c) Medidas que garanticen la protección y el respeto de los derechos humanos de las mujeres y las niñas;
- Tomar medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos;
- Enjuiciar a los culpables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, especialmente los relacionados con la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y las niñas;

- Realizar estudios sobre los efectos de los conflictos armados en las mujeres y las niñas, el papel de las mujeres en la consolidación de la paz y las dimensiones de género de los procesos de paz y la solución de conflictos (función de la secretaria general de las Naciones Unidas)
- Informar sobre los progresos realizados en la incorporación de las cuestiones de género en todas las misiones de mantenimiento de la paz y todos los demás aspectos relacionados con las mujeres y las niñas (función de la secretaria general de las Naciones Unidas). (Naciones Unidas, 2000).

Para el caso de Colombia, la denominada Coalición 1325 integrada por organizaciones de mujeres y redes de mujeres, como la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), Consejo Nacional de Mujeres Indígenas de Colombia (CONAMIC), Corporación de Investigación y Acción Social y Económica (CIASE), Dejusticia, Liga Internacional de Mujeres por la Paz y la Libertad (LIMPAL) Colombia y la Red Nacional de Mujeres, ha presentado informes a través de la Corporación Humanas. El Informe relativo al cumplimiento de la Resolución 1325 de 2000 en Colombia en el año 2017 (Coalición 1325 - Colombia, 2017) incluye el análisis desde una perspectiva de género del Acuerdo de Paz de la Habana y la urgencia de implementar dichos compromisos desde enfoques de: equidad de género, étnico, territorial y de los Derechos Humanos de las mujeres.

En dicho documento se recordó el transversalizar los cuatro enfoques antes mencionados, para cuyo efecto se recomienda recurrir a la interseccionalidad³ como herramienta de trabajo que permite dar cuenta de la complejidad de las relaciones sociales, en cuyo entramado actúan categorías como género, etnia, clase, orientación sexual, edad, lugar de procedencia, con la finalidad de dar respuesta pertinente a los reclamos de diversos sectores sociales (Viveros, como se citó en Coalición 1325 – Colombia, 2017).

Finalmente concluye el informe destacando que la implementación del Acuerdo de Paz pasa por el empoderamiento de las mujeres, especialmente de las mujeres rurales del enfoque de género, de las medidas acordadas en beneficio directa de las problemáticas de la mujer

³ Mara Viveros, La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. Debate Feminista, 2016. 6 Informe de Monitoreo a la Resolución 1325 en Colombia 61

campesina, pero también, tiene urgencia de concretar los compromisos de las autoridades regionales (departamentales y municipales) y del acompañamiento y sensibilidad de la sociedad civil. El Acuerdo de Paz concluyó con la firma del documento; la construcción de la paz y la implementación del Acuerdo son procesos complejos que apenas comienzan y que no podrán alcanzarse sin realizar una seria profundización de la democracia colombiana, en la cual, la participación de las mujeres no es simplemente el cumplimiento de una ley, sino la expresión de una transformación cultural que se acepta así misma como diversa y multidimensional (Coalición 1325 – Colombia, 2017). En términos de Galtung (como se citó en Rodríguez, 2015), la paz no es sólo la ausencia de guerra, sino que se trata de un concepto más complejo, en tanto se busca generar condiciones para el desarrollo integral de la vida con justicia social. Donde sea posible equilibrar las necesidades individuales de promoción humana, los anhelos colectivos de paz y las reivindicaciones específicas de más del 50% de la población que son las mujeres.

6. CONCLUSIONES

Cuando la igualdad como derecho y la no discriminación como obligación que se encuentra ya positivizada en el ordenamiento jurídico colombiano, sea una realidad en todos los aspectos de la vida de las mujeres, entonces y sólo entonces servirá para la construcción de una paz sostenible.

Les compete a los movimientos sociales y específicamente a las organizaciones de mujeres, hacer seguimiento integral a las medidas consagradas en el Acuerdo, tarea que no debería limitarse a vigilar las medidas específicas del Acuerdo que aluden o benefician al grupo social o poblacional que se representa, sino a los seis apartes del texto de la Habana.

Los cuatro enfoques con que debe abordarse la lectura y comprensión del Acuerdo de Paz (género, étnica, territorio y Derechos Humanos) como principios transversales deben guiar la aplicación del Acuerdo.

Las 122 medidas contenidas en el Acuerdo y relativas a las mujeres, no significa que el enfoque se limite a la aplicación directa a las mismas, sino que deben convertirse en fuente de

nuevos retos, propuestas, proyectos, etc. que respondan a las expectativas y retos impuestos, tales como facilitar un verdadero proceso de apertura democrática.

De conformidad con procesos de paz, que se implementan en otros espacios, se recomienda actuar de buena fe⁴. En el caso de las medidas que atienden la situación de las mujeres, las servidoras y los servidores públicos deben actuar con la debida diligencia, lo cual implica no escatimar esfuerzos para el cumplimiento efectivo del Acuerdo, que debe darse con rapidez y de la mejor manera posible.

Con fundamento en esta experiencia, el Observatorio de género de Nariño, quiere asumir el reto de elaborar el seguimiento a la Resolución 1325 en el departamento de Nariño, en la convicción de que la paz se construye desde las regiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Alto Comisionado de Paz. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Obtenido de <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Coalición 1325 – Colombia. (2017). *6 informe de Monitoreo a la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas - Colombia 2017*. Obtenido de https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/11/6InformeR1325_2017-3.pdf

Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (2017). *El empoderamiento económico de la mujer en el cambiante mundo del trabajo, conclusiones convenidas*. Obtenido de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/2810921DB5918E3C0525824E0072D5F5/\\$FILE/CSW-Conclusions-61-SP-WEB.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/2810921DB5918E3C0525824E0072D5F5/$FILE/CSW-Conclusions-61-SP-WEB.pdf)

⁴ “la exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre si”

Congreso de la República. (2 de junio de 1981). Ley 51 de 1981. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 35794 de julio 7 de 1981.

Congreso de la República. (3 de noviembre de 1993). Ley 82 de 1993. *Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 41.101, de 3 de noviembre de 1993.

Congreso de la República. (17 de julio de 2008). Ley 1232 de 2008. *Por la cual se modifica la Ley 82 de 1993, Ley Mujer Cabeza de Familia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 47.053 de 17 de julio de 2008.

Congreso de la República. (4 de diciembre de 2008). Ley 1257 de 2008. *Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 47.193 de 4 de diciembre de 2008.

Congreso de la República. (11 de noviembre de 2010). Ley 1413 de 2010. *Por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y como herramienta fundamental para la definición e implementación de políticas públicas*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 47.890 de 11 de noviembre de 2010.

Congreso de la República. (29 de diciembre de 2011). Ley 1496 de 2011. *Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 48.297 de 29 de diciembre de 2011.

Congreso de la República. (18 de junio de 2014). Ley 1719 de 2014. *Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para*

garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49.186 de 18 de junio de 2014.

Congreso de la República. (6 de julio de 2015). Ley 1761 de 2015. *Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones (Rosa Elvira Cely).* Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49.565 de 6 de julio de 2015

Congreso de la República. (6 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 modifican el artículo 351 de la ley 906 de 2004.* Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 49.747 de 6 de enero de 2016

Congreso de la República. (4 de enero de 2017). Ley 1822 de 2017. *Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 50.106 de 4 de enero de 2017.

Congreso de la República. (26 de julio de 2017). Ley 1857 de 2017. *Por medio de la cual se modifica la ley 1361 de 2009 para adicionar y complementar las medidas de protección de la familia y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, Colombia: Diario Oficial No. 50.306 de 26 de julio de 2017.

Corte Constitucional. (29 de marzo de 2000). Sentencia C-371 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, Colombia,

Goyes, I. (2004). *Maternidad, mujer y trabajo en Colombia.* Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.

Goyes, I. (2016). Enfoque de género en los acuerdos de paz. *Revista Científica Codex* 2(3): 133 - 155. Pasto, Colombia. Obtenido de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/3406>

Humanas (2018). Violencia sexual contra las mujeres en Tumaco: Documentación y reflexión sobre los daños en mujeres racializadas. Obtenido de <https://www.humanas.org.co/alfa/pg.php?pa=10&id>.

Naciones Unidas. (1952). *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*. Adoptada por la Asamblea General en Resolución 640 (VII) del 20 de diciembre de 1952. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0019.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0019>

Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW*. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Obtenido de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Naciones Unidas. (1993) *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993. Obtenido de https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

Naciones Unidas. (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. Obtenido de <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Naciones Unidas. (2000). *Resolución 1325. S/RES/1325 (2000)*. Aprobada por el Consejo de Seguridad en su sesión 4213ª, celebrada el 31 de octubre de 2000. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/1759.pdf>

Observatorio de Género de Nariño (2017). *Informe Cifras Violeta V, Dinámica sobre la situación de las mujeres en las subregiones del Departamento de Nariño*. Periodo enero - diciembre de 2017. Pasto, Colombia: ONU Mujeres. Obtenido de http://observatoriogenero.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2018/09/CIFRAS-VIOLETA_V.pdf

Organización de los Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belem Do Para"*. Obtenido de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

ONU Mujeres. (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing. Obtenido de http://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf

Presidencia de la Republica. (25 de noviembre de 2011). Decreto 4463 de 2011. *Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1257 de 2008*. Bogotá D.C., Colombia

Presidencia de la Republica. (20 de diciembre de 2011). Decreto 4798 de 2011. *Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1257 de 2008, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.

Presidencia de la República, (29 de agosto de 2017). Decreto 1421 de 2017. *Por el cual se reglamenta en el marco de la educación inclusiva la atención educativa a la población con discapacidad*. Bogotá D.C., Colombia.

Rincón, D. (2017). Las hipótesis de la investigación judicial en los delitos de violencia sexual en el marco del conflicto armado colombiano y su impacto en los derechos de las víctimas. *Revista Científica Codex* 2(3): 11 -32. Pasto, Colombia. Obtenido de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/3399>

Rodríguez, L. (2015). El derecho, la paz transformadora y la paz como valor fundante del ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva del funcionalismo estructural en Talcott Parsons y Robert Merton. *Revista Científica Codex* 1(1): 23-40. Pasto, Colombia.

Viveros, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista* 52. octubre de 2016. 1-17 Obtenido de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0188947816300603>

LA PRUEBA DE OFICIO EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN Y DE JUZGAMIENTO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN COLOMBIA⁵

Angelith Alarcón Solano⁶

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2018

Fecha de aceptación: 21 de agosto de 2018

Referencia: ALARCÓN SOLANO, Angelith. (2018). *La prueba de oficio en la etapa de indagación e investigación y de juzgamiento en el sistema penal acusatorio en Colombia*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 7. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: En Colombia, el órgano legislador, las altas cortes, los Jueces, magistrados, doctrinantes, entre otros, han tenido distintas posturas respecto del uso de la prueba de oficio en la etapa de indagación e investigación y de juzgamiento. Si bien es cierto que la jurisprudencia ha generado cambios en su utilización, existen dudas entre los operadores judiciales sobre su adecuación en los dos escenarios. Un sector de la doctrina nacional se pregunta por qué razón es válida la utilización de la prueba de oficio en el proceso civil pero

⁵ Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Este documento es resultado del interrogante que surge sobre la aplicabilidad de una figura aplicable en distintas áreas del derecho, pero que se torna distinta en materia penal debido a la particularidad de las etapas que lo componen, esta figura es la prueba de oficio. Universidad Libre – Cúcuta –, Colombia.

⁶ *Estudiante* de derecho – Universidad Libre – Cúcuta – Colombia. Investigadora del Grupo de Investigación Auxiliar de investigación de Investigación en Derecho Público de la misma universidad. Ganadora del Concurso Internacional Beatriz Quintero del V Seminario Internacional de Derecho Procesal y Justicia realizado por la Red Interinstitucional para el Estudio del Derecho Procesal y la Justicia. Ganadora del I Concurso Regional Interuniversitario “Restitución Transicional de Tierras para la Paz y la Reconciliación”. Participante del Concurso en Litigación Oral y Sistema Penal Acusatorio organizado por ACOFADE. Participante del Concurso XIX Concurso internacional para estudiantes de derecho nivel pregrado “Semilleros de derecho procesal.” Correo electrónico: anglith96@gmail.com

no en el proceso penal, lo cual da un impulso para que la investigación inicie desde ese contexto problemático.

En Colombia se ha hablado sobre la prueba de oficio, no solo en el área penal sino también en el área civil, en donde la prueba de oficio no tiene prohibición alguna, abiertamente el juez puede decretarla, por el contrario, en el proceso penal, existe una prohibición en la práctica de la prueba de oficio. El estudio sobre la prueba de oficio surge para establecer cuáles son los motivos por los cuales el legislador prohíbe la prueba de oficio en el proceso penal colombiano en amplio sentido, también se quiere mostrar ¿qué es la prueba de oficio?, más allá del concepto epistemológico, cual es la trascendencia positiva y también negativa dentro del proceso.

PALABRAS CLAVE: Prueba de oficio, sistema penal acusatorio, medio de prueba, indagación e investigación, juzgamiento, juez.

ABSTRACT: In Colombia, the legislator, the high courts, the judges, magistrates, doctrinants, among others, have had different positions regarding the use of ex officio evidence in the stage of investigation and investigation and trial. Although it is true that jurisprudence has generated changes in its use, there are doubts among judicial operators about its adequacy in the two scenarios. A sector of the national doctrine wonders why the use of ex officio evidence in the civil process but not in the criminal process is valid, which gives an impetus for the investigation to start from that problematic context.

In Colombia, there has been talk about proof of office, not only in the criminal area but also in the civil area, where the ex officio evidence has no prohibition, openly the judge can decree it, on the contrary, in the criminal process, and there is a prohibition in the practice of ex officio proof. The study on the ex officio test arises to establish what are the reasons why the legislator prohibits ex officio evidence in the Colombian criminal process in a broad sense, also wants to show what is the proof of trade?, beyond the concept epistemological, which is the positive and also negative transcendence within the process.

KEYWORDS: Proof of office, accusatory criminal system, means of proof, investigation and investigation, trial, judge.

1. INTRODUCCIÓN

La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos. (Ruiz Jaramillo , 2007)

Según Devis Echandía, la prueba puede entenderse de tres formas distintas; en primer lugar, como argumentos sobre la existencia de los hechos, en segundo lugar, como instrumentos y por último como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos.

La prueba puede verse desde tres perspectivas diferentes, la primera de ellas la contextual, la perspectiva propiamente jurídica y una perspectiva desde los sistemas procesales. La contextual, tiene que ver con los presupuestos epistemológicos y filosóficos, hace referencia al origen de ella, la relación que tiene con la ciencia.

La perspectiva propiamente jurídica del derecho probatorio, incluye un recuento del proceso histórico cultural que ha dado lugar a la prueba judicial y una exposición detallada sobre su naturaleza y los principios, conceptos y fines fundamentales que la establecen. En cuanto a la última perspectiva, es en donde la prueba se percibe en sistemas procesales, en los procedimientos y los factores que intervienen en las actividades probatorias. Existen distintos tipos de prueba dentro de los que está la prueba testimonial, la prueba de referencia, prueba pericial y la prueba de oficio.

Ahora, la prueba de oficio es una herramienta para el juzgador, además de otros elementos que hacen parte del proceso, esa herramienta hace parte del derecho procesal moderno, y solo se acude a ella cuando haya necesidad en el Proceso⁷, sigue la concesión de la prueba de oficio como se condecía en el Código de Procedimiento Civil⁸. Es un deber para el

⁷ Art. 169. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

⁸ Art. 179. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo,

juez decretar pruebas de oficio, esto cuando la situación lo amerite, es decir, debe haber necesidad para acudir a ella, con la finalidad de conocer claramente los hechos y para que el juzgador pueda hallar la verdad material. En el proceso laboral colombiano, el juez al igual que el juez civil puede estar facultado para decretar la prueba de oficio⁹ cuando considere necesario.

En los inicios del juzgamiento criminal se tenían reglas totalmente diferentes a las que hoy en día se conocen, que se apartarían radicalmente de las garantías que se han conquistado a través de la historia; estas variaciones han perforado en todos los aspectos del proceso como hoy en día lo conocemos; una de las más notorias es la que señala Roxin frente a la forma de decisión de los jueces en aquellas situaciones en las que no se encontraba prueba de los hechos en los que debiera fundamentarse la decisión. (Jaimes, 2017)

La Prueba de oficio es un tema aplicable en los escenarios procesales del derecho civil, laboral, lo contencioso administrativo y el penal, este último con algunas restricciones como se enunció y cómo se verá. Además, es palpable que la prueba de oficio es objeto de estudio del derecho probatorio y del derecho procesal, lo cual permite que el lector, obtenga un resultado propio e integral al finalizar la lectura del artículo.

El proceso penal acusatorio consta de varias etapas, la primera es conocida como etapa de indagación, que normalmente se debe realizar para que se dé continuación con la etapa de investigación, pero en caso de presentarse flagrancia se pasa por alto la primera. Estas dos son conocidas por el juez de control de garantías. La etapa de juzgamiento es considerada la decisoria, el juez de conocimiento es quien conoce y decide.

La prueba de oficio es considerada actualmente como un instrumento adecuado que contribuye en la búsqueda de la verdad, es un haz bajo la manga, lo es porque en caso de que se hayan practicado las pruebas aportadas en el proceso, no se logra esa finalidad que es hallar la verdad, el juez podrá discrecionalmente solicitar la prueba para dar el curso correcto al proceso que se lleva con el esclarecimiento que de esa prueba decretada y poder emitir

para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

⁹ Decreto – Ley 2158 de 1948, ARTICULO 54. PRUEBAS DE OFICIO. “Además de las pruebas pedidas, el Juez podrá ordenar a costa de una de las partes, o de ambas, según a quien o a quienes aproveche, la práctica de todas aquellas que a su *proceso* sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos”.

sentencia para solucionar el caso concreto. En el ordenamiento de procedimiento penal colombiano no se da una definición de prueba, pero la doctrina y la jurisprudencia la han creado. En la Ley 906 del 2004, la definición de prueba de oficio no se encuentra, solo hay una pequeña enunciación de ella y es de carácter negativo para la aplicación de la misma.

Recientemente ha cambiado el concepto de la doctrina sobre esta clase de prueba, se dice que es la actuación del juez para decretar una prueba dentro del proceso, que coadyuva a la correcta interpretación de las garantías fundamentales de la administración de justicia y para que haya una efectiva tutela de los derechos. La postura de algunos autores sobre la aplicación se basa en que el juez dentro de las etapas procesales debe estar activo y su comportamiento debe estar en pro de la verdad y la justicia, así que él debe estar dotado de todos los poderes necesarios para emanar una decisión justa, y esto solo se lograría enderezando el proceso.¹⁰

La Corte Constitucional señala en la sentencia C-396/07 que a pesar de que el sistema penal acusatorio se haya tomado de la aplicación de la justicia penal en otros países no significa que todos los elementos que conformen su sistema conformarán el Sistema Penal Acusatorio implementado en Colombia. La Corte Suprema de Justicia apoya la aplicación de la prueba de oficio por parte del juez de control de garantías.¹¹

En la Sentencia antes enunciada, la Corte señala que no está prohibido el decreto de la prueba de oficio por parte del juez de control de garantías, pero solo lo podrán decretarla cuando: “sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial”. (Sentencia C- 396, 2007)

¹⁰ Si las partes con las pruebas que previamente allegaron no logran esclarecer la situación fáctica, es decir, si tales pruebas fueron ineficaces o superfluas y con el contenido de ellas, con su controversia no se consiguió establecer un punto neutral y preciso, por ese motivo, el juez al no tener otro medio para tener conocimiento y poder tener fundamento en la decisión, debería decretar la prueba que esté haciendo falta para dar luz al camino del proceso, puesto que con la situación antes mencionada lo único que puede observar el juez es una universalidad de dudas.

¹¹ La Corte Suprema de Justicia manifestó que en ciertas ocasiones el juez de control de garantías se eximia de tal prohibición, La Corte Suprema de Justicia, a través de providencia del 2006 con radicado 24468, señaló: “a la luz de la Constitución Política la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta”. La Corte Suprema dice: “el juez por mandato legal debe hacer caso a lo que establece el sistema acusatorio implementado en Colombia, pero por motivos de índole constitucional el juez arribe la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la norma de normas”. (Casación N° 24468, 2006)

Es importante saber cuál es la aplicación de la prueba de oficio en el proceso penal colombiano, para eso se debe estudiar cuál es el orden y finalidad de las audiencias que se llevan a cabo, se debe identificar la importancia y utilidad de la aplicación de la prueba de oficio en las etapas que existen en el proceso penal en Colombia, de encontrarse se enunciará la postura positiva en su aplicación y de no ser así, se enunciará la postura que predica la eliminación total de su aplicación.

El problema de investigación puede definirse así: ¿Por qué es procedente el decreto de la prueba de oficio en la etapa de indagación y no es procedente en su totalidad en la etapa de juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio aplicable en Colombia?

La metodología es de tipo jurídico, dogmático explicativo porque busca describir la prueba de oficio en Colombia. Tiene enfoque cualitativo porque la prueba de oficio es desglosada con la muestra de sus características, de sus cualidades en los procesos jurídicos en Colombia a lo largo de los años, y es documental porque para el estudio se analiza jurisprudencia, normas constitucionales, leyes y decretos emanados por las corporaciones correspondientes.

El tipo de estudio es jurídica e histórica, el medio de prueba oficioso ha pasado por distintos matices en la norma jurídica colombiana, cada uno de los ordenamientos jurídicos tanto en materia civil, laboral y penal ha mutado, por lo que las condiciones y reglas de su aplicación, a medida que pasa el tiempo van cambiando. Además es jurídica-descriptiva, se aplica el análisis a cada una de las variables materia de la investigación, no solo se detalla la prueba de oficio sino todo el contexto para la aplicación de la misma, como lo es: la audiencia indagatoria y de juzgamiento, juez, parte, igualdad de armas, seguridad jurídica. La investigación está dirigida a contestar porque sucede determinado fenómeno, cuál es el efecto de la causa, bajo qué condiciones se presenta, en este caso el decreto de la prueba de oficio en los dos escenarios del Sistema Penal Acusatorio.

El método de la investigación es hermenéutico, se interpreta sobre las funciones de la prueba y la transcendencia de la prueba de oficio en un proceso penal. A partir de particularidades evidentes en la práctica judicial, se aplica un análisis de las ventajas y desventajas de la práctica de la prueba de oficio, de esta forma las contradicciones, deficiencias

y omisiones en el ordenamiento jurídico penal colombiano serán claras y se sabrá si realmente tales factores negativos son tan relevantes que menguan el planteamiento de la aplicación de la prueba de oficio en todo el proceso. Además, se evidencia el empleo del método de derecho comparado, en ejercicio de la búsqueda de lo que es el concepto prueba de oficio y su aplicación¹², se hace una descripción y se señala la normativa relevante de cada país que es traído a colación para tal exposición.

2. Teoría que predomina en Colombia para referirse a la prueba

Colombia se encuentra en un desarrollo tanto jurisprudencial como doctrinal en cuanto a la prueba, escritores, docentes han despertado su curiosidad sobre lo que es la valoración, el alcance y la utilidad de la prueba.

La teoría de la carga dinámica de la prueba respeta los principios de Solidaridad, Equidad, Lealtad y Buena Fe procesal. Esta teoría consiste en:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá distribuir la carga al momento de decretar las pruebas o durante su práctica, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. (Velasco Chaves, 2011)

La teoría dinámica de la prueba tiene como fin evitar la desigualdad entre las partes y la necesidad de intervención judicial. La carga dinámica de la prueba fortalece la posición de un juez lejano a la actividad decretar pruebas de oficio, pues las partes son los sujetos protagonistas y los que principalmente deben solicitarlas. Las partes son las que tienen el interés de presentar y demostrar la verosimilitud de las pruebas, para que la sentencia dictada por el juez resulte a su favor.

¹² Cada órgano legislativo de los distintos países adopta la figura prueba de oficio conforme al contexto jurídico que les identifica, por lo cual se considera importante enunciarlo para crear un esquema diferenciador en su aplicación de acuerdo al sistema de cada país. Por ejemplo, en Colombia, el Sistema Penal Acusatorio, aunque es una figura traída de los Estados Unidos, no es idéntico el sistema que se aplica aquí, eso se debe a que cada país tiene una cultura, unas normas que deben ser salvaguardadas, y una legitimidad que no se puede perder.

La prueba cumple con un rol importante dentro del proceso, porque es la que se encarga de averiguar qué tan cierto es lo que la parte dice, concreta que tan ciertos son los hechos expuestos. Cuando una prueba se práctica se cumple principalmente con la finalidad total de ella, porque no solo es plantear que cierta prueba le sirva a la parte con su enunciación, sino que debe ser demostrada, la parte desde que presenta la prueba debe saber que rumbo o que utilidad le dará a ella en medio del proceso, sino será inútil que la nombre.

a. El debido proceso

Al respecto, Valencia, A. (1988) menciona que: El origen de este derecho o principio, surgió en una idea de la Carta Magna de 15 de junio de 1215, en esta, Juan Sin Tierra "...se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de la nobleza y a no disponer la muerte ni la prisión de los nobles ni la confiscación de sus bienes, mientras aquellos no fuesen juzgados por 'sus iguales". Citado en (Zabaleta Ortega , 2017)

Del derecho ingles la idea del debido proceso pasó a la IV Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos (1968), donde se estableció: No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra allanamientos e incautaciones fuera de lo razonable, y no se emitirá ningún Mandamiento judicial para el efecto, si no es en virtud de causa probable, respaldada por Juramento o promesa, y con la descripción en detalle del lugar que habrá de ser allanado y de las personas o efectos que serán objeto de detención o incautación.

Es un principio no solo legal sino constitucional, se encuentra en el artículo 29¹³ de la Constitución Política colombiana. También es un derecho que se refiere a las actuaciones

13 Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

judiciales y administrativas. Surgió en la actualidad, es probable que en distintos escritos de autores sobre el derecho procesal de manera oculta algunas frases y conceptos se relacionarán con lo que hoy es el debido proceso, pero hasta hace pocos años empezó a desarrollarse el concepto y de esta forma en diferentes legislaciones de distintos países en América Latina para no ir tan lejos, el debido proceso se ha ido implementando y aplicando, ha sido tanto el valor que se le ha dado que si alguna de las partes o incluso el juez incurren en error las consecuencias serían negativas para todo el proceso. Es decir, que, como derecho, se presentan unas exigencias precisas que en caso de incumplirse acarrearán nulidades.

Como principio su estructura es de mandato – criterio de optimización, regulación y armonización, por lo que su aplicación abarca grandes campos.

La Corte Constitucional también ha dado aportes sobre el concepto de debido proceso, uno de ellos es manifestar cuales son los elementos que integran el debido proceso.

- a. El derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia
- b. El derecho al juez natural
- c. El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable.
- d. El derecho a la independencia del juez o funcionario. (Sentencia C- 248, 2013)

3. Concepto de prueba

La definición etimológica de prueba es la voz “prueba” deriva del latín *probatio*, palabra que proviene de *probus* (que significa bueno, recto, honrado o integro) o del adverbio *probe*, que significa honradamente.

El hecho de probar un hecho quiere decir que es demostración de algo autentico, real, probar hace referencia a una verificación o demostración de la autenticidad. (De Vicente y Caravantes, 1856, pág. 133)

En México, E. Pallares estudió la doctrina de la prueba, para él la prueba es un elemento esencial del juicio, ya que se requiere demostrar, primero, la existencia de los hechos en que los litigantes fundan sus pretensiones, segundo la verdad de las afirmaciones y razonamientos formulados en ellas. (Pallares, 1961, pág. 371)

“La prueba es la actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar convicción de una prueba persona”. (Serra Domínguez , 1981). Para Eisner Isidoro, probar es “investigar cómo ocurrieron ciertos hechos como comprobar o verificar si son exactos hechos que se han afirmado” (Eisner, 1964, pág. 87)

Otro concepto de prueba lo emite Pina, él afirma que la palabra prueba gramaticalmente, expresa la acción y efecto de probar y también la razón, argumento o instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

Los conceptos que se han generado en el transcurso de los años sobre la prueba no es idéntico, cada vez una institución o un doctrinantes da un concepto de prueba distinto al anterior, por lo que al estudiarse sobre si algo es o no prueba se tiene en cuenta un conglomerado de aserciones, y según el caso, un juzgador encaja su decisión y su proceder sobre alguna de tantas concepciones de prueba. (Contreras Rojas, 2015)

Las pruebas practicadas en un proceso judicial permiten que el juez realice un ejercicio hermenéutico, contextualizado; en un proceso penal, en la etapa de juicio oral se practican las pruebas, es ese escenario uno de los más influyentes para que el juzgador valore y juzgue bajo parámetros de observancia de derechos fundamentales, es claro, que una verdad absoluta no se logrará encontrar, pero las pruebas permitirán una verdad suficiente para dar respuesta a los planteamientos jurídicos de ese caso. (Sánchez Novoa, 2013)

3.1.¿Cuáles son los medios de prueba existentes en el ordenamiento jurídico colombiano?

En el sistema penal colombiano, en el laboral, administrativo y en el proceso civil, existen diversos medios de prueba, las funciones son similares pero cada uno de los medios aportados o solicitados al proceso correspondiente son practicados en distintos lugares¹⁴, debido a la competencia y pueden ser decretadas conforme lo considere el operador judicial.¹⁵

a. Documental

Tiene que ver con la capacidad que un papel llamado documento tiene para confirmar o refutar la existencia de un hecho. Por medio de un documento se puede representar un hecho.

El documento que se presente en un proceso debe ser visto, los sentidos deben percibir su existencia. Si quiere la parte de determinado proceso judicial que su documento tenga valor probatorio deberá alegar el original, copia autentica o copia que sea reconocida en el proceso. Una prueba documental honra los principios de publicidad y contradicción. Existe una clasificación de documentos, están los electrónicos, documento declarativo, libros y papeles de comerciantes. En los últimos años, la utilidad de los medios electrónicos ha sido notorio, por ello en la legislación colombiana en materia civil, laboral, comercial se ha ampliado el medio de prueba documental, al no solo adoptar la característica de ser tangible, palpable, pues también se considera prueba un documento electrónico, (Reyes Siniestra, 2013) el artículo 243 y 244 del Código General del proceso señalan las distintas clases de documentos.

¹⁴ Se hace referencia a distintos juzgados, corresponderá dependiendo del área en que esté el caso concreto.

¹⁵ "las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes (Peláez Mejía, 2013, pág. 32)".

e. Testimonial

Es la declaración que hace un tercero ante el juez con fines procesales sobre determinado hecho. Este medio de prueba de ser valorado, el juez debe hacer una revisión en cuanto al procedimiento que se llevó a cabo en el desarrollo del testimonio, debe ver si cumple el testimonio con los requisitos de validez como la capacidad del testigo, la inexistencia de inhabilidades, las formalidades propias de su recepción.

f. De confesión

Tiene como finalidad perjudicar al declarante o beneficiar a la contraparte. La Corte Suprema de Justicia en la Sentencia del 10 de noviembre de 2004 sostuvo: “La confesión es la expresa aceptación por parte de persona capaz de hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace... “No hay confesiones implícitas sino expresas. La confesión y la indiciaria están colocadas en distintos planos y categorías”.

La confesión se encuentra dentro de los actos jurídicos unipersonales, la confesión no es una manifestación de la voluntad. La confesión según la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en: “No está dirigida a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, como ocurre con la declaración de voluntad que le da vida aquél, sino a rendir la prueba de relaciones preexistentes de tal tipo”. (Sentencia SC-005, 2006)

g. De Inspección Judicial

Este medio de prueba le da un papel importante al juez, por medio de los sentidos del mismo, se dirá cuál es el resultado de la valoración. La parte no puede modificar o pretender que el juez perciba algo que para cada persona resulta distintos, es decir, la parte no tendrá cabida a contradecir la percepción del juez, pero si podrá controvertir el resultado de la percepción,¹⁶ la interpretación o subsunción que hizo el juez de lo visto, oído, olido, observado, analizado o palpado. Este medio de prueba muy poco es usado, en la mayoría de casos, si el juez considera

¹⁶ Esto no quiere decir que la valoración general que señala en la sentencia sea subjetiva, pues el juez deberá actuar objetivamente, la ley lo delimita para que sus decisiones no sean arbitrarias.

que a través de una prueba pericial se verifican los hechos, se omite el medio de prueba de inspección judicial.

h. Pericial

Una persona idónea, con conocimiento en el área correspondiente que tiene relación con el hecho a probar, es llamada prueba pericial. El conocimiento puede ser científico, técnico o artístico. El perito¹⁷, debe presentar un informe pericial en donde da a conocer desde su punto de vista, con fundamento en la experiencia al juez, que viabilidad y que falsedad existe en lo que se pretende probar. Cabe resaltar que no es el perito con su conocimiento científico quien da la última palabra, es el juez el que hace ese trabajo, el perito solo le plantea una posible solución o salida al juez del entramado en el que se encuentra el proceso.

i. Oficiosa

Es aquella decretada por el juez, las partes pueden controvertirla, pero nace del decreto directo del juzgador. En el proceso civil es permitida, pero en el proceso penal en Colombia reina la prohibición de la misma.

La finalidad principal de aplicar la prueba de oficio no es enderezar los errores de las partes en cuanto al material probatorio, el juez actuando bajo el principio de imparcialidad tiene la obligación de actuar conforme a lo que predica el Estado Social de Derecho, los operadores de la administración de justicia deben conducirse para encontrar la verdad. (Vicuña de la Rosa & Castillo Galvis, 2014, pág. 162)

3.2.La prueba de oficio

En otros países la prueba de oficio ha sido catalogada como una regla necesaria dentro del proceso penal, la prueba de oficio es para el juez la última herramienta a la que debería acudir, esto, en caso de verse impedido a dar una decisión por la carencia de contenido de las pruebas

¹⁷ Persona experta en determinada materia.

aportadas por las partes, que previamente fueron practicadas llegando el juez a la conclusión de la valoración a algo poco trascendente para emitir su providencia.

La prueba en todos los procesos, en todas las jurisdicciones en su ámbito probatorio tiene la misma función y es ayudar al esclarecimiento de los hechos, inicialmente ayudará a la demostración de la verdad de un hecho, permitirá que el juez desde su escenario contemple si los hechos evocados son ciertos a través de la práctica de la prueba. Para llegar a ese conocimiento hay distintos medios, uno de ellos es la prueba de oficio, por los demás que son a petición de parte como por ejemplo la prueba testimonial puede evidenciarse a través de las decisiones del juez, que es un medio probatorio en donde su uso es frecuente. Los medios de prueba son llamados también medios de convicción, porque sobre lo que resulte de la demostración de ellos dará certeza al juez para que pueda emitir una decisión.

Las pruebas nutren el derecho probatorio, la prueba es un acto o conjunto de actos. Cuello Iriarte, G. dice: “Las pruebas son entendidas como el acto o conjunto de actos, cuyo artífice es el sujeto del derecho —la persona en cualquiera de sus manifestaciones y papeles en el mundo jurídico— encaminados a la verificación de la veracidad de un juicio social, científico, fáctico y reconstructivo de carácter jurídico, con una utilidad a la vez social y judicial”. (Citado en (Cuello Iriarte & Cuello Hermida, 2004).

Finalmente, si algún medio de prueba enunciado resulta ser violatorio de principios y garantías procesales, automáticamente, deberá ser excluido del proceso (Sanabria Villamizar, 2014). El artículo 23 del código de procedimiento penal señala que la exclusión de la prueba es procedente cuando hay violación a garantías fundamentales, y al constatarse tal situación de pleno derecho debe ser declarada nula. Si en un caso, eso llega a ocurrir, es decir, si alguna prueba que inicialmente parecía útil y que era la de fundamento para la decisión final en un proceso judicial, pero que, en el transcurso del mismo, el juez señala que es susceptible de ser declarada nula de pleno derecho por ser violatoria de garantías constitucionales, de no existir más pruebas relevantes, el juez podría dar solución al caso con el uso de la prueba de oficio.

3.3. Concepto jurisprudencial de la prueba

La prueba de oficio en el proceso penal colombiano ha sido motivo de discusión académica, por lo que ciudadanos, docente, doctores que al saber que no hay posibilidad de la práctica de la prueba de oficio¹⁸ en el proceso penal colombiano, realizan demandas de inconstitucionalidad¹⁹, proyectos, escritos, fundamentando por qué debería implementarse dentro del proceso penal, como hay otra parte que sigue fundamentando su prohibición.

En la sentencia C-396 del año 2007 señaló que debía haber prohibición de la prueba de oficio en la audiencia preparatoria.

La Corte suprema de Justicia se enfoca en el principio de igualdad de armas dejando claro que es importante que las partes no todas las veces se encuentran en una misma situación. La Corte Suprema va en contrariedad con lo que emite la Corte Constitucional en sus sentencias, puesto que la primera considera que la limitación impuesta a los jueces de conocimiento para decretar pruebas de oficio puede sacrificarse para honrar el principio de igualdad de armas.

En la Sentencia del 30 de marzo del 2006, la Corte Suprema de Justicia, refiere que el principio de igualdad de armas entre la Fiscalía y la defensa debe además de reconocerse, hacer lo posible por verse materializado en el proceso, considera que las partes del proceso penal deben actuar desde el mismo plano, deben vincular su teoría del caso y sus pruebas a conocimiento del juez, encargado de resolver el asunto en justicia. (Casación N° 24468, 2006)

En la misma sentencia del 2006, la Corte señala que el Juez penal está en la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, prohíbe el decreto a la prueba de oficio, esto es un mandato legal. Aunque refiere que salvo por motivos de índole constitucional el juez manifieste que es de carácter urgente decretar la prueba de oficio, deberá argumentar y decir claramente las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales. Solo en estos casos, el juez podrá decretar una prueba de oficio.

En el proceso civil colombiano se permite la prueba de oficio, en la Sentencia SU 768 del 2014, la Corte Constitucional señala:

¹⁸ Restricción total en la Etapa de Juzgamiento, en la etapa de Indagación e investigación es procedente, pero con bases sólidas en los argumentos dados por el juez.

¹⁹ El órgano legitimado para resolver este tipo de demandas es la Corte Constitucional en primer lugar.

En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes. (Sentencia SU 768 , 2014)

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 591 del año 2005 habla sobre el sistema penal acusatorio, es este sistema se impone una prohibición a la práctica de la prueba de oficio como regla general. Por eso cabe mencionar lo señalado por la Corte, que al interpretar deja evidenciar que el juez ya no está bajo un sistema de tarifa legal en donde se limitaba a la norma, en donde solo cumplía con unas premisas dadas por la ley.

“En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus”. (Sentencia C-591 , 2005)

Cuando un juez decreta y practica una prueba de oficio, los siguientes principios siguen respetándose: “i) La legalidad pues es allegada dentro de un proceso y ante un Juez; ii) la publicidad al ser incorporada ante todos los que deban y quieran asistir, dentro de un juicio oral; y, iii) la contradicción, en la medida en que nada disminuya ni coarte la facultad de controvertir los elementos de comprobación, que siempre podrán ser debatidos en la audiencia pública, provenga de quien proviniera la iniciativa”. (Sentencia C- 396, 2007)

3.4.¿Qué dice y qué ha dicho la doctrina sobre la prueba?

Francesco Carnelutti ha estudiado la prueba, desde distintos puntos de vista, no solo lo ha visto desde la plataforma del derecho civil, sino que también ha aportado al derecho penal en este aspecto. Por ejemplo, en materia civil, habla de la posición que la prueba tiene dentro de la norma jurídica, en donde apoya la postura en que el juez debe atenerse estrictamente a la realidad.

“La prueba de oficio” a aquella actividad probatoria tendiente a esclarecer los hechos controvertidos, cuya producción ordena el juez sin que exista petición de parte para realizarla. “Proceso adversarial” a aquel en el cual el inicio, la alegación de hechos y el impulso corresponde a las partes y no al juez. Y “proceso inquisitivo” a aquel en el cual el inicio, el impulso y la investigación de los hechos corresponde al juez. (Arruiz, 2016)

“La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba, al lado de una noción técnica. Y que esta varíe según la clase de actividad o ciencia que se aplique”, (Devis Echandía, 2012, p.9),

“El concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable, para cualquiera que haga ya no derecho sino historia”. (Carnelutti, 1955, p.4).

La doctrina ha adoptado distintas posiciones para definir la prueba, algunos de los autores de esos conceptos son, Devis Echandía quien en su libro la Teoría general de las pruebas judiciales, habla sobre la prueba. Jordi Ferrer Beltrán, en su libro La valoración racional de la prueba, publicado en el 2007. Marina Gascón Abellán, en su libro Los hechos en el derecho:

bases argumentales de la prueba, publicado en el 2004. Joan Picó I Junoy, en su libro El derecho a la prueba en el proceso civil, publicado en 1996, Juan Montero Aroca, en su libro, La Prueba en el proceso civil, publicado en el 2007.

De igual manera otro doctrinante interesado en dar evolución conceptual a la prueba ha sido Jordi Nieva Fenoll, en su libro La valoración de la prueba, publicado en el año 2010, además de dar su definición, explica los sistemas aplicados en la mayoría de países para la valoración probatoria. Manuel Serra Domínguez, publicó su libro De la prueba de las obligaciones, en comentarios del Código Civil y compilaciones forales, en el año 1981 fue publicado. Por último y no menos importante las obras escritas por Michelle Taruffo (Taruffo, La prueba, 2008), quien ha sido considerado uno de los padres del derecho probatorio, puesto que ha sido guía para la mayoría de doctrinantes antes mencionados; una de sus obras publicadas es, La prueba de los hechos, que fue traducida por Jordi Ferrer Beltrán en el año 2005, otra publicación que fue traducida por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán es La prueba del año 2008, y también el libro: Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos, obra traducida por Daniela Accatino Scagliotti, publicada en el año 2010.

“El derecho a la prueba es un derecho de rango constitucional inmerso en la tutela efectiva y el debido proceso, que participa de la naturaleza compleja de estos, pues se implica con el derecho de defensa, derecho a ser oído, a contradecir y a la decisión conforme a derecho”. (Rivera Morales, 2012)

4. Derecho comparado: la prueba de oficio

Para dar un panorama de lo que ha evolucionado la prueba de oficio se mostrará la aplicación de esta en distintas partes del mundo, lo reglamentado en esos países ha sido guía para el legislador colombiano.

Las Siete Partidas, que, en el Siglo XIII, fueron sancionadas por Alfonso el Sabio, se encuentra

el contenido sobre la prueba de oficio en la Partida Tercera, Título IV, Ley XI.²⁰

En Bolivia, conforme a lo dispuesto en las partidas elaboradas, a través del código de procedimientos Santa Cruz en 1833 dieron paso al concepto de prueba de oficio, en España ocurrió lo mismo, en sus Leyes de 1831 y 1855 se puede encontrar qué posición tenía la prueba de oficio en procesos judiciales. En La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, en su artículo 48 establecía lo siguiente:

"Artículo 48. Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer:"

1. Decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes."

2. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados."

3. Decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesarios."

4. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito". (Ley de Enjuiciamiento Civil, 1855)

De igual manera, países como Perú, México, Italia, Argentina, han tenido cambios en la Legislación frente a la prueba de oficio, esta prueba ha ocupado espacios de la normatividad desde una cantidad significativa de años.

Perú, con el Código de procedimiento Civil del Perú²¹, elaborado en 1904 y 1908. Según, Carlos Parodi, "el juez podrá disponer de oficio la prueba que juzgue conveniente en orden al mejor esclarecimiento de los hechos, así como intervenir en su actuación, como la

²⁰ "Verdad, es cosa que los juzgadores deuen catar en los pleytos, fobre todas las otras cosas, del mundo e por ende, quando las partes cotienden fobre algund pleyto, enjuyzio, deuen los juzgadores, fer acuciosos en puñar, defaber la verdad del por quantas maneras pudieren. "Primeramente, por conofeencia, que fagan por fi mifmos el demá-dador, e el demudado en juicio, o por preguntas que los juezes fagan a las partes en razón de aqllas cosas fobre que es la contienda. Otrofi por jura: jén la manera que diximos ene! título do fabla della. Porque quando por ningunadeftas carreras, non pudieren los juzgadores faber la verdad han de recibirteñtigos, los que las partes traxeren. para prouar fus intenciones, tomandolajura, ante ellos paladinamente, ante las partes, e recibiendo despues losdichos de cada vno por fi en poridad: e en logar apartado. E fobre todo, fi por preuillejos, o por cartas valederas, o por fçnales manifiestas, o por grandes fofpechas, non la pudieren faber, deuen fazer en la manera que moftramosen las leyes deste libro, o en los logares do fabla. en cada vna deftas razones. E quando ftopieren la verdad deuen dar fu juicio, en la manera que entendieren, que lo han de fazer fegund derecho"

²¹ Ley que sustituyó las leyes españolas, ley que mantuvo el dispositivo del código de 1852, la escrituralidad era esencial. Solo en los juicios sumarios, los mismos de menor cuantía, en teoría la oralidad y la inmediación deben darse.

excepción de los testigos y el juramento decisorio, salvo que en el primero de estos dos supuestos hayan sido ofrecidos o citados por algunas de las partes”.

En el artículo 340 del Código de procedimientos Civiles del Perú se encuentra el Artículo 340, “Los jueces, en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y juramento decisorio, "Es inapelable el auto en que el juez ordena una prueba de oficio".”

En México en 1932 en el Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, declara que el jueces o magistrados, si consideran necesario el decreto de una prueba para ampliar la verdad sobre los hechos versados, la prueba de oficio será practicada.

Artículo 278.- Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Artículo 279.- Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en toda su igualdad. (Código de Procedimientos Civiles para el distrito federal, 1928)

De acuerdo a la normatividad mexicana, a los jueces, magistrados o encargados de las altas cortes podrán realizar las pruebas de oficio, atribuyéndose potestad, deberá tenerse en cuenta los derechos de las partes, como lo es la igualdad y el principio de imparcialidad también deberá permanecer intocable.

En países como Portugal, la prueba de oficio no fue alejada en su totalidad, en sus nuevos Códigos de procedimientos penales al igual que Colombia han ido adoptando una tendencia acusatoria para el desarrollo del proceso. Aunque se permita en ciertas ocasiones su práctica no puede decirse que el sistema adquirido haya perdido credibilidad, solo se dan excepciones.

En Portugal el juez es autorizado a decretar pruebas de oficio en su artículo 268 del Decreto Ley 78 de 1987, se muestra tal consideración.

En Argentina en la Ley 23984 de 1991 en su artículo 388, considera el legislador que en caso de que la controversia en un proceso da como fruto otros medios de prueba, es decir, nunca antes mencionados y que sean útiles para salvar un proceso del que no se halla principio y fin claro, en este caso podrá el juez decretar oficiosamente la prueba de la que se ha venido hablando.

En España por regla general las pruebas que se practiquen en la audiencia solo serán por solicitud de parte, pero hacen un paréntesis en medio de la norma exceptuando ciertas circunstancias que se verán a continuación:

Art. 728. “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

Art. 729. “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1°. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio²², o a propuesta de cualquiera de las partes.

2°. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3°. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.” (Ley de Enjuiciamiento Criminal - Real Decreto de 1882, 1882)

En Italia, su ordenamiento jurídico con materia en Procesal Penal, dispone que: “En el ámbito material del enjuiciamiento viene dado por las pretensiones de las partes a las que compete indicar los elementos de prueba. El juez se limita a pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas y puede disponer, incluso de oficio, la asunción de nuevos medios de

²² Da paso a la práctica de la prueba de oficio, es una excepción, pero al igual que en Colombia puede darse bajo ciertos argumentos por parte del juzgador.

prueba, sólo: “concluida la práctica de las pruebas interesadas por las partes y si resulta absolutamente necesario”. (Pepino, 2002)

En Venezuela en su artículo 359, - Nuevas Pruebas, dispone que de manera excepcional podrá el tribunal ordenar de oficio la recepción de cualquier prueba, esto podrá darse si surgen hechos nuevos o circunstancias nuevas en el transcurso de la audiencia, cabe resaltar que las pruebas también deberán ser solicitadas por la parte, lo que les concierne a ellas deberá ser agotado antes de la actuación del tribunal. (Código Orgánico Procesal Penal , 2001)

Los países expuestos en párrafos anteriores, como se pudo ver, presentan distintas formas y reglas para la aplicación de la prueba de oficio, todos están enmarcados en el sistema penal acusatorio que también es adoptado por Colombia²³, de acuerdo a la estructura penal de cada país como regla general el Ministerio Público o la Fiscalía son las instituciones encargadas de recaudar pruebas. Una característica del proceso penal es ser declarativo, el juzgador en el momento de tomar la decisión final del caso en concreto explica si las pruebas allegadas dan fundamento a los hechos en que se señala que un individuo incurrió en un tipo penal, las pruebas cumplen una función indispensable, a falta de ellas no habría como demostrar la situación fáctica que se pretende hacer valer. (Polanco Polanco, 2015, pág. 231)

Surge la pregunta, ¿la práctica de la prueba de oficio cambia la estructura del sistema penal? ¿es totalmente fuera de la lógica judicial que el juez practique la prueba de oficio?

Para dar respuesta a la pregunta inicial, conforme a la legislación de los demás países, el sistema penal no tendría mayores cambios en su gran esfera si el juez decreta la prueba oficiosamente. El juez debe proferir un fallo justo e imparcial, si él no tiene en cuenta otros caminos que ayudan al esclarecimiento de los hechos sin inclinarse para alguna parte, estaría siendo estrecho en lo que le corresponde como administrador de justicia o quizá no sea necesaria la práctica porque sería arbitraria su actuación ya que pondría en tela de juicio otros principios procesales, debido al interés de más en el proceso concreto.

²³ A partir de la Ley 906 del 2000.

Para dar respuesta a la segunda pregunta, consideraría que, si el juez se ubica en una posición clara y directa de lo que quiere con el decreto de la prueba de oficio, si actúa con transparencia en cada actuación frente al proceso, solo está cumpliendo con su función. El silogismo²⁴ en el que muchos juzgadores se basan para no ir más allá de lo que la Ley estipula puede ser arma de doble filo para las personas que se encuentran en medio de un proceso en donde su libertad está en cuerda floja debido a la carencia de pruebas. Incluso se puede haber un exceso de aplicación de legalidad contra los derechos fundamentales del procesado.

En Colombia a través de la constitución de 1991, en su artículo 29, el derecho a probar es constitucional, se da un gran valor al principio del debido proceso que también es visto realizado como un derecho. El derecho del debido proceso reúne garantías no solo procesales, sino que también sustanciales, pues brinda estabilidad a la norma y de forma práctica incita a los administradores de justicia a actuar de forma correcta, de lo contrario, quien falte al debido proceso asumirá consecuencias poco agradables.

5. Conclusiones

1. En la primera etapa el juez de control de garantías puede decretar la prueba de oficio, pero en la segunda etapa la prohibición de su aplicación es alta, así que no habrá ningún decreto de prueba por parte del juez de conocimiento so pena de ser sancionado y tal actuación repercutirá disciplinariamente en su vida profesional.

2. Si la prueba de oficio deja de ser una prohibición para el juez de conocimiento en la etapa de juzgamiento del sistema penal acusatorio en Colombia, no reemplazaría ni supliría las cargas de las partes que conforman la relación jurídica procesal de cada caso. Y así como la prueba de oficio ha tenido resultados positivos en el proceso civil, podrá serlo en la otra parte que hace falta, en el sistema penal acusatorio, puesto que el juzgador con esa actuación podrá garantizar el cumplimiento del derecho, debe resaltarse que para acudir a la práctica de la prueba de

²⁴ Premisa mayor: Los jueces deben acatar la norma. Quien incurra en lo estipulado en la norma será sancionado

Premisa menor: El juez X se excedió en su decisión al no aplicar la norma al pie de la letra.

Conclusión: El juez X que debió acatar la norma no lo hizo pues se excedió en su decisión por lo tanto incurrirá en sanción.

oficio por parte del juzgador, este deberá argumentar el porqué de la atenuación del principio dispositivo, y también cuál es la situación del caso en concreto que le hace acudir a la prueba de oficio, y que en últimas se hace indispensable para el esclarecimiento de los hechos objeto del litigio. Con la argumentación que dé el juez, que debe ser válida, se evitaría cualquier arbitrariedad que pueda presentarse. Además, en la actualidad existen distintos medios de prueba a los que se pueden acudir como lo son los documentos electrónicos, en caso que los inicialmente aportados resulten ineficaces.

3. La prueba de oficio en manos de un juez con pensamiento inquisitivo no sería un instrumento útil, y quizá por eso la Corte Constitucional, según lo expuesto en las providencias Sentencia T- 393/1994; Sentencia T-589/1999; Sentencia C-396/2007, se evidencia que limitó a que solo el juez de control de garantías en ciertos casos la decretara, pero existen controles, parámetros para evitar cualquier violación a los derechos humanos. Considero que la prueba de oficio no debería ser prohibida en su totalidad para los jueces que actúan en la etapa de juzgamiento, debe ser esa prueba la última opción, y para decretarla deberá el juez argumentar concienzudamente el porqué de la práctica, y deberá decir que principios ya sea de la norma legal penal o de la norma constitucional busca salvaguardar.

4. Si se sigue prohibiendo la prueba de oficio en la etapa de conocimiento, puede ser que el principio de igualdad, el derecho de las partes para obtener una respuesta clara y justa puede verse en tela de juicio, ya que si el juez considera y por medio de argumentos explica que para tener mayor claridad y precisión en el fallo requiere el decreto de una prueba, ya que ante una eventual exclusión de prueba que era considerada útil en su máxima expresión, la prueba de oficio obtiene relevancia.

5. La prueba de oficio debe ser aplicada en todo el proceso de un caso penal, tanto el juez de control de garantías o juez de conocimiento o también llamado juez de juzgamiento en el proceso penal colombiano, el principio de igualdad de armas es el mayor peso a la balanza para que sea tenida en cuenta la aplicación del decreto de la prueba de oficio.

6. Realizar una modificación a la legislación penal colombiana para eliminar la prohibición de la prueba de oficio, si debería imponer ciertas reglas que enmarquen la actuación del juzgador, siempre dentro del campo de la imparcialidad, pero su actuar debe estar en conexión con la búsqueda de la verdad y la administración correcta de la justicia.

Referencias

- Álvarez Gómez, M. A. (2017). *Ensayos sobre el Código General del proceso* (Vol. III). Bogotá D.C.: Temis Editores S.A.
- Arruiz, S. G. (2016). Análisis Económico de la Prueba de Oficio. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 2(5). Obtenido de lajle.alacde.org/journal/vol2/iss2/5
- Azula Camacho, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales* (Vol. VI). Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- Bejarano Guzmán, R. (10 de junio de 2016). *El caos del interrogatorio en el Código General del Proceso*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/procesal-y-disciplinario/el-caos-del-interrogatorio-en-el-codigo-general-del-proceso>
- Bejarano Guzmán, R. (11 de octubre de 2017). *La parte no puede pedir su propia declaración*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/la-parte-no-puede-pedir-su-propia-declaracion>
- Bonilla Maldonado, D. (2009). *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar.
- Cappelletti, M. (2002). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. La Plata : Librería Editorial Platense.
- Casación N° 24468. (30 de marzo de 2006). Corte Suprema de Justicia - Sala de casación penal. *M.P. Edgar Lombana Trujillo*. Bogotá D.C., Colombia: Acta N° 028.
- Casación N° 24468. (30 de marzo de 2006). Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal . *M.P. Edgar Lombana Trujillo* . Bogotá D.C., Colombia: Acta N° 028.
- Código Civil. (14 de diciembre de 1855). Congreso Nacional. Santiago, Chle.

- Código de Procedimientos Civiles para el distrito federal. (26 de 05 de 1928). Asamblea Legislativa del Distrito Federal, VI Legislatura. México, México : Gaceta Oficial del Distrito Federal del 3 de Enero de 1928.
- Código Federal de Procedimientos Civiles. (24 de febrero de 1943). Congreso de la Unión. México D.F., México.
- Código Orgánico Procesal Penal . (14 de 11 de 2001). La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, Venezuela: Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5558 .
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. (1988). Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Montevideo, Uruguay.
- Contreras Rojas, C. (2015). Valoración de las pruebas de declaración de personas en segunda instancia . *Tesis Doctoral* . Barcelona , España: Universitat de Barcelona.
- Cuello Iriarte, G., & Cuello Hermida, A. (2004). Fundamentos Constitucionales del derecho probatorio . *Vniversitas*, 503-551.
- De Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Le de Enjuiciamiento Civil* (Vol. II). Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Editores.
- Decreto 1400 de 1970. (06 de Agosto de 1970). Presidente de la República. Bogotá, D.C., Colombia: Diario Oficial 33.150. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimiento_civil.html
- Decreto Legislativo No. 768. (4 de marzo de 1992). Congreso de la República. Lima, Perú.
- Decreto No. 211. (2007). Congreso Nacional. *Código Procesal Civil*. Tegucigalpa, Honduras.
- Devis Echandía, H. (1972). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Eisner, I. (1964). *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

- Ferrer Beltrán , J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Ferrer Beltran, J. (2008). *Valoración racional de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Flores García, F. (1991). *Elementos de la prueba* . México: Universidad UNAM.
- García Odgers, R. (2011). El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria. *Revista Ius et Praxis*(2), 147-188.
- González-Varas Ibáñez, S. (1999). Presente, pasado y futuro del derecho comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 26(3), 649-685.
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (29 de marzo de 2011). *Exposición de Motivos Ley 1564 de 2012*. Obtenido de <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (5 de julio de 2017). *Código General del Proceso*. Obtenido de <http://www.icdp.org.co/publicaciones/codigoGeneralDelProceso.html>
- Jaimes, J. C. (2017). LA INVALIDEZ LÓGICO-JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE LA DINAMIZACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO PERMITIDA POR LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Revista Científica Codex* 3(4).
- Ley 01. (7 de enero de 2000). Parlamento Español. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid, España.
- Ley 1556. (28 de agosto de 1902). Congreso Nacional. *Código de Procedimiento Civil*. Santiago, Chile.
- Ley 15982. (18 de octubre de 1988). Congreso de la República. *Código General del Proceso*. Montevideo, Uruguay.
- Ley 23984 de 1991. (21 de Agosto de 1991). El Senado Y Cámara de Diputados de la Nación Argentina . Buenos Aires, Argentina .

- Ley 4196. (18 de septiembre de 1990). Congreso de la República. *Código de procedimiento Civil*. Caracas, Venezuela: Gaceta Oficial No. 4209 del 18 de septiembre de 1990.
- Ley 439. (19 de noviembre de 2013). Asamblea Legislativa Plurinacional. *Código Procesal Civil*. La Paz, Bolivia.
- Ley 506. (18 de mayo de 2015). Asamblea Nacional. *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador.
- Ley 902. (9 de octubre de 2015). Asamblea Nacional. *Código Procesal Civil de la República de Nicaragua*. Managua, Nicaragua.
- LEY 906 de 2004. (1 de Septiembre de 2004). Congreso de la República. Bogotá, D.C., Colombia: Diario oficial N° 45.658. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley de Enjuiciamiento Civil* (Original ed.). (1855). Madrid: Empronta del Ministerio de Gracia y Justicia.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal - Real Decreto de 1882. (17 de 09 de 1882). Ministerio de Gracia y Justicia . Referencia: BOE-A-1882-6036.
- Lluch, X. A. (2012). *Derecho Probatorio*. Madrid: Bosch Editor.
- López Martínez, A. (2016). La declaración de parte como medio de prueba autónomo - la parte como testigo. *XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 475-487.
- López Medina, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*(26), 117-159.
- Marín Verdugo, F. (2010). Declaración de parte como medio de prueba. *Revista Ius et Praxis*, 16(1), 125-170. Obtenido de Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n1/art06.pdf>
- Morales, R. R. (2002). *Las pruebas en el derecho venezolano*. San Cristobal : MMII Editorial Jurídica Santana C.A.

- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Pallares, E. (1961). *Derechi Procesal Civil*. México, México: Editorial Porrúa, S.A.
- Parajales, G. (1997). Lineamientos del Moderno Proceso Civil: Caso Bolivia. *Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. ILANUD*.
- Parodi Remón, C. A. (agosto de 1992). *El proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/592/24.pdf>
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Peláez Mejía, J. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 29-39.
- Pepino, L. (2002). Breve aproximación al sistema procesal italiano. *Sistemas Europeos de Justicia Procesal Penal* (págs. 97-101). Organizado por el Consejo General del Poder Judicial .
- Pereira Campos, S. (26-28 de marzo de 2014). ¿Cuál es la situación del proceso por audiencias en Iberoamérica? *XXIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*.
- Polanco Polanco, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia penal. *Revista Academia & Derecho*(10), 217-240.
- Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil. (12 de marzo de 2012). Congreso Nacional de Chile. Santiago, Chile: Obtenido de: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf>.
- Ramírez Carvajal, D. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 171-188.
- René, D. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México D.F.: Universidad Autónoma de México y otros.

- Revilla, J. A. (2017). Estudio sobre el proceso civil en España. En J. A. Revilla, R. Lösing, S. Pereira Campos, L. Espinosa Olguín, & J. J. Martínez Layuno, *Estudios comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil: Alemania, España y Uruguay* (págs. 133-284). Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Obtenido de <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5606/1%20-%20Estudios%20comparados%20sobre%20reformas%20al%20Sistema%20de%20Justicia%20Civil%20-%20VERSI%C3%93N%20DEFINITIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Reyes Siniestra, C. C. (2013). La valoración del documento electrónico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 87-109.
- Rivera Morales, R. (2012). Derecho constitucional de la prueba, en VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal. (págs. 211 - 232). Cúcuta: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Rocha A., A. (1967). *De la prueba en el derecho*. Bogotá: Lerner.
- Ruiz Jaramillo , L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 184 - 206.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 83-110.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2015). Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: Un estudio desde la experiencia procesal penal. *Revista Estudios de Derecho*, 72(160), 19-50.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2016). Cambios ideológicos en la producción de la prueba testimonial en el Código General del Proceso. En C. A. Colmenares Uribe, *Código General del Proceso y reformas procesales en Iberoamérica*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Sanabria Villamizar, R. J. (2016). Relaciones entre pruebas y oralidad: experiencias penales útiles para procesos civiles. En C. A. Colmenares Uribe, *Oralidad y escritura. El proceso por audiencias en Colombia*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

- Sánchez Novoa, P. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.
- Sentencia SC-005. (23 de enero de 2006). Corte Suprema de Justicia Sala Civil. *M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar*.
- Sentencia 00018-01. (16 de diciembre de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P. William Namén Vargas*. Bogotá D.C., Colombia: Radicado No. 05001-3103-001-2000-00018-01.
- Sentencia C- 248. (24 de abril de 2013). Corte Constitucional. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá, D.C., Colombia: Expediente D-9285.
- Sentencia C- 396. (23 de Mayo de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá, D.C., Colombia: Expediente D-6482. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>
- Sentencia C-591 . (09 de junio de 2005). Corte Constitucional . *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá, D.C., Colombia : Referencia: expediente D-5415.
- Sentencia C-927. (12 de julio de 2000). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Alfredo Beltrán Sierra*. Bogotá, Colombia: Radicado No. D-2807.
- Sentencia de Casación Penal del 25 de mayo . (25 de mayo de 2011). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL . *M.P. Fernando Alberto Castro Caballero* . Bogotá, D.C., Colombia: Rad. 33660.
- Sentencia SU 768 . (16 de octubre de 2014). Corte Constitucional . *M.P. Jorge Iván Palacio Palacio*. Bogotá, D.C., Colombia: Expediente: T-3.955.581.
- Sentencia T - 589 de 1999. (13 de Agosto de 1999). Corte Constitucional. Bogotá, D.C., Colombia: Expediente T-210000. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-589-99.htm>
- Sentencia T- 393 de 1994 . (07 de Septiembre de 1994). Corte Constitucional. Bogotá, D.C., Colombia: EXPEDIENTE T-33308. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-393-94.htm>

- Serra Domínguez , M. (1981). *De la prueba de las obligaciones, en comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (Vol. II). Madrid: Manuel Albaladejo.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid, España: Trotta.
- Tejeiro Duque, O. A. (2015). Confesión, interrogatorio y declaración de parte. XXXVI *Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 561-570.
- Velasco Chaves, L. F.-C. (2011). Proyecto de Ley 159 de 2011. Bogotá , Colombia.
- Vicuña de la Rosa, M., & Castillo Galvis, S. H. (2014). La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 153-171.
- Yáñez Meza, D. A., & Castellanos Castellanos, J. A. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal. *Revista Vniversitas*, 65(132), 561-610.
- Zabaleta Ortega , Y. (2017). La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano . *CES Derecho*, 172-190.

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES ECONÓMICOS Y CULTURALES EN EL MARCO DE LOS NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS LATINOAMERICANOS.

Diana Isabel Molina Rodríguez²⁵

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2018

Referencia: MOLINA RODRÍGUEZ, Diana Isabel. (2018). *Justiciabilidad de los Derechos Sociales Económicos y Culturales en el marco de los Nuevos Constitucionalismos Latinoamericanos*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 7. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Frente a las transformaciones políticas suscitadas por los movimientos sociales de América Latina, especialmente de países como Ecuador, Bolivia y Colombia consideramos importante intensificar una lectura del derecho, el Estado y la justicia respecto al fenómeno político y también jurídico de la transformación constitucional de Nuestra América gestadas bajo el calor y la presión de los movimientos sociales en Nuestra América especialmente en países como Ecuador, Bolivia y Colombia. Con el lente de los derechos sociales queremos adelantar discusiones socio jurídicas frente a este fenómeno y junto a él, al nacimiento de nuevas epistemologías para entender la dignidad humana y la garantía de derechos con el alcance y el disfrute de un proyecto de vida individual y colectivo.

PALABRAS CLAVE: Dignidad Humana, Latinoamérica, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Decolonial, Constitucionalismo.

²⁵ Abogada de la Universidad de Nariño, Magister en Filosofía de la Universidad del Valle. Investigadora Asociada COLCIENCIAS. Docente investigadora del grupo CEJA de la Universidad de Nariño y el grupo La Minga de la Universidad Cooperativa de Colombia – Pasto. Integrante del GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico. Correo electrónico: molinita15@hotmail.com. Código Postal: 520001

ABSTRACT: Faced with the political transformations aroused by the social movements of Latin America, especially countries like Ecuador, Bolivia and Colombia, we consider it important to intensify a reading of law, the State and justice regarding the political and also the legal phenomenon of the constitutional transformation of Our America gestated under the heat and pressure of social movements in Our America especially in countries such as Ecuador, Bolivia and Colombia. With the lens of social rights, we want to advance legal and social discussions on this phenomenon and, together with it, the birth of new epistemologies to understand human dignity and the guarantee of rights with the scope and enjoyment of a project of individual and collective life.

KEYWORDS: Human Dignity, Latin America, Economic, Social and Cultural Rights, Decolonial, Constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aspira reflexionar, desde la teoría constitucional y de los derechos sociales, el despertar y la crisis que devienen junto con las transformaciones políticas de la América Latina contrahegemónica que amaneció al siglo XXI.²⁶

Liderazgos políticos gestados al calor de los movimientos sociales, Estados no muy convenientes para los proyectos neoliberales y para los flujos indiscriminados de capitales; nuevas voces anunciando el renacimiento de las banderas libertarias marxistas pero bajo axiologías y epistemologías decoloniales; emprendimientos políticos hacia el socialismo del siglo XXI, son algunos de los elementos que componen la vasta gama de dilemas puestos sobre la mesa y provocadores de fuertes enfrentamientos sociales y políticos en nuestros días al interior de América Latina (De Sousa, 2010).

Ello frente a coyunturas como la extracción minero – energética, la soberanía alimentaria y

²⁶ Sobre el concepto de hegemonía y contrahegemonía aplicable a la América Latina de comienzos de siglo XXI puede revisarse el texto: De Sousa, B. (2012). *Nuestra América: Hegemonía y Contrahegemonía en el siglo XXI*. Panamá: Editorial CELA.

ambiental, el acceso a la tierra, la educación pública, el derecho a la salud y a los medicamentos, los derechos ambientales y de la tercera generación, las reivindicaciones por la igualdad de género, entre otros.

Pero más allá de las noticias furtivas sobre la lucha por el agua y por el gas en Bolivia, la inestabilidad política que terminó destituyendo a múltiples presidentes en Ecuador entre 1997 y 2005, las misiones apoteósicas adelantadas por el chavismo en Venezuela para efectivizar los derechos sociales, económicos y culturales (DESC), quizá no hemos tenido la oportunidad, especialmente en las facultades de derecho del país, de reflexionar bajo reglas académicas sobre el Derecho y el Estado con toda esta emergencia política y constitucional de que estamos siendo testigos directos.

Tampoco hemos tenido el espacio para discutir sobre el concepto de dignidad humana, o dicho en términos más amplios, sobre el modelo de vida ideal²⁷ que emerge al calor de estos nuevos alcances constitucionales los cuales amplían considerablemente la gama de derechos para sus ciudadanos. Esto teniendo en cuenta que el concepto de dignidad humana no deja de ser problemático, como criterio ético fundamental pero también como una estructura epistemológica básica para construir importantes vinculaciones de carácter jurídico en esferas tanto privadas como públicas de los seres humanos a partir de unos nuevos alcances sobre la dignidad que no se limiten a: a) la no instrumentalización de los hombres; b) su trato, para todos los efectos, como fin y nunca como medio; c) El respeto de su integridad bajo fines morales comunes; d) el uso del lenguaje jurídico para su reconocimiento y su desarrollo intersubjetivo (Dorando, 2010).

Para ello, resulta interesante pensar en las nuevas categorías epistémicas y dogmáticas que se desprenden del “buen vivir” como bien jurídico tutelado por Estados como los de Ecuador y Bolivia, bajo la redacción de sus nuevas cartas políticas, lo cual gesta una apuesta híbrida

²⁷ Este alegato no es contemporáneo, sino que revela una antigua controversia acerca del vínculo entre el ideal (el principio normativo) de ciudadanía y la creación, adquisición y posesión de riquezas. Esta disputa manifiesta la clara y continuada percepción por la existencia de un vínculo entre ciudadanía y condiciones materiales, y concluye ligando el estatus de ciudadano a dos requisitos: la posesión de ciertos bienes o patrimonio, y una cierta igualdad entre quienes participan en la vida pública. Sobre modelo de vida ideal, puede verse: Anchustegui, E. (2012). Ciudadanía e integración: los derechos sociales y la globalización. *Revista Co-herencia* 9 (16), 34-45.

que se propone consolidar modelos americanistas del Estado de bienestar y del constitucionalismo social continentales, pero con un giro biocéntrico y una toma de distancia, al menos retórica, del proyecto de modernidad claramente constitucionalista.²⁸

Y si bien, las discusiones jurídicas y sociojurídicas que se provocan bajo los contextos señalados son amplias y diversas, conforme lo mostraremos en este escrito, sigue pareciendo interesante desatar nuevos interrogantes bajo el lente de los litigios y el reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC). Además con una mirada que dimensione los efectos del activismo judicial dialógico (Rodríguez y Rodríguez, 2015), el cual tiende puentes entre los jueces, los movimientos sociales, la sociedad civil y el Estado y que resuelve injusticias sistémicas contra grandes poblaciones vulnerables de ciudadanos de América Latina considerando la inequidad como un fenómeno que puede ser justiciable.

Escogimos el lente de la defensa de los DESC, porque consideramos importantes las preguntas estructurales y metódicas en que insiste la defensa de estos derechos, respecto al compromiso estatal permanente hacia transformación social y no como un caso aislado que se agota con la palabra final del juez. Se trata además de un lente que reconoce de manera muy clara la injusticia ejerciendo un diagnóstico estructural basado en hegemonías económicas y burocráticas, en modelos desarrollistas inequitativos, en culturas enfermas y segregacionistas, en fenómenos de dominación poscoloniales y en proyectos de explotación y violencia transnacional, entre otros.

Finalmente consideramos que el soporte jurídico, social y político es provocador para diseñar valores axiológicos de resistencia jurídica y social a todos estos contextos hostiles, de hegemonía jurídico-política en las sociedades de nuestros días.

²⁸ Pensadores como Eduardo Gudynas y Alberto Acosta han estudiado con cuidado el concepto de naturaleza presente en este nuevo constitucionalismo, especialmente en los casos de Bolivia y Ecuador, considerando que de este se desprende un Giro Biocéntrico que cuestiona fuertemente las políticas neoliberales y la filosofía moderna. Entre algunos de sus textos se encuentra: Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*. (32), 34-42.

De la misma manera, sobre las diferencias que estos giros retan, puede verse, por ejemplo, entre algunos postulados básicos del modelo de Estado moderno el individualismo y la distinción entre el ámbito público y privado. Al respecto puede verse: Anchustegui, A. (2011). Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades* 13. (26), 28-35.

Retomando estas reflexiones podemos decir que nos interesan las transformaciones políticas suscitadas por los movimientos sociales de América Latina, especialmente de países como Ecuador, Bolivia y Colombia; que consideramos importante intensificar una lectura del derecho, el Estado y la justicia frente a un fenómeno político y también jurídico como es la transformación constitucional y las nuevas propuestas constitucionales que se gestan bajo el calor y la presión de los movimientos sociales en Nuestra América, pero especialmente en países como Ecuador, Bolivia y Colombia; y que a través del lente de los derechos sociales queremos adelantar discusiones sociojurídicas frente a este fenómeno y en torno al nacimiento de nuevas nociones respecto a la dignidad humana y la garantía de sus derechos para el alcance y disfrute de su proyecto de vida individual y colectivo.

De acuerdo al panorama anterior, el presente capítulo trata de discutir sobre las lecturas hechas a los nuevos constitucionalismos en América Latina, así como a los Derechos Sociales y para ello adelanta las siguientes reflexiones a saber: 1. Un constitucionalismo a la orilla del otro derecho; 2. Antecedentes de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos; 3. Los Derechos sociales en América Latina.

1. Un constitucionalismo a la orilla del otro derecho.

Hay una idea interesante que surge de tendencias humanistas y críticas del derecho²⁹, con

²⁹ Es absolutamente amplio el número de autores que se suscriben a una lectura “indisciplinada” del derecho moderno y quienes se ubican a la orilla del “otro derecho”. Autores que fundaron las bases de una Sociología Jurídica como la teoría sociológica crítica del derecho, que presenta a los ordenamientos jurídicos como resultado de intereses políticos al servicio del capital (Rodríguez, 2010, p. 21) (Wolkmer, 2003, p. 32), o paradigmas que presentan categorías de anomia y estructura con Durkheim; o los recientes trabajos de la sociología contemporánea en donde autores como Pierre Bourdieu muestran el problema del Derecho como un campo jurídico que se encuentra determinado por actividades estructuradas y reguladas al interior del mismo. (Bourdieu, 2000, p. 155). Al respecto también puede verse: Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Así mismo, autores que se arriesgan a insertar a la Antropología Jurídica como una disciplina de estudio alternativa al derecho *ius* positivista la cual se encarga de desmitificar varias verdades sagradas de los textos legales y de las estructuras de la Justicia y del Estado. Esteban Krotz plantea al respecto que existen tres campos de estudio en la antropología jurídica: el campo del derecho comparado como campo de conflictos y de luchas; el derecho como mecanismo de control social; y el campo del derecho y la ideología. Esta división corresponde a una lógica contrainductiva a las del derecho clásico pues se comienza con el estudio de los conflictos y se termina con el estudio de la ideología. F. Silva Santiesteban en su libro *Introducción a la antropología jurídica* indica que entre los temas de que se ocupa esta disciplina también están el pluralismo jurídico, el derecho consuetudinario, la diferencia entre el derecho oficial y los sistemas jurídicos alternativos como el comunitario o el de los pueblos

la cual me gustaría iniciar esta discusión y es la apuesta que estas corrientes hacen por la construcción de lazos dialógicos internacionales, regionales pero también transdisciplinarios e incluso indisciplinarios, como estrategia de resistencia contrahegemónica a la violencia estructural y económica de que son víctimas millones de personas en el mundo y por supuesto en América Latina.

Postular por ejemplo, categorías explicativas para defender fenómenos como el activismo público y judicial y sus relaciones con los movimientos sociales, con el Estado y con la sociedad civil; documentar una provocadora propuesta sobre los alcances del empoderamiento de las sentencias judiciales y de las políticas públicas en algunos países, de parte de los movimientos sociales y de la sociedad civil de la mano de un juez o un funcionario público con posturas, al menos moderadas, en el enfoque e implementación de los DESC; describir con cuidado metódico y analítico algunas transformaciones sociales e institucionales de países y de sociedades que han vivido litigios estratégicos o políticas públicas en la defensa de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) así como en su implementación, representan solo algunos de estos esfuerzos en los cuales se puede observar los alcances y los aportes que estas tendencias academicistas le hacen a la sociedad en general.³⁰

Se trata además de discusiones que se proponen desde un diálogo interdisciplinario con la historia, la sociología, la ciencia política y la filosofía y que establecen una relación mucho más descarnada entre el derecho y la realidad reconociendo el rol de los movimientos sociales latinoamericanistas, la crisis de los Estados – nación por a las exigencias del modelo económico actual, los efectos del colonialismo y la persistente lucha de clases, lo cual

indígenas, entre otros. Al respecto puede verse: Meraz, A. (2006). Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (23), 185-190.

³⁰ Sobre esta documentación nos suscribimos a toda la producción bibliográfica de autores como Cesar Rodríguez y Rodrigo Uprimny a través de su centro de estudio Dejusticia. Entre algunos de estos textos emblemáticos para estos tópicos se encuentran: Pérez, L., Uprimny, R., Rodríguez, C. (2007) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia, Idep.; Arcidiácono, P., Espejo, N., Rodríguez, C. (2010). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* Buenos Aires: Siglo del Hombre editores.

desborda muchas veces el texto legal.³¹

Por estas razones y porque seguimos creyendo en la formación de una conciencia de pensamiento crítico desde y para la academia jurídica colombiana, porque creemos, además, que es deber de la misma, leer con responsabilidad a las nuevas racionalidades gubernamentales en América Latina, es que justificamos estas otras lecturas para el Derecho y para la Justicia.

Consideramos por tanto que sigue siendo pertinente y necesario en la transformación legal, un enfoque crítico que se ubica en la orilla del otro Derecho. Esto para aportar y para adentrarse en un debate con argumentos sobre las tensiones y los retos de los Estados latinoamericanos en la defensa y garantía de derechos para sus ciudadanos.

Lo anterior también, para aportar y enriquecer la discusión de si es posible pensar un derecho que se pueda proponer, para América Latina, bajo otra racionalidad. Estaríamos hablando, por supuesto, de otras racionalidades gubernamentales, dado los momentos históricos que enfrentan muchos países de los cuales se proponen la refundación de su Estado – nación. También nos encontraríamos frente a unas nuevas racionalidades que piensen en los sujetos excluidos por el constitucionalismo liberal, como por ejemplo el campesinado colombiano, de la Constitución Política de 1991 y que priorice en su agenda temas como la gobernabilidad, la reforma institucional y el desarrollo humano.

Este enfoque es pertinente en la medida que trata de profundizar en los debates de si estos constitucionalismos en transición de América Latina, constituyen una lucha antisistémica y contrahegemónica desde el Sur Global y si estos constitucionalismos representan la lucha desde el derecho por retomar políticas públicas redistributivas y proponen reformas estructurales del Estado.

³¹ A este punto puede revisarse: Estrada, J. (2006). Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. *Revista Ciencia Política (1)*. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política, 46-57. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA (2003) *Políticas agrarias para Colombia*. Bogotá: ILSA. Offe, C., (1988) *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema. Puga, M. (2012). *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia*. Buenos Aires: CLACSO.

Por eso, las reflexiones de este texto apenas abren una puerta a la inmensa gama de debates y futuras investigaciones que podrán gestarse en torno al rol del derecho y de los tribunales en la transformación social y en las reformas estructurales del Estado así como sobre la legitimidad y la utilidad del activismo judicial en estos temas, una pregunta inadmisibles para las escuelas jurídicas formalistas y conservadoras cuyos parámetros no están enlistados para describir la creatividad institucional y especialmente judicial, bajo una postura romántica de tridivisión de poderes, una delimitación en la teoría de las fuentes y una ciega fe en los órganos de elección directa para asumir retos en injusticias socioeconómicas.

Pero nosotros consideramos, junto con esta línea de autores jurídicos críticos, que las injusticias socioeconómicas también deben llevarse a juicio, pues se trata de derechos, los cuales inciden en:

los millones de habitantes de barrios de invasión, los miembros de minorías étnicas y raciales, los niños malnutridos, las víctimas de la discriminación de género y de la violencia sexual, los refugiados, los desempleados crónicos, las legiones de trabajadores de la economía informal, los emigrantes sin derechos y las personas sin acceso a educación, salud o alcantarillado de calidad. (Rodríguez, 2015, p. 24)

Aunado a “la desigualdad entre Sur y Norte Globales y a los efectos desiguales del cambio climático” (Rodríguez, 2015, p. 24), todas estas poblaciones se constituyen en víctimas de la exclusión radical que teóricos en este tema insisten, deben llevarse a juicio como formas emblemáticas de innovación constitucional en el Sur Global en donde los jueces establecen una relación dialógica con los movimientos sociales y con la sociedad civil para materializar derechos. La idea es que “el tribunal medie entre desigualdad y dominación o exclusión radical, que los tribunales aborden debates distributivos los cuales contribuyen para poner límites a los sistemas jurídicos y económicos”. (Rodríguez, 2015, p. 35) Estos nuevos constitucionalismos progresistas pueden representarse de manera más clara en decisiones judiciales estructurales que tocan violaciones sistemáticas y generalizadas a DESC, el juicio a la exclusión es entonces la lucha por la justicia social.

¿Qué tipo de advertencias teóricas establecen los autores del otro derecho respecto al sistema de justicia y de efectivización de derechos en América Latina a quienes

referenciamos en este trabajo? Bien, es vasto y profundo el número de autores que podrían nutrir esta gran clasificación. También es amplio el análisis que ellos construyen respecto a este punto, pero nosotros hemos decidido, para efectos específicos de este trabajo, escoger tres grandes grupos de ellos que a saber se basan en a) posturas de la teoría crítica marxista, posmarxista y posestructuralista, b) corrientes defensoras de la justiciabilidad de los DESC, c) representantes de la teoría decolonial.

Podríamos decir para empezar, que una advertencia en la cual coinciden estos tres grupos de corrientes académicas es que el derecho moderno es claramente un derecho camuflado, escondido tras la propuesta de la neutralidad, la igualdad y la universalidad de derechos para todos. Un derecho que sigue siendo muy arbitrario en el sentido que le otorga a la norma jurídica y que miente en temas como la validez de la norma jurídica, el consentimiento y la voluntad general y el bien común.

Esto porque se sirve para continuar ocultando la clásica fórmula donde los intereses de una porción muy pequeña de la sociedad se protegen por encima de los derechos de todo el resto. Pareciera que el alcance de derechos, la universalidad y la aspiración de un derecho para la totalidad de la población, se diluye cuando este se presta para servir a estados neoliberales represivos, que solo saben incrementar la vigilancia y continuar promoviendo la guerra. Conforme lo dice uno de los autores que referenciaremos a continuación: “El Derecho moderno solo conoce dos dioses: el de las mercancías y el de las ametralladoras”. (Moncayo, 2016, p.95).

Es así que la creatividad de los constitucionalismos latinoamericanos debe ser reconocida en su justa proporción, pues adelanta sus causas de la mano del “peligroso” derecho moderno. Con todo se trata de un constitucionalismo vivo, cambiante y dinámico, que defiende el pluralismo jurídico, que transforma la justicia liberal en una búsqueda hacia el buen vivir y que trata de anteponer la vida y el bien común al derecho y al Estado.

Y es un constitucionalismo que piensa en temas como: La estructura del Estado y la tridivisión de poderes; la participación y el poder ciudadano; los mecanismos de participación democráticos y no liberales; la incorporación innovadora de los derechos Económicos Sociales y Culturales como fundamentales y su efectivización a través de políticas públicas

creativas y novedosas.

Debe reconocerse, en su justa medida, además, que se trata de un constitucionalismo chocante, instigador y molesto para la lógica liberal de las constituciones burguesas, que se busca a sí mismo y que apuesta a la innovación social, política y económica lo cual implica si bien no un remplazo, sí un dulce desplazamiento para la ideología jurídica neoliberal imponente, violenta y desgastada.

2. Antecedentes de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos

La idea originaria del constitucionalismo naciente consistía en poner un límite al poder mientras que este edificaba unas bases sólidas para soportar el modelo de estado y de derecho moderno. Estos discursos constitucionales se gestan en el marco de dos conocidas ya revoluciones que emblematizan el nacimiento del derecho de la modernidad. Estas son la revolución francesa y la norteamericana las cuales aspiraban a consolidar justamente estos principios: libertad basada en un límite al poder y nacimiento de un nuevo derecho de todos y para todos.

Sin embargo, el constitucionalismo latinoamericano originario tiene contenidos aspiracionistas de libertad sobre sus flagelos propios. El más importante: el sometimiento social, económico y político al imperio, si se quiere, al sistema imperial. Es por eso que Roberto Gargarella indica que el interrogante que se trataba de responder desde el constitucionalismo latinoamericano republicano era justamente cómo lograr esta suerte de independencia (Gargarella, 2005).

Ya en otros contextos y para otros tiempos, empezando el siglo XX en Alemania y también bajo las banderas libertarias de la revolución mexicana, nacerá el llamado constitucionalismo social³². Conforme se encuentra documentado por Gargarella (2009), este constitucionalismo además de retomar muchos principios axiológicos del constitucionalismo

³² Ver: García, J. (1997). *El constitucionalismo social y la constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3447/5.pdf>. Arango, R., (2003). *El constitucionalismo Social Latinoamericano. Rodolfo Arango*. Recuperado de: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Constitucionalismo-social-latinoamericano.pdf>

liberal y del republicano, empieza a preguntarse sobre cómo constitucionalizar una suerte de derechos sociales provenientes de las demandas marxistas que denuncian la relación entre explotación y derechos y que exigen un modelo estatal que intervenga en las injusticias que causa el modelo económico del cual es cómplice. Aparecen en este contexto, al menos sobre el papel, derechos sociales a los cuales nunca antes se les había otorgado una categoría de justiciabilidad (Gargarella, 2009).

Pero solo será luego de la segunda guerra mundial que nacerá lo que autores como Miguel Carbonell y Ricardo Guastini llaman el neoconstitucionalismo³³. Lo anterior para países de la Europa occidental como España, Italia, Portugal y Alemania. Uno de los principales conceptos que defienden estas corrientes bajo luchas que se libran por el sentido de la norma jurídica es la “la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser ésta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos” (Carbonell, 2005, p. 9). Como puede verse bajo las tensiones sobre la estructuración de principios como unidades con sentido normativo y por tanto ajusticiables, aparecen las cortes constitucionales y asumen un protagonismo inusitado al interior de las instituciones del sistema jurídico.

Pero el constitucionalismo latinoamericano tiene unas connotaciones nuevas que desbordan la ampliación de derechos justiciables, la apertura de sentido al texto constitucional y el papel de los jueces constitucionales, lo cual ya es una transformación de profundas envergaduras para el derecho moderno. Estas connotaciones se encuentran nutridas de una serie de demandas gestadas bajo las lógicas y los valores de los movimientos sociales y bajo una postura contrahegemónica que encuentra sus raíces en el pensamiento originario especialmente indígena y que propone también una resistencia contracultural importante y altamente innovadora.³⁴

³³ A este respecto, revisar: Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 53 -67). Madrid: Trotta; Guastini, R. (2009). (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, M., *Neonconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.

³⁴ Sobre el tema, autores como Rodrigo Uprimny, Cesar Baldi, Raquel Yrigoyen, han documentado estos aportes constitucionales latinoamericanos como un constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural y constitucionalismo intercultural. Baldi, C. (2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. (9), 51-

Algunos de los profesores que han tratado de cartografiar estos temas son los españoles Roberto Viciano y Rubén Martínez, quienes consideran que a este renacer constitucional en América Latina puede caracterizarse por un cambio de referentes, dado la aparición de nuevas fuerzas políticas y la apuesta por un modelo constitucional que ha implicado importantes rupturas con los patrones del constitucionalismo liberal.³⁵ Aspectos semejantes han sido tratados por autores como Albert Noguera, Marcos Criado, quienes consideran que el referente fundamental para esta transformación está en una teoría democrática radical. Para todo este grupo de autores, pueden calzar en estas mismas caracterizaciones constituciones como la colombiana de 1991, la venezolana del 1999, la carta ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009.

Sin embargo, esta no es la única forma de entender el fenómeno de los constitucionalismos latinoamericanos. Autores como Alberto Acosta (2010) consideran como una verdadera innovación el traslado del antropocentrismo constitucionalista clásico a uno biocéntrico el cual se opone a los modelos neoliberales especialmente extractivistas de donde se desprenden, por primera vez, derechos para la naturaleza sin que para su protección sea necesario que medie la afectación de algún derecho propio de los seres humanos. Se trataría de una titularización de derechos para los elementos de la naturaleza contenidos en estas nuevas cartas constitucionales, lo cual amerita una profunda discusión que analice otras variables tales como las tensiones con las políticas públicas y las obligatorias inserciones en los mercados de extracción de parte de los estados en Latinoamérica (Acosta, 2010).

En este mismo sentido y para terminar este panorama no podemos olvidar las críticas que provienen de autores como Daniel Sandoval (2015), quien considera que dichas constituciones son altamente contradictorias con las políticas públicas y las prácticas de los

60. Yrigoyen, R. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. En: Beraondo M. (2006), Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 540; Grigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 145). México: Siglo XXI, 2011.

³⁵ En otras palabras, un desarrollo profundo, como diría Noguera, de “soberanías intensas”. Ver al respecto: Noguera, A. & Criado, M. (2011). La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. p.p. 17-23.

modelos de estados, lo cual pareciera terminar enfrentándolas con los movimientos sociales.

Entre las críticas que este trabajo abordará con mayor cuidado se encuentra la formulada, por supuesto, por Roberto Gargarella (2013) quien argumenta un cambio constitucional apenas nominal donde las axiologías en torno a algunos valores constitucionales se presentan creativas y transformadoras pero la parte orgánica sigue intacta y por tanto, Gargarella considera que se trataría de una continuidad institucional bajo un velo de novedad dogmática que fundamenta ideológicamente el nacimiento de hiperpresidencialismos en los estados nación latinoamericanos.

3. Los Derechos Sociales en América Latina

Los derechos sociales y culturales son un fenómeno que, para el caso de América Latina, puede observarse a través de dos esferas jurídico – políticas especialmente: Las políticas públicas y las decisiones judiciales.

Su discurso floreció con la consolidación de instrumentos internacionales que empezaron a ejercer una importante presión sobre órganos de supervisión de orden universal y también regional, los cuales exigían de los Estados, indicadores precisos respecto del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Un ejemplo de ello es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que recibe informes periódicos de los Estados en virtud del Protocolo de San Salvador.

Pero el nacimiento de las luchas por sus reivindicaciones, bajo un lente más político, se asocia con los “bloqueos institucionales” (Rodríguez, 2015) que impiden su realización en el seno de sociedades con una crisis burocrática aunada a una demanda social de emergencia debido a desigualdades estructurales, al interior de las cuales, las víctimas las constituyen grandes poblaciones excluidas por razones económicas, sociales, culturales o políticas. Los países de América Latina, son un laboratorio perfecto de este bloqueo que busca nuevos caminos para resolver las demandas de sus poblaciones desde una transformación política de las instituciones a su servicio. Entonces la defensa de los DESC, tanto en los estrados judiciales como en las innovaciones importantes de sus políticas públicas, vuelve a poner en

el debate político y judicial a la injusticia que resulta del modelo económico y de la exclusión estructural como las violencias a combatir en nuestro tiempo.

Por esta razón, conforme lo manifiesta en varios de sus trabajos Cesar Rodríguez, las manifestaciones de activismo judicial en defensa de los DESC, se origina justamente en un estado de recurrente bloqueo institucional de modo que algunas instancias como la judicatura, aun cuando esta no sea la instancia idónea para efectivizar el cumplimiento a las demandas sociales, asume el reto de sacudir el estancamiento de la burocracia ejecutiva y atacar prácticas antidemocráticas de los Estados.

Para países como Colombia, el discurso de los derechos sociales emerge en momentos posteriores a la expedición de la Constitución de 1991, cuando el activismo judicial mantenía un ambiente ideal que contemplaba contextos antinómicos que exigían una urgente reivindicación de derechos.

Creo que el constituyente de 1991 hizo un diagnóstico judicial de lo que ocurría en Colombia: una especie de estado de naturaleza. El diagnóstico fue acertado y la propuesta también: conformar una sociedad más democrática, que pase de lo meramente representativo a formas participativas o directas, con una tabla de derechos mucho más convincente que la anterior y donde se articulen derechos desconocidos en la historia del constitucionalismo colombiano: los económicos, sociales y culturales. (Gaviria, 2010, p.73)

Ya en países como Ecuador y Bolivia, el discurso de los derechos sociales aparece en los nuevos articulados que los contemplan y los incluyen sus recientes cartas de 2008 y 2009 respectivamente.

Con todo, el discurso de los derechos sociales para América Latina se ha constituido en una vía político filosófica y también jurídico procesal para garantizar bienestar material en relación con unas visiones más amplias y de mayor alcance en torno al concepto de dignidad humana y así mismo, en un instrumento para afrontar los problemas estructurales asociados con la desigualdad y con la pobreza de grandes masas poblacionales en todo el continente.

Asimismo y conforme este discurso ha abierto muchas posibilidades para acceder a la

justiciabilidad de un modelo social y económico estructuralmente inequitativo y violento, la bibliografía y los estudios sociales, filosóficos y jurídicos en torno a este tema son vastos y diversos, lo cual enriquece las posibilidades de análisis pero también merece un seguimiento cuidadoso y profundo especialmente en los aportes que todas estas líneas hacen para el ejercicio de un derecho que se embarque en nuevos retos tanto desde las políticas públicas como del activismo judicial.

Para efectos de nuestro tema de estudio es decir, de su relación con el constitucionalismo latinoamericano, y la incorporación de los DESC con mecanismos adjuntos de exigibilidad legal adicionados a los estándares internacionales, enfocamos su estudio desde los escenarios nacionales y de los internacionales como son, por ejemplo, la difusión de los estándares contenidos en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de la ONU, el Protocolo de la Convención Americana en materia de DESC y también en las recomendaciones sobre derechos específicos expedidos por organismos como el Consejo de DESC de la ONU.

Nos adscribimos a los pronunciamientos nacionales e internacionales que mantienen la tendencia de presentar a los DESC como disposiciones igualmente jurídicas, las cuales pueden ser exigidas a los Estados mediante acciones legales. Así, por ejemplo, desde América Latina se ha aportado para fortalecer esta tendencia con la emisión de sentencias frente a derechos como la educación, la salud o la vivienda (tribunales de Colombia, Argentina, Brasil)

Sin embargo, los caminos judiciales no pueden y, de hecho, no son los encargados de garantizar a los ciudadanos unas condiciones materiales para el ejercicio de su vida digna, pues ellos no tienen acceso los instrumentos del poder administrativo y presupuestal para adelantar las políticas públicas necesarias que se materialicen el goce efectivo de estos derechos sociales.

Para Marshall (1949) el constitucionalismo le entrega al poder ejecutivo una labor protagónica y central con respecto a las gestiones que luego garanticen unas condiciones necesarias de vida digna para los todos los ciudadanos. Esto sin desconocer el rol del

legislativo en función de políticas sociales adecuadas con la garantía de derechos para todos. Por eso este trabajo no puede desligar ni un momento las teorías jurídicas y judiciales con las políticas que asocian los conceptos de la exigibilidad de los derechos humanos y su relación con el derecho internacional y los principios constitucionales de cada país con otros importantes como los modelos y las tendencias políticas de estos Estados, sus posturas frente al modelo económico, y su disposición para implementar el discurso de los derechos en la práctica de las políticas gubernamentales.

Además, la propia naturaleza axiológica de los derechos sociales incluye dimensiones de reflexión que están más en la filosofía política que en las ciencias jurídicas. El respeto de niveles esenciales de los derechos, los nuevos alcances y paradigmas sobre la dignidad humana asociada con la autosatisfacción individual y con el proyecto de vida, la inequidad económica y social como una manifestación de la injusticia y de la omisión estatal, son algunos de los conceptos que enriquecen la dogmática jurídica de los Derechos Sociales pero que nacen en las lides académicas que problematizan sobre los modelos políticos y no solo sobre la justiciabilidad aislada de un nuevo listado de derechos para los ciudadanos.

En este sentido la abundante bibliografía sobre aplicación de DESC en América Latina atraviesan aún hoy dos grandes tendencias analíticas a saber: La primera se trata de la discusión teórica sobre los nuevos escenarios y alcances del modelo de Estado democrático al servicio de una justiciabilidad de estos nuevos derechos. Lo anterior con el fin de efectivizar la lucha contra las desigualdades estructurales de tipo económico, político, social y cultural desde la teoría de las instituciones democráticas.³⁶

En segundo lugar, con la intención de trasladar a un lenguaje jurídico – procesal la aplicación de los DESC, existe un importante número de trabajos que ahondan sobre la

³⁶ Para profundizar en el tema ver: Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis - Uniandes & Gargarella, R. (2007) ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango R. (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, (pp. 377-407), Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/ Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.

dogmática misma de estos derechos de manera general y también particular³⁷ (por ejemplo el derecho a la salud, educación, alimentación, etc.).³⁸ En esta línea de estudios, además, su teorización alcanza las discusiones respecto de los efectos provocados por la “revolución de los derechos” cuando se documenta el tratamiento a problemas sociales estructurales desde la defensa jurídica de los derechos sociales.

Desde esta última corriente, una serie de trabajos que analizan el litigio de los derechos humanos, construyen una crítica importante al esencialismo de los derechos y más bien proponen que su narrativa se acerque a un lenguaje político que sea ejercitable en la transformación estructural de las instituciones públicas de los Estados. En esta tendencia se encuentran muchos aportes desde el Sur Global (Rodríguez, 2015) y en lo concerniente a nuestro trabajo de la creatividad institucional de América Latina.³⁹

Es también importante tener en cuenta algunas realidades como la actual crisis socioeconómica de la frontera y con ello las limitaciones presupuestales de las entidades prestadores de servicios de salud, hace que se requiera por parte del Estado mecanismos eficaces que garanticen las transferencias de recursos necesarios para la atención de la población migrante en estado de vulnerabilidad. (Celemin, 2018)

Conclusiones preliminares

³⁷ Abramovich, V. & Pautassi, L. (eds.), (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto; Bergallo, P. (2005) *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (cels), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*.

³⁸ Abramovich, V. & Curtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta; Abramovich, V, Curtis, C. & María José Añón (comps.) (2003). *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México: Editorial Jurídica Contemporánea. Lanford, M. (2015). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.

³⁹ Desde este horizonte, hay autores que conciben que Latinoamérica se pueda y deba convertir hoy en una oportunidad excepcional para superar y desterrar la máxima capitalista. “El capitalismo siempre ha tenido interés en hacer creer que crecimiento y desarrollo iban de la mano, y que cualquier incremento del bienestar humano sólo podía pasar por el crecimiento perpetuo de la cantidad de mercancías” (Anchustegui, 2013, p. 185). Ver: Anchustegui, E. (2013). *El tiempo de la filosofía política*. Lima: Grijley.

Las reflexiones sobre Constitucionalismo social y sus relaciones con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, las preguntas pendientes sobre las innovaciones teóricas, conceptuales pero también políticas e institucionales de este nuevo constitucionalismo, además de sus relaciones con el giro decolonial y biocéntrico latinoamericanista, constituyen una discusión inacabada e implican y una permanente tensión que necesita ser documentada y pensada en las Facultades de Derecho de América Latina

La construcción de conceptos más ajustados a los paradigmas del nuevo constitucionalismo latinoamericano en torno a la dignidad humana, proyecto de vida o autorealización individual para ser aplicados, a través del activismo constitucional constituyen innovaciones teóricas para ampliar los alcances de derechos a través de una visión dogmática novedosa sobre la dignidad humana en el marco de la revolución de los derechos y de la justiciabilidad del modelo económico actual.

REFERENCIAS

Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta;

Abramovich, V, Courtis, C. & María José Añón (comps.) (2003). *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México: Editorial Jurídica Contemporánea.

Abramovich, V. & Pautassi, L. (eds.), (2009). *La revisión judicial de las políticas sociales: estudios de caso*. Buenos Aires: Editores del Puerto

Acosta, A. (2010). *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo. Una lectura desde la Constitución de Montecristi*. Quito: Fundación Friedrich Ebert, FES-ILDIS.

Anchustegui, A. (2011). Debate en torno al multiculturalismo. Ciudadanía y pluralidad cultural. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades* 13. (26), 28-35.

Anchustegui, E. (2012). Ciudadanía e integración: los derechos sociales y la globalización. *Revista Co-herencia* 9 (16), 34-45.

Anchustegui, E. (2013). *El tiempo de la filosofía política*. Lima: Grijley.

Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis – Uniandes.

Arango, R., (2003). *El constitucionalismo Social Latinoamericano*. Rodolfo Arango. Recuperado de: <http://www.rodolfoarango.com/wp-content/uploads/2013/12/Constitucionalismo-social-latinoamericano.pdf>

Arcidiácono, P., Espejo, N., Rodríguez, C. (2010). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina* Buenos Aires: Siglo del Hombre editores.

Baldi, C. (2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. (9), 51-60.

Bergallo, P. (2005) *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En: *La fuerza del derecho, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico* Bogotá: Temis, Ediciones Uniandes

Carbonell, M. (2005). El nuevo tiempo para el Constitucionalismo. En: Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)* (p.9 – 25), Madrid: Trotta,

Carbonell, M. (2007). El Neoconstitucionalismo en su Laberinto. En: Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo*, (pp. 9 – 10), Madrid: Trotta.

Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho

De Sousa, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto internacional de Derecho y Sociedad. Programa: Democracia y transformación legal.

De Sousa, B. (2012). *Nuestra América: Hegemonía y Contrahegemonía en el siglo XXI*. Panamá: Editorial CELA.

Dorando Michelini. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 12, (1), 41-49.

Estrada, J. (2006). Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. *Revista Ciencia Política (1)*. Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política, 46- 57.

Estrada, J. (2006). Orden neoliberal y reformas estructurales en la década de 1990. En: *Ciencia Política. (1)*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Departamento de Ciencia Política.

García., J. (1997). *El constitucionalismo social y la constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3447/5.pdf>

Gargarella, R. & Curtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago: CEPAL.

Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2007) ¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango R. (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, (pp. 377-407), Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/ Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales.

Gargarella, R. (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En: Rodríguez C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Gargarella, R. (2013), Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e Irrupción, Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*. 3 (4) 54 – 68.

Grigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En: Rodríguez C. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 145). México: Siglo XXI, 2011.

Guastini, R. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en: En: Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)* (p.9 – 25), Madrid: Trotta,

Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 53 -67). Madrid: Trotta;

Guastini, R. (2009). (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En: Carbonell, M., *Neonconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.

Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*. (32), 34-42.

Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA. (2003). *Políticas agrarias para Colombia*. Bogotá: ILSA.

Lanford, M. (2015). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.

Lascarro-Castellar, C. (2017). Propuesta para una periodización de los estudios constitucionales post 91 en Colombia. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 9-23. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.2.

López, L.M. (2017). *Análisis de la crisis del hospital universitario Erasmo Meoz por la atención de la población venezolana frente al derecho irrenunciable a la seguridad social*. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

Marshall, T. (1949). *Ciudadanía y clase social*. Conferencia dictada en Cambridge Recuperado de: <http://catedras.fsoc.uba.ar/isuani/marshall.pdf>

Meraz, A. (2006). Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (23), 185-190.

Noguera, A. & Criado, M. (2011). La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. pp. 17-23.

Offe, C. (1988) *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Sistema.

Pérez, L., Uprimny, R., Rodríguez, C. (2007) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia, Idep.

Prieto, L. (2005) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en: *Neoconstitucionalismo (s)*, edición de Miguel Carbonell (pp. 131-132), Madrid, Trotta, 2005.

Puga, Mariela (2012). *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia*. Buenos Aires: CLACSO.

Rodríguez, C. & Rodríguez, D. (2015). *Activismo judicial dialógico. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, Dejusticia.

Sandoval, D. (2015). El nuevo constitucionalismo en América Latina desde una perspectiva histórica-crítica del derecho. *Revista Alegatos* (90), 48 – 56.

Wolkmer, A. (2003). Introducción al pensamiento jurídico crítico. En: *Colección Enclave de Sur*, Bogotá: ILSA.

Yrigoyen, R. (2006). *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. En: Beraondo M., Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 540

¿DE LA ACTIVIDAD POLICIAL A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS?

Jorge Díaz Gil ⁴⁰

Jesús David Pacheco Sarmiento ⁴¹

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 28 de julio de 2018

Referencia: DÍAZ GIL, Jorge. PACHECO SARMIENTO, Jesús David. (2018). *¿De La Actividad Policial A La Vulneración De Derechos?* Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 7. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Para cumplir con los fines e ideales institucionales, dentro de la policía se le encomiendan labores propias a cada policial como las de patrullaje, requisa, acompañamiento e intervención (por sólo mencionar las más comunes). En este sentido, se hará una revisión de las conductas policiales derivadas de sus facultades, que en un contexto como el colombiano eventualmente derivan en circunstancias de etiquetamiento y victimización por parte de los agentes estatales.

PALABRAS CLAVE: Policía, Etiquetamiento, Derechos.

ABSTRACT: To comply with the purposes and institutional ideals, inside the police is delivered a specifically functions to every police, like patrolling, inspection, accompaniment and intervention (just to mention the most common). In this sense, there will be a review of the

⁴⁰ Abogado de la Universidad de Pamplona. Magíster (C) en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Conciliador en Derecho. Asesor y Litigante. Docente Universitario y Coordinador del Semillero de Investigación Jupro del Programa de Derecho de la Universidad de Pamplona. Miembro del Capítulo Pamplona del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Contacto: jdg.jurista@gmail.com

⁴¹ Abogado de la Universidad de Pamplona. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Conciliador en Derecho. Asesor y Litigante. Contacto: jeshupacheco@gmail.com

police conducts derived from their faculties, which in a context as the Colombian, eventually derive in circumstances of labelling and victimization by State agents.

KEY WORDS: Police, Labelling, Rights

1. INTRODUCCIÓN

Luego de la Revolución Francesa, con la consolidación del Estado Moderno se permitió entre otras ganancias, el afincamiento de la policía como institución; y como una de las herramientas, de las que más uso hace el Estado para llevar a cabo sus fines constitucionales.

No obstante, la actividad y función policial no deja de ser objeto de críticas, y al momento de revisar la Ley 1801 de 2016, acompañada por el cambio de gobierno, además de las usuales situaciones de movilizaciones sociales, resulta preciso hacer ciertas anotaciones académicas al respecto, pues dentro de las estrategias institucionales que maneja la Policía Nacional, se despliegan algunos lineamientos generales respecto a las políticas y actuaciones propias, en las cuales debería ser evidente el desarrollo de, lo que desde la misma institución se ha llamado un direccionamiento basado en el humanismo con responsabilidad; así las cosas, desde la misma construcción normativa en el diseño de la entidad, y demás lineamientos sobre las conductas civiles, se determina no sólo las circunstancias sociales que dan origen a las actuaciones del cuerpo policial, sino también el margen de manifestaciones y actividades, con los que la policía puede responder ante tales situaciones.

La transición histórica del desarrollo de la policía no se dio de una manera homogénea, sostiene María Victoria Llorente, al exponer dos modelos:

“el de Europa continental cuyo principal exponente fue la policía francesa, y el anglosajón propio de Inglaterra. El continental se desarrolló a partir del sistema de gobierno monárquico y centralizado característico de la Europa del siglo XVII donde la policía emerge como una imposición del monarca a sus súbditos, mientras que el modelo anglosajón, se fundamentó en la tradición del “policing by consent” según la cual la policía surge de la comunidad y por ende comparte sus valores y responde ante ella”. (1997, p.4)

Resulta esta distinción inicial importante, pues a pesar que la Constitución Política de 1991 estable que la institución “es una fuerza armada de carácter civil”, lo cierto es que la Policía Nacional es una de las más complejas del mundo, por su doble condición, debido a que esta también tiene y cumple funciones militares individuales o en conjunto con el Ejército Nacional.

La ambigüedad sobre su carácter en la práctica, surge al mismo tiempo por el enigma entre las funciones de protección ciudadana y defensa del orden institucional, bajo la sombra de la doctrina de seguridad nacional, convierten a la Policía Nacional en un cuerpo militar;

“lo que estimula el desdibujamiento del papel original de la policía, y por lo mismo la institución tiende a adoptar un perfil militar que incrementa más aún su alejamiento del ciudadano y que la lleva con frecuencia a realizar operativos en los que se violan elementales derechos humanos” (Camacho, 1993, p. 73)

2. De la Policía en Colombia

El Estado Colombiano, incluso desde antes del período histórico conocido como “de la violencia” que se cataloga a partir los años 40 del siglo XX ha estado influenciado en su estructura interna por grupos de protección mediante el uso de armas, bien sea oficiales o no. Dentro de este selecto grupo de personas encargadas de defender interés colectivos y estatales debe destacarse la figura de la Policía como ente reglado por la anterior constitución de 1886 donde el Ministerio de Defensa tenía como nombre Secretaría de guerra y marina, con la nueva constitución centralista su designación cambio por Ministraría de guerra y marina, hasta que en 1965 con la presidencia de Guillermo León Valencia el nombre cambio por el que hoy se conoce, Ministerio de Defensa Nacional, siendo así parte del Ministerio de Defensa y la Rama Ejecutiva del gobierno Nacional.

Colombia, en éstas circunstancias, y siguiendo la dinámica de cambios en los modelos policiales del mundo y en especial de América Latina, los cuales “giraron, sobre todo, en torno a esfuerzos graduales por reorganizar a la policía, purgar a los oficiales corruptos y mejorar el reclutamiento y formación, así como aumentar la vigilancia y participación de la sociedad civil” (Dammert, 2005, p.58); se reacciona también con cambios doctrinales de la gestión

policial, no sólo hablando de su parte estructural, sino de codificaciones de regulación de la población civil, obedeciendo ambas reformas principalmente a la percepción general sobre la institución y las preocupaciones de la ciudadanía respecto al aumento del crimen y la violencia.

Este contexto generalizado de crimen y violencia que ha afrontado el país en por lo menos las últimas cuatro décadas –afectando incluso la integridad de miembros de la fuerza pública⁴²–, aunado a una influencia de construcciones ideológicas violentas y arbitrariedades con la supremacía de la fuerza adoptadas en Latinoamérica (Lucero, 2015), repercutieron en la adopción de políticas encaminadas a reprimir y mitigar los índices de violencia y criminalidad con medios insuficientes. Así, al revisarse los componentes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, puede consolidarse un escenario, cuando menos, distante al ideal, pues los altos niveles de producción legislativa, acompañado de congestión judicial y carcelaria, además de las fallas estructurales de la ejecución de políticas públicas integrales y preventivas, que en Colombia, han atendido parámetros de populismo punitivo, persiguiendo únicamente fines retributivos, de prevención especial negativa y de prevención general negativa (Palacios, 2017); resaltan la aparente necesidad de la implementación de una política criminal que pasa de ser preventiva a ser reactiva y de alto impacto sancionador, donde la policía parece tomar auge y protagonismo notable.

La política criminal⁴³ entonces, como parte de la política general y social del Estado, ha sido considerada desde dos diferentes puntos de vista conforme al alcance de su contenido, por lo que algunos autores la definen como un arte, por considerarla una rama de la política general y la manifestación de poder; y otros como una ciencia, por tratarse de “una rama del

⁴² En este aspecto, y por ejemplo tratándose de los recurrentes ataques a la fuerza policial, y de manera más reciente al lamentable y reprochable hecho a la Escuela de cadetes General Santander, resulta útil la visión de Suárez Mendoza, (2017).

⁴³ La conceptualización la política criminal tiene una finalidad de índole jurídico penal tal como la define Hassemer y Muñoz Conde (2012, p.26) “Conjunto de directrices y decisiones que, a la vista de los conocimientos y concepciones existentes en la sociedad en un momento dado sobre la criminalidad y su control, determinan la creación de instrumentos jurídicos para controlarla, prevenirla y reprimirla”. Sobre el concepto de política criminal en Colombia, la Corte Constitucional lo ha definido como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (C-646/2001).

saber y sector del conocimiento cuyo objeto es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla” (Borja, 2003, p.23).

En esa lógica, en el contexto especialísimo de cada una de las sociedades y sus formas de vida, el fenómeno policial es muy relativo, y depende de los diferentes entornos sociales, las diferentes conductas que dan origen a la actuación policial, éstas, por resultar contrarias al orden jurídico, o por ser consideradas “desviadas” no pueden ser entendidas independientemente de las dinámicas de control. Este estatus de desviado⁴⁴ debe ser entendido en el contexto del conflicto político - económico, de lo contrario, quedaría dentro de la psicología individual, ocultando tanto la naturaleza política y social de ésta definición, como las diversas relaciones de poder que se desarrollan en la sociedad, las cuales generan ideas e intereses opuestos, así como su evidente resultado (Spitzer, 1980).

El Estado⁴⁵, como expresión de la sociedad, está legitimado entonces para reprimir el peligro y las amenazas a las condiciones de vida estables que se dan mediante las conductas criminales, así mismo, la sociedad al ser entendida como una integración suprema de valores e intereses, tiene la necesidad de estructurarse para así superar limitaciones y obstáculos que difícilmente podrían superarse individualmente o en un contexto de desorden.

Es precisamente con la imposición de poder y control que aparecerán las prohibiciones, los mandatos, el premio, el castigo y toda idea de justicia. Pero cuando el delito, la conducta desviada o la acción contraria a la norma rompen y sobrepasa esas reglas, el poder real, es decir, el Estado mediante sus manifestaciones institucionales y jurídicas, se vale del derecho penal como herramienta de autoafirmación (Sozzo, 2010).

Afirmación ésta que termina generando una doble proyección: i) de sanción para el que pretenda interrumpir la normalidad del orden, y ii) de cierta tranquilidad y protección para aquellos que teman ser perjudicados con las conductas de otros; surge entonces el concepto de

⁴⁴ Los términos referentes a los sujetos infractores de la ley han sido variables; siendo tomados por estigmatizados, delincuentes y desviados; de acuerdo a las diversas corrientes criminalísticas y postulados del momento. Para Goffman la palabra desviación sustituyó términos que eran usados por otras disciplinas, tal fue el caso del toxicómano. Este autor fue bastante reiterativo respecto al uso de conceptos y nombres establecidos a movimientos. Para él, no fueron más que etiquetas inventadas por gente, que quiere encasillar un determinado comportamiento o forma de pensar. (Winkin, 1990, p.212)

⁴⁵ Respecto del ordenamiento jurídico colombiano en relación al derecho internacional, vale revisar a Yáñez (2012).

seguridad como una construcción social y cultural, que de mano con las políticas estatales contribuyen al desarrollo de los distintos actores sociales, en especial al fortalecimiento y progreso personal e institucional del Estado, en el sentido que se cumple con la exigencia de una función pública para el avance y alivio de la crisis de la sociedad moderna. Es por ello que se puede hablar de seguridad humana⁴⁶, seguridad nacional, seguridad pública, seguridad comunitaria, seguridad privada, entre otros calificativos que puedan usarse.

Todos ellos obedecen a una de las principales preocupaciones de cada uno de los ciudadanos, y por consiguiente, de los gobiernos que deben buscar la implementación de políticas eficaces que tengan un efecto en el control de la criminalidad, cuando ésta amenaza de la seguridad⁴⁷.

En razón a la problemática⁴⁸ de seguridad que vivía Colombia desde la década de los 80, se potenció la necesidad de generar estrategias, alianzas e iniciativas que garantizaran los derechos de la población civil, tan fuertemente vulnerada, lo cual obligó a los gobiernos en conjunto con todas las instituciones, a que se preocuparan por hacer esfuerzos en defensa del

⁴⁶ Entendiendo seguridad humana como un concepto integral de seguridad. Mientras la noción seguridad nacional apunta a la seguridad y defensa de un Estado o nación, la seguridad humana se centra en el usuario final de la seguridad, el ser humano. Por tanto, en el concepto de seguridad humana no basta con proteger al Estado para proteger al ser humano, es necesario también incorporar resguardos que protejan al ser humano de abusos por parte del Estado. (Gonzales, p. 5)

⁴⁷ Una de las peores formas de mantener la seguridad que ha ejecutado el Estado colombiano, se reconoció recientemente en 2018 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Villamizar Durán y otros Vs Colombia, donde adicionalmente, según ha sido señalado por varios relatores de Naciones Unidas, durante ese período se ha podido constatar que se comenzó a llevar a cabo una práctica de ejecuciones extrajudiciales de civiles por miembros de las fuerzas militares colombianas, que posteriormente fueron presentados públicamente por parte del Ejército como “guerrilleros dados de baja en combate”. Es así como en su informe de 1992, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones extrajudiciales sumarias o arbitrarias se refirió a las noticias y denuncias que informan sobre el empleo excesivo y arbitrario de la fuerza por las fuerzas de seguridad y que, según las informaciones, “gran número de muertes fueron causadas por el empleo excesivo y arbitrario de la fuerza por agentes estatales. Las fuerzas armadas, la policía y diversos grupos paramilitares y ‘escuadrones de la muerte’ civiles, muchos de los cuales, según las informaciones, operaban bajo el mando o con el apoyo de las fuerzas de seguridad colombianas, fueron responsables, de muchas ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias”. Sostuvo además que, de acuerdo a lo informado, las unidades especiales anti-subversión de las fuerzas armadas, las llamadas brigadas móviles, son responsables, de cierto número de muertes de civiles en zonas rurales. En esas zonas, los habitantes son considerados por el Ejército como colaboradores potenciales de los guerrilleros y por lo tanto sometidos a violaciones de los derechos humanos, incluyendo ejecuciones. En su informe de 7 de diciembre de 1993, el mismo relator señaló que miembros de las fuerzas armadas, la policía y grupos paramilitares que cooperan con las fuerzas de seguridad fueron responsables de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y que con mucha frecuencia las víctimas de esas matanzas fueron civiles considerados por las fuerzas de seguridad como posibles colaboradores de los guerrilleros.

⁴⁸ Al respecto puede revisarse como complemento el texto de Avendaño Castro, (Julio-diciembre de 2014).

ciudadano ante la criminalidad en cada una de sus facetas y tipologías, que impedían en normal desarrollo personal, y la convivencia social tranquila.

Estas políticas se han denominado políticas de seguridad ciudadana⁴⁹, y han tenido diferentes enfoques y aplicaciones dependiendo del gobierno de turno, así por ejemplo, desde la expedición de la Constitución Política de 1991 los distintos gobiernos dieron giros en las políticas para el manejo del crimen y la violencia, algunos más enfocados hacia el respeto por los derechos humanos.

Tal es el caso de la política de Estrategia Nacional de Convivencia y Seguridad Ciudadana del gobierno Pastrana, que “giró en torno al acercamiento entre la policía y la comunidad y entre estas y las autoridades locales. Entre los temas de seguridad ciudadana, el respeto a la vida y en especial el secuestro ocuparon un lugar central, así como medidas de restricción al porte de armas” (Román, 2011, p.3). Se destaca en ese sentido el papel que jugó la policía para garantizar en lo posible la seguridad en las ciudades.

Otros gobiernos, como el de Uribe Vélez bajo la Política de Defensa y Seguridad Democrática, tuvieron como objetivo hacer presencia estatal en todos aquellos lugares con coexistencia de grupos ilegales y narcotraficantes para recuperar el control por parte del Estado, y de esa manera debilitar a los grupos insurgentes, donde uno de sus marcos estratégicos era la legitimidad de la Fuerza Pública para reducir los índices de criminalidad.

Para lograr tal fin, en especial obtener el éxito contra la lucha guerrillera, se confiere a la Fuerza policial funciones y tareas de carácter militar. Es decir, tal circunstancia supone la no diferenciación de las funciones que debe existir entre la Policía y el Ejército, pues en palabras de sus defensores, el fin se justifica por la realidad de un contexto social especial, que amerita un ejercicio funcional diferente pero mancomunado en toda la Fuerza Pública.

Posteriormente, en el gobierno Santos, y con un enfoque diferente, se le dio una perspectiva de fuerza pública para la paz, con enfoque en diversas estrategias de desmonte de las FARC-EP, situación que aminoró la amplia aprobación generada en la fuerza pública por

⁴⁹ En la definición de las políticas de seguridad ciudadana en Colombia han estado presentes, por una parte, los conceptos tradicionales relacionados con el conflicto armado y el manejo del orden público, y por otra, los de seguridad ciudadana y el manejo del orden urbano. Sobre reflexiones en relación con la construcción de políticas públicas de seguridad ciudadana en el ámbito local ver Gómez (2008).

gobiernos anteriores, realidad ésta que terminó con el inicio de la implementación del acuerdo de paz, que trae consigo el reto de proyectar la institución hacia el post acuerdo.

3. De la función policial

Ejercer entonces la función policial por si sola demanda cierta complejidad; los miembros de la Policía Nacional de Colombia tienen que pasar por un proceso de preparación, que les permita ya en un nivel profesional, cumplir a cabalidad su misión constitucional. Como misión de la policía, esta se diseña bajo un enfoque preventivo, donde los agentes mantengan una postura de liderazgo y empoderamiento policial, que garantice la efectiva disminución de delitos y la consolidación de la seguridad, así como también del fortalecimiento de la investigación criminal en las ciudades, con el objetivo de favorecer al mantenimiento de la armonía social.

Un elemento común en la mayoría de los países de la región es que en ocasiones las funciones se superponen y falta una diferenciación más clara entre las fuerzas policiales y las militares que tradicionalmente han realizado tareas de seguridad pública. Esa falta de claridad ha hecho que las policías hayan operado con base en doctrinas militares que han impactado su comportamiento frente a la ciudadanía y llevado a numerosas violaciones de derechos humanos en razón de la naturaleza de las funciones militares y un entrenamiento que no las prepara para la interacción con la comunidad.

Es así como las funciones policiales van directamente relacionadas a la actividad delictiva en las áreas urbanas que tiende a estar conectada con factores sociales, temporales y ambientales y usualmente está concentrada en áreas de ‘alto riesgo’. La vigilancia en varias áreas urbanas ha sido adaptada al enfoque de ‘alto riesgo’ en donde los delitos ocurren a ciertas horas del día (temporal) y en ciertas áreas de la ciudad (social y ambiental).

El poder de la policía para regular el comportamiento de cada uno de los ciudadanos, será establecido por un orden normativo que deriva principalmente del legislativo, y esa potestad se ve cristalizada en las funciones que desempeña únicamente el personal uniformado adscrito a la Policía Nacional, quienes están subordinados a la vez a un mandato u orden; específico o general, ocasional o permanente, expedido por un funcionario de policía dentro de

los límites trazados por el poder normativo de la misma policía (Policía Nacional, 2010).

Para el caso en concreto, parte del margen normativo en la función policial viene dado por el Código de Policía y Convivencia Ley 1801 de 2016, así, la doctrina se desarrolla en el interior de la Institución y se exterioriza desde la misma a partir de una esfera de lo estratégico, táctico y operacional, y será a partir de aquí donde se materializa el despliegue operativo del servicio de policía. Esto en concordancia con la supeditación a la aplicabilidad de la ley, en coherencia también a los comportamientos y acciones de sus integrantes que se guían por principios, normas y procedimientos ajustados a una cadena de mando. (Policía Nacional, 2010).

Dentro de la multiplicidad de procedimientos, se revisará especialmente el patrullaje y la requisita, pues constituyen en la práctica una herramienta usual para el control de conductas, además de ser “la actividad del servicio de policía que se realiza en el marco de la vigilancia urbana y rural, a través de medios de locomoción específicos para el desarrollo de acciones preventivas, disuasivas y de control, asegurando la convivencia y seguridad ciudadana” (Policía Nacional. 2009, p.30).

De ello, se desprenden tres clases de patrullaje; el preventivo, que identifica y neutraliza amenazas; el disuasivo, que desestimula la amenaza; y el de control, que reestablece las condiciones de seguridad. El tipo de patrullaje a emplear obedecerá en últimas a las condiciones urbanas y rurales, como también de los sectores y los grados de inseguridad, asimismo de las órdenes en la jerarquía de la Institución. No obstante, sin importar el tipo de patrullaje que desarrolle, todas las acciones y conductas policiales de los agentes en el ejercicio de sus funciones deben estar orientadas en el respeto de los derechos constitucionales del Estado Colombiano.

En la actualidad, la Policía Nacional de Colombia no cuenta con una Ley, decreto o manual que fije los criterios objetivos que den precisión sobre los criterios que orienten a un agente de policía acerca de a qué personas pueden aproximarse, solicitar documentos y efectuar requisas de tipo personal. Esa decisión está en manos y al arbitrio de cada policía en desarrollo y cumplimiento de sus funciones (Lalinde, 2015).

El acercamiento y abordaje que un agente hace a determinada persona, obedece principalmente a una de las tácticas policiales más usadas y conocidas, como lo son la solicitud de documentos y practica de requisas personales. Pero, también puede obedecer como lo relaciona Lalinde (2015, p.63), “con la única pretensión de mostrar fuerza y autoridad”.

Los registros personales o simplemente requisas, es una facultad derivada del artículo 208 de la Ley 906 de 2004, que tienen los agentes de policía en el ejercicio de sus funciones preventivas (no en funciones penales), sin necesidad de contar con una autorización judicial (Lalinde, 2015), esto para llevar a cabo su práctica en las personas que a juicio de los agentes policiales lo requieran, con el fin de buscar en ellos de manera superficial (en su ropa o accesorios) elementos que pueden poner en peligro a los demás miembros de la sociedad.

La realización y práctica de requisas, eventualmente trae consigo una vulneración directa a derechos fundamentales como la intimidad, dignidad humana, integridad personal entre otros, como ocurría con las inspecciones corporales⁵⁰ a personas privadas de su libertad, o a visitantes quee prendían ingresadas a centros penitenciarios.

Sin embargo, así no sean procedimientos muy intensos e invasivos, no dejan de ser una práctica limitadora del derecho a la intimidad, que al ser repetitiva y constante puede afectar desde otras esferas más íntimas los derechos fundamentales. En esa medida, las autoridades policiales deben acatar factores objetivos al momento de practicarlos y que su procedencia obedezca a criterios y motivos fundados para ello.

Desde lo policial se manejan tres tipos de registros personales, el registro personal primario; realizado por uniformado de la Policía Nacional como primera actuación, quienes buscan en la persona a requisar elementos que puedan afectar la seguridad, la tranquilidad, la vida, el patrimonio, u otros bienes jurídicos. El registro personal secundario; que son las requisas visuales o cacheos superficiales durante el traslado e instancia de las personas detenidas en celdas de capturados, y el registro personal terciario; corresponde a las requisas autorizadas por jueces o fiscales y realizadas por policía de investigación criminal, para la recolección de elementos materiales probatorios dentro de un proceso penal (Policía Nacional, 2010).

⁵⁰ En este tema debe revisarse entre otras la sentencia C 822 de 2005 de la Corte Constitucional.

Estas actuaciones policiales descritas, entre otras estrategias de la fuerza pública, como por ejemplo con el uso de video⁵¹ vigilancia, como exponen Osorio Sánchez (2016), resultan intensificadas con el ingreso del nuevo gobierno del Presidente Duque, quien públicamente manifestando la intención de retomar las políticas de seguridad democrática, incentiva nuevas estrategias como el plan de choque “el que la hace la paga”, que además de denotar y retomar la amplia importancia atribuida a la función retributiva y punitiva del Estado, denota en lo que L’Heuillet (2010, pp. 110 ss) describe como una necesidad imperante de reestablecer el orden a una situación de desorden inaceptable, y con ella la intervención policial.

4. Acercamiento desde la Criminología

El resultado de patrullajes y requisas pretenden el reconocimiento de identidades, y la individualización de personas o grupos específicos que en el saber policial podrían ser consideradas como criminales, ha sido uno de los elementos en los cuales se ha hecho bastante énfasis en los últimos años en las instituciones policiales. Desde el siglo XIX la identificación a ojo constituía una herramienta de identificación mediante determinadas características personales y corporales (Sirimarco, 2007).

La búsqueda de patrones, señas o marcas en el cuerpo y en la forma de vestir, desde el actuar policial permite establecer quien es quien. “El cuerpo, entendido como un elemento de identidad, se convertía también en una instancia de identificación: desde heridas, cicatrices o defectos físicos hasta manchas o lunares, el cuerpo devenía un archivo del que extraer datos. El cuerpo era el locus por excelencia de la concentración de la identidad (individual, social y hasta civil)” (Sirimarco, 2007, p.4)

No hay plantear la desviación como un elemento extraño a la sociedad, la armonía y paz sociales que se viven cuando los integrantes de una sociedad acogen la normativa que les indica el comportamiento que deben asumir, son por todos deseadas y quien las violentare sufrirá como culpable la sanción del señalamiento y extrañamiento estigmatizante por parte de la sociedad. De esta forma lo señala Becker (2009): “Cuando se impone una regla, la persona de quien se cree que la haya quebrantado puede ser visto por los demás como un tipo especial

⁵¹ Sobre este tipo de medio de prueba documental electrónica puede consultarse (Reyes Sinisterra, 2013).

de individuo, alguien de quien no se puede esperar que viva de acuerdo con las reglas acordadas por el resto del grupo. Se lo considera un marginal”.

Puede observarse, en consecuencia, que en el proceso social de estigmatización goza de una notable importancia la reacción que en la sociedad genere la acción del sujeto. A los efectos del proceso estigmatizante debe entenderse que toda conducta de los miembros de un grupo tiene un significado social, es decir, una relevancia conocida por todos y que trascienden ese contexto social específico.

Se trata de un círculo vicioso, ya que la desconfianza limita las capacidades de organización ciudadana, genera mayor encierro al interior de los espacios privados, y aumenta la estigmatización y la fragmentación socio territorial. En este marco, la inversión en políticas enfocadas en la cohesión social se torna urgente, centradas no solo en el objetivo de disminuir la inseguridad, sino también en aumentar la calidad de vida de la población. Cambiar el enfoque de la delincuencia a la protección social puede ser un camino mucho más rápido, eficiente y justo para enfrentar las raíces mismas del fenómeno social que aqueja a la mayoría de los latinoamericanos.

La inseguridad es en América Latina no sólo una demanda creciente, cuyas formas pueden llevarse al extremo de la petición de mano dura, a la criminalización de la protesta o a la estigmatización de grupos sociales bajo el principio del retorno de “las clases peligrosas”, también es un núcleo de hegemonía. De cualquier forma, lo preocupante es que las formas de hegemonía no garantizan hasta ahora una integración no autoritaria que posibilite la rendición de cuentas de los militares y los policías a los ciudadanos mediante mecanismos de control civil.

Autores como Dammert (2007), establecen otras objeciones, que los operativos policiales lesionan intereses político-partidistas y que en consecuencia al efectuarlos el Ejército se ve inmerso en la polémica acerca de éxitos y fracasos en el control de la criminalidad; quedado que los operativos recaen sobre sectores sociales marginados aumenta la estigmatización social y crea la imagen de un “nuevo enemigo interno”; y que la extensión de este puede comprometer la viabilidad del Estado colocándole en el escenario del Estado fallido.

Solo por mencionar uno de variados estudios, y por ser un referente amplio, como resultado de un estudio de la organización Dejusticia en el año 2013, se determinó a partir de encuestas a más de 2.000 personas en tres ciudades del país (Bogotá, Cali y Medellín), que los hombres de la policía en labores de patrullaje en las calles, requieren más para requisas o solicitar los documentos a las personas de los estratos 1, 2 y 3. Según el estudio, el 63 % de los encuestados manifestó haber sido objeto de este tipo de requerimientos por los uniformados. (La Rota & Bernal, 2013).

La técnica que se emplea en el dicho patrullaje selectivo, será desde la destreza y experiencia que se aplica una atención constante, una vigilancia continua, mirada atenta, que permitirá en últimas discernir posibles situaciones de peligro. “El ‘olfato’ le sirve a los policías, para prevenir las situaciones de peligros que acarrea el trabajo policial (Garriga, 2013, p. 493), y neutralizar a través de esa experiencia y mediante las requisas a las personas que según su criterio serán ocasionadores de delitos.

La tesis de estas teorías sugiere que la desviación real es esencialmente el resultado, de la aceptación y la conformidad a las esperanzas negativa implícitas en las etiquetas (labels) que se adjudican a quien reacciona, es decir, mientras los intereses y acciones de ciertos grupos o individuos no contraríen a la mayoría social, pueden considerarse comportamientos típicos que pasan inadvertidos por los radares de control.

Una de las nociones centrales del enfoque del etiquetamiento puede enunciarse diciendo que la clasificación de una acción humana como desviada, no sólo pertenece a un esquema valorativo (o sea, la norma), sino también a un fenómeno de valoración, y su correspondiente proceso de interacción social, en donde los hombres atribuyen a otras ciertas propiedades desviadas. Este proceso de atribución, con sus variables y efectos determinados, constituye el objeto de conocimiento del Labelling Approach (Bergalli, 1980, p. 75).

La reacción social propia al etiquetamiento, conlleva a establecer cierta determinación o señalamiento que agrupa bajo un específico contexto a los individuos en conglomerados con características, comportamientos y actitudes comunes atribuibles a cierta culturización. Si bien es cierto no se puede hablar de cultura del delito debido a las complejas interacciones sociales

que se desarrollan en cada contexto especial, es posible referir de forma acertada como lo hace Matza (2014, p. 77 ss) de una subcultura de la delincuencia diferencial de la cultura estándar que no alcanza a tipificarse o unificarse, pues corresponde a una apreciación especial del contexto, delito y circunstancia especial.

Dicha apreciación se fundamenta en que el delincuente toma dos posturas iniciales, frecuentando entre el humanismo y el fatalismo; es decir, sentirse la causa del actuar delictivo, o el efecto de las circunstancias que lo llevan al delito. Se habla de una percepción sociológica del entorno donde usualmente los miembros relegados como parte de la subcultura delictiva, justifican incluso sus actividades como respuesta a una etiqueta impuesta a la que deben reaccionar (Matza, 2014, pp.82-84).

Los diversos ideales contrapuestos por uno y otro bando (etiquetadores y etiquetados) consiguen manifestarse de formas diferentes, no obstante, desde la institucionalidad del Estado puede abarcarse el contexto desde tres perspectivas: la prevención de las conductas, la represión de las mismas o la despenalización, desjudicialización del delito y delincuente. Las implicaciones sociales más recurrentes frente a la conducta delictiva desde la represión, involucran políticas criminales (Echandía, 1996, p. 247 ss.) como reacciones institucionales desde las diferentes ópticas judiciales, legislativas y administrativas que si bien no funcionan sistemática e integradamente se concretan en la acción posterior a la comisión de los hechos, donde en virtud de la última ratio y mínima intervención del Derecho penal, se evita de forma general cualquier aditamento de Estado peligrosista, y se incluyen de forma preferente procedimientos policiales de requisa y procedentemente arresto.

Una de las denominaciones que se ha dado al modelo social actual es “sociedad de riesgos” o “sociedad del riesgo”, enraizado en los cada vez más complejos avances tecnológicos, los que por un lado han producido un gran bienestar para la humanidad y por otro, ha impulsado el nacimiento o configuración de la sociedad de riesgos, donde la violencia, el riesgo y la amenaza, constituyen fenómenos centrales de la percepción social que necesitan atención prioritaria de forma estatal.

En este sentido, se ha hecho legítima la intervención de la Policía como fuerza pública para salvaguardar ciertos riesgos, integrando respuestas institucionales como trabajos de cuadrante y apoyo ciudadano que surge desde la percepción ciudadana de la seguridad en su entorno. Al iniciar sus protocolos policiales, se hace necesario verificar las condiciones de la situación que ha sido considerada fuera de lo normal o desviada, bien sea por labores de patrullaje o llamada al cuadrante.

Desde las diversas formas de intervención que puede manejar el agente de Policía al recibir una llamada de cuadrante, se verá entonces influenciado por la conducta desarrollada, la respuesta del sujeto, la hora de los hechos, el lugar de la intervención y demás circunstancias específicas que condicionen su respuesta, pues de forma inicial el conocimiento directo de los hechos se ha dado al parecer de un ciudadano. Pero para el caso de las reacciones autónomas de los agentes, deben valerse por sí mismos de lo que se ha denominado anteriormente “olfato policial”, procediendo por juicios de valor y etiquetamiento respecto a las concepciones personales de cada agente (Manning, 2011, p. 239).

Son entonces viables dos salidas a la intervención realizada por un agente de policía: la primera de ellas, sería resolver la situación sin injerencia alguna, es decir se resuelve de forma amistosa y neutral el asunto; o por el contrario como segunda opción, se hace necesario acudir a otros protocolos como petición de documentos, consulta de antecedentes, requisita personal, reducción por el uso de la fuerza, entre otros. Es en ocasión del último caso que se puede incurrir por parte del agente en vulneraciones a los derechos del ciudadano, victimizándole en cierto grado al hacerle sujeto de unos procedimientos que, en caso de no terminar en arresto, o no tener fundamento, afectan su integridad y estabilidad como persona.

Al proceder de conformidad a los protocolos y desembocar la situación en condiciones de arresto, se muestran respuestas propias a la inconformidad y el sentimiento de vulneración que se exterioriza en actitudes contestatarias que involucran indignación, euforia y demás efusividades de oposición. De forma general, se revela entonces cierto sentido de injusticia, el cual implica entender la contribución a un perjuicio ajeno, pero, que a su modo de ver debe enfocarse a otras esferas o personas con ciertas actividades “más perjudiciales” que sus propias conductas, buscando una justificación somera a sus actos (Matza, 2014, p. 87).

En este sentido, La sensación de inseguridad o falta de seguridad, no es exactamente proporcional a los peligros reales que amenazan a una población. Es más bien el efecto de un desfase entre una expectativa socialmente construida de protecciones y las capacidades efectivas para ponerlas en funcionamiento; es así como la sensación de inseguridad y la demanda de seguridad pueden traducirse en una súplica de autoridad que, liberada a sus impulsos, puede amenazar los principios básicos de la democracia.

Hasta cierto punto, se podría hablar de una “criminalización” por parte de la sociedad y del Estado, visible en segmentos de la sociedad que se vuelven cómplices de los altos niveles de violencia, no solo por tolerar, sino también por apoyar, de forma directa o indirecta, a las estructuras ilícitas de poder que, en muchos casos, procuran los servicios sociales y la subsistencia económica tan requerida y necesitada por la gente, muy en particular en contextos donde el Estado se encuentra ausente o no provee tales servicios de forma suficiente y eficiente. Por otro lado, se encuentran los procesos de incorporación de la violencia a la cotidianidad de las comunidades, donde la invisibilización, la neutralización o la naturalización de la misma sustituyen poco a poco las políticas de cohesión social y convivencia pacífica (Gottsbacher, 2013).

Esta sensación, se produce gracias a la asociación tenaz entre el crimen, la pobreza y la inmigración de diversos factores en los medios⁵² de comunicación, así como a la constante confusión de la inseguridad con la “sensación de inseguridad”. De ello se desprende que ahora la severidad penal se presenta en prácticamente todas partes como una necesidad saludable, un reflejo vital de defensa propia por un cuerpo social amenazado por la criminalidad, por más insignificante que ésta sea (Wacqant, 2010, p. 32).

De esta manera, se perfilan según Marcelo Saín (2008), dos interpretaciones diferentes sobre las instituciones policiales y su competencia en la resolución de conflictos: la policialista, y la crítica. La primera hace de la institución policial, sus reformas, su modernización, etc., el puntal de las políticas de seguridad pública. Para ello, la reforma conllevaría el aumento de prerrogativas, hacia la construcción de una policía autoritaria, autónoma y con amplia discrecionalidad.

⁵² En este elemento de poder, medios y violencia, resulta adecuado revisar por ejemplo a Avendaño (2017).

Por otra parte, según la posición crítica, la conflictividad delictiva tiene un origen complejo, vinculado al empobrecimiento generalizado, la marginalidad y la desintegración social. Se sigue entonces, que la policía no sería la única agencia estatal encargada de la prevención y conjuración del delito. Ambos enfoques recortan niveles distintos de la problemática. El enfoque policialista endurece policías y penas frente al aumento del delito, mientras que la perspectiva crítica, vincula el delito y el aumento de la pobreza, y por lo tanto criminaliza ésta última.

Algunos autores incluso van más allá al plantear que la representación de la policía como entidad garante del orden y la seguridad no es otra cosa que un mito popular arraigado en el imaginario social. Torrente (1997) argumenta que la policía es apenas una pequeña parte en las estructuras y procesos de control social que operan en una sociedad. De acuerdo con el autor, instituciones como la familia, la empresa, el sindicato, los servicios sociales, la sanidad o las profesiones pueden resultar más eficaces en el control social de la población que la policía. Empero, la policía es la única institución que asume como su propósito declarado el control social, el cual puede ser ejercido a través de un sin número de instrumentos y actividades dependiendo de las áreas de intervención contempladas en sus atribuciones específicas.

5. Conclusiones

Existe una infinita aspiración a la seguridad en nuestras sociedades, pero ello no debe conducir a cuestionar la legitimidad de la búsqueda de protecciones. Tampoco debe abrirse la oportunidad de integrar un cuerpo único encargado de la seguridad en todo contexto, pues cierto aspecto fundamental para avanzar en el propósito de las políticas para combatir la criminalidad son los factores de disociación social que están en la raíz de muchas realidades sociales entre las cuales destaca la inseguridad.

En Colombia y desde su consolidación como Estado Social de Derecho el cual se basa y orienta en una promulgación de derechos inalienables a la condición humana y que al mismo tiempo brinda las garantías y herramientas para hacerlos efectivos, debe ahorrar esfuerzos en cumplir tales premisas para lograr la satisfacción plena en lo más posible de todos los derechos de sus ciudadanos. En ese sentido, se predica que, mediante la policía, el Estado orientará

ciertas estrategias para dar cumplimiento a la mayoría de sus fines, la institución de un cuerpo policial en últimas garantizará la armonía de derechos y garantías de los habitantes del territorio.

Para dar cumplimiento a tantas garantías y derechos el cuerpo policial puede valerse de estrategias otorgadas por la norma, para la remoción de los obstáculos que impidan el desarrollo y la tranquilidad del individuo y de toda la sociedad y de esa única manera cumplir con su función constitucional de preservar el orden público, la tranquilidad y la seguridad. Su función; que no es más que velar por el respeto al ordenamiento jurídico y canalizar aquellas situaciones y personas que estén por fuera del orden institucional, deben siempre mantenerse en el respeto hacia el individuo, y limitando el poder policivo a un carácter meramente preventivo manteniendo su naturaleza civil.

En este orden de ideas, apuntar a una reforma simplemente normativa que busque la modificación sólo de la estructura jurídica, carece según Saín (2008) de efectividad, pues si bien la policía actúa a nombre del Estado en busca de la protección de los derechos ciudadanos, no es el único actor necesario para la consolidación de la seguridad, así, como lo expone Monjardet (2010, p.297 ss) la policía actúa por orden de la autoridad, por requerimiento de la sociedad, o por iniciativa propia, en nuestro contexto, al crear no solamente unas facultades legales para el ejercicio policial, sino también al incentivar el discurso populista con adagios de “el que la hace la paga”, potencia las libertades policiales que, haciendo uso exponencial de su olfato policial, construyen falsas sensaciones internas de seguridad que no corresponden ni a los intereses, ni a las necesidades sociales, que en últimas deberían ser la motivación del actuar de dicha fuerza civil en nuestro Estado.

Este lineamiento de amplio apoyo y fortalecimiento policial, acompañado de un extenso soporte a la doctrina policial, dentro de la cual se abre el campo al “olfato policial”, además en un marco de doctrina de seguridad nacional, puede resultar perjudicial, pues como ya se examinó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ejemplo recientemente en el Caso⁵³ Isaza Uribe Y Otros Vs. Colombia, la Corte concluyó que, dado que el

⁵³ La Corte constató que la exacerbada violencia antisindical existente en Colombia entre mediados de los años ochenta y principios de los noventa tenía relación con la identificación de sindicalistas como objetivos militares dentro de la noción del "enemigo interno", propiciada por la "doctrina de seguridad nacional" asumida por las

paramilitarismo “era una práctica o método militar de contrainsurgencia en esa época” en la que uno de sus objetivos militares eran miembros de organizaciones sindicales, la desaparición del señor Isaza se enmarcó dentro de una serie de asesinatos y desapariciones más amplia contra miembros de SUTIMAC en un momento en el que el municipio de Puerto Nare mantenía una “presencia relevante de unidades militares y de Policía”, y, además “existían vínculos de esos grupos con narcotraficantes (...), empresas y miembros de las fuerzas militares y de policía de la zona”, sin que a la fecha “se haya investigado y determinado en todas sus dimensiones”.

No obstante, las especiales condiciones de seguridad en Colombia han provocado un desdibujamiento de la naturaleza civil de la policía; las luchas contra las guerrillas, los grupos paramilitares y los carteles del narcotráfico entre otros. Han permitido que el papel de la policía este subordinado a una estrategia contra la insurgencia, destinada a consolidar el control del Estado sobre las difíciles zonas del territorio nacional generando confusiones con el papel militar. Por ello la justificación de garantizar la seguridad ciudadana a través de la función policial, debe trazarse bajo los lineamientos de una política criminal garantista de derechos fundamentales.

El patrullaje como práctica y herramienta de la cual hace uso la policía tiene un claro carácter preventivo y se desarrolla bajo el marco de vigilancia, donde a través del abordaje y acercamiento se busca prevenir la comisión de conductas punibles por la ligera sospecha que le pueda producir al agente de policía la persona que es requisada. Ello debe siempre y en todo momento estar orientado por el respeto al principio-derecho de la dignidad humana, basado siempre en unos factores objetivos que, respondan al entorno y la búsqueda de una sociedad que aspira reconstruirse en un reflejo más allá del conflicto que ha conocido en los últimos cincuenta años.

6. Referencias

Fuerzas Armadas, así como por los contenidos de varios reglamentos y manuales de contraguerrillas. A su turno, la Corte señaló que, durante los años ochenta, “[e]l Ejército tenía como política y práctica, en el marco de operaciones contrainsurgentes, el auspicio, la conformación, la dotación y el control de grupos paramilitares (...)”.

- Avendaño Castro, W. R., & Enrique Alfonso, Ó. (2017). Conceptos fundamentales en la relación entre el poder simbólico y la violencia en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 289-314.
- Avendaño Castro, W. R., Mogrovejo Andrade, J. M., & Bastos Osorio, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 153-182.
- Becker, H. (2009). *Outsiders: Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Bergalli, R. (1980). Origen de las Teorías de Reacción Social. *Revista de Sociología* N° 13, 49- 96.
- Borja, E. (2003). *Curso de Política Criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Camacho A. (1993). La reforma de la policía: realidades inmediatas y objetivos estratégicos. *Análisis Político* No. 19. Bogotá D.C. pp. 51-65
- Dammert, L. (2005). Reforma policial en América Latina. *Quórum, Revista de pensamiento iberoamericano*, No. 12. Universidad de Alcalá. Madrid, España. pp. 53-64.
- Dammert, L. coord. (2007). “Reporte del Sector Seguridad de América Latina y el Caribe” (Santiago de Chile: FLACSO-Chile).
- Echandía, A. (1996). *Criminología*. Bogotá: Temis.
- Garriga, J. (2013). Usos y representaciones del ‘olfato policial’ entre los miembros de la policía bonaerense. *DILEMAS: Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social* - Vol. 6 No.03. Rio de Janeiro, pp. 489-509.
- Gómez, C. (2008). *Militarización de la Policía Nacional y policiamiento del Ejército Nacional en Colombia*. The National Defense University, pp. 1-20.

- Gottsbacher, M. (2013). De inseguridad excluyente a la construcción de seguridad legítima. En P.E. Alexandra Abello Colak, Nuevo pensamiento sobre seguridad en América Latina: hacia la seguridad (págs. 1-18). Medellín: CLACSO.
- Hassemer, W. & Muñoz, F. (2012) Introducción a la criminología y a la política criminal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- L'Heuillet, H. (2010) Baja Política, Alta Policía. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- La Rota, M. & Bernal, C. (2013). Seguridad, Policía y Desigualdad Encuesta ciudadana en Bogotá, Cali y Medellín. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá D.C.
- Lalinde, S. (2015). Requisas, ¿a discreción? Una tensión entre seguridad e intimidad. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Ediciones Antropos Ltda. Bogotá D.C.
- Llorente, V. (1997). Perfil de la policía en Colombia. Centro de estudios sobre el desarrollo económico, Facultad de Economía. Programa de Estudios de Seguridad, Justicia y Violencia. Bogotá D.C.: Universidad de Los Andes.
- Lucero Pantoja, E. (2015). Desobediencia civil cuestión de tradiciones jurídicas o de composiciones y desestructuraciones sociales. *Revista Científica Codex 1 (1): 41 – 52*.
- Matza, D. (2014). Delincuencia y deriva. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Osorio Sánchez, E. G., & Perozzo Hernández, J. A. (2016). El sistema de videovigilancia en Cúcuta y la inviolabilidad del domicilio. *Revista Academia & Derecho, 7 (13), 59-90*.
- Palacios Parra, D. (2017). La carga de la pena: un diagnóstico de las fallas en la política criminal colombiana en cuanto a los fines de la pena. *Revista Científica Codex, 3 (5)*.
- Policía Nacional. (2010). Protección de los derechos humanos en el servicio de policía. Bogotá D.C.: Dirección General – Oficina de Planeación.

- Reyes Sinisterra, C. C. (2013). La valoración del documento electrónico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 87-109.
- Román, M. (2011). Seguridad ciudadana en Cali: intervención policial y percepción ciudadana. X Congreso Nacional de Sociología, Cali, noviembre de 2011.
- Saín, Marcelo (2008) *El Leviatán azul: policía y política en la Argentina*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- Sirimarco, M. (2007). Indicios. Semiología policial del cuerpo de los ‘otros’. *Revista Crimen y Sociedad*. Sao Paulo: Kumen Juris editora.
- Sozzo, M. (2010). Seguridad Urbana y tácticas de prevención del delito. Cuadernos de Jurisprudencia y doctrina penal N° 10, 103-136. Buenos Aires.
- Spitzer, S. (1980). “Toward a Marxist theory of the deviation”, en *Criminal Behavior. Readings in Criminology*, Delos H. Kelley, New York: St Martin’s Press.
- Suárez Mendoza, A. P. (2017). Interpretación de la víctima policial: hacia el camino de la caracterización. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 221-248.
- Torrente. D. (1997). *La sociedad policial. Poder, trabajo y cultura en una organización local de policía*, Centro de Investigaciones Sociológicas y Universidad de Barcelona.
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres*. Barcelona: Gedisa.
- Winkin, Y. (1991): *Entrevista con Erving Goffman (1977) Los momentos y sus hombres*. Barcelona: Paidós.
- Yañez Meza, D. A., & Yañez Meza, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34.

MIGRACIÓN, RECONOCIMIENTO Y DEMOCRACIA:

Análisis a la situación de los venezolanos en Norte de Santander en el periodo 2015-2018⁵⁴

Yefri Yoel Torrado Verjel⁵⁵

Kenny Dave Sanguino Cuéllar⁵⁶

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 5 de marzo de 2018

Referencia: TORRADO VERJEL, Yefri Yoel. SANGUINO CUÉLLAR, Kenny Dave. (2018). MIGRACIÓN, RECONOCIMIENTO Y DEMOCRACIA: Análisis A La Situación De Los Venezolanos En Norte De Santander En El Periodo 2015-2018. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 7. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: El presente artículo, gira en torno a la población venezolana en Cúcuta debido al fenómeno de migración masiva presentado desde el año 2015 hasta la fecha, del trato social y de la repuesta institucional recibida desde el análisis de las categorías de las esferas sociales de Axel Honnet y la teoría de la acción social comunicativa de Jürgen Habermas. Por lo tanto, busca establecer la relación existe entre la teoría del reconocimiento de Axel Honneth, el fenómeno de migración de venezolanos en Norte de Santander y los retos que presentan para la democracia en Norte de Santander y Colombia.

⁵⁴ Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Los autores agradecen la colaboración como auxiliar de investigación a la estudiante Natalia Jaime Duran.

⁵⁵ Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Cúcuta. Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre -Bogotá-. Docente investigador de la Universidad Libre -Cúcuta- en las áreas de Sociales y Penal. Correo electrónico: yefri.torrado@unilibre.edu.co

⁵⁶ Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-. Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre -Bogotá-. Docente investigador de la Universidad Libre -Cúcuta- en las áreas de Sociales y Penal. Correo electrónico: kennyd.sanguinoc@unilibre.edu.co

PALABRAS CLAVES: Reconocimiento, Migración, democracia.

ABSTRACT: This article of reflection revolves around the Venezuelan population in Cúcuta due to the phenomenon of massive migration presented since 2015 to date, the social treatment and the institutional response received from the analysis of the categories of the social spheres of Axel Honnet and the theory of communicative social action of Jürgen Habermas. Therefore, it seeks to establish the relationship between the theory of recognition of Axel Honneth, the phenomenon of migration of Venezuelans in Norte de Santander and the challenges they present for democracy in Norte de Santander and Colombia.

KEY WORDS: Recognition, Migration, democracy.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración masiva de venezolanos, situación que se ha presentado desde el año 2015 por diferentes razones de índole económico, político y social, ha causado en el territorio nortesantandereano, por ser una de las principales fronteras entre Colombia y Venezuela, diferentes reacciones por la recepción de gran parte de dichas personas. Situaciones de rechazo social, exclusión, subexplotación, negación de derechos, la realidad socioeconómica que vive la frontera y las limitaciones presupuestales de instituciones estatales como las entidades prestadoras de salud (López, 2017) son algunos de los problemas a los que se ven enfrentados los migrantes que deciden acentuarse temporal o definitivamente en el departamento de Norte de Santander.

Las dinámicas de la recepción social de los venezolanos migrantes en Colombia no es un fenómeno que se pueda abordar de manera unidimensional. Toda vez que las personas migrantes no sufren los mismos problemas; algunos, son acogidos por familias o amigos, logran incorporarse al mercado laboral o gozan de plena garantía de derechos. Otros, si bien, no sufren maltrato, le son negados sus derechos o sucede que tienen acceso a derechos, pero los méritos por su trabajo no se ven reflejados en una justa retribución.

Norte de Santander, al igual que otros departamentos de Colombia no estaba preparado para asumir un fenómeno de recepción de migrantes con semejantes proporciones, por el contrario, Colombia tradicionalmente había sido y sigue siéndolo, un país donde sus pobladores suelen migrar hacia otros países. Lo anterior, sumado a la baja capacidad institucional para el acceso de derechos, incluido capacidad de generación de empleo para sus propios ciudadanos; ha hecho que, la respuesta institucional, tanto local como nacional, sea de contingencia e improvisación, sin un norte claro en la formulación de las nuevas políticas públicas dirigidas a la población migrante.

Por consiguiente, las causas de la poca respuesta institucional se debe al grado de complejidad del fenómeno migratorio en la frontera, entre los que se destacan: la movilidad de las personas que cruzan la frontera, muchos de los cuales, utilizan a Cúcuta u otros municipios del departamento como lugar de tránsito hacía otros destinos como el interior del país o países de Suramérica como Ecuador, Perú, Chile y demás; otro número de personas, sólo permanecen en el territorio para abastecimiento de mercancías que no logran conseguir en su país y retornan a éste una vez lo consiguen; muchos de los pasos entre la frontera son lugares de paso informales, denominados (trochas) por las cuales ingresan sin un control por parte del Estado colombiano. Situaciones como éstas ha impedido tener un censo o cifras exactas que permitan medir el flujo de población migrante que ingresa a Colombia y que sirva para diagnosticar la población sujeta a políticas públicas de atención.

Frente a lo anterior, se han adoptado medidas como la tarjeta migratoria de tránsito fronterizo entre Colombia y Venezuela, el permiso especial de permanencia, algunas políticas de asistencia, otras no tan rescatables como la decisión de expulsar un grupo de migrantes de una cancha en la cual se asentaban varias familias.

Por lo tanto, a partir del panorama descrito es necesario establecer medidas que busquen la integración social y la satisfacción de derechos a la población migrante. Soluciones que no reproduzcan los valores institucionalizados que determinan el diagnóstico ya expuesto, sino que, a partir de una crítica de la realidad social y a las decisiones que desde el poder público se han adoptado, establecer criterios para la construcción y toma de decisiones con participación,

tanto de los directamente implicados y quienes deben ser sujetos de las políticas públicas de migración, como a la ciudadanía en general, para la búsqueda de la satisfacción de los derechos fundamentales que entran en juego. Proyecto que será posible mediante una relación entre la teoría del reconocimiento, migración y democracia. En un primer lugar, se expondrán las principales tesis de la teoría del reconocimiento; ii) Determinar la relación entre la teoría del reconocimiento de *Axel Honneth* con el fenómeno migratorio de venezolanos en Norte de Santander en el periodo 2015-2018; y iii) Determinar los retos para la democracia con el fenómeno migratorio de venezolanos en Norte de Santander en el periodo 2015-2018

2. La Teoría del Reconocimiento de Axel Honneth

La teoría del reconocimiento es una teoría que se adscribe dentro de la filosofía social, la cual recoge el legado de casi un siglo de estudios críticos de la sociedad promovido por el *Institut für Sozialforschung* (Instituto de Investigación Social) también conocido como la Escuela de Frankfurt. Esto imprime un marco teórico alimentado por la crítica social, la multidisciplinariedad al momento de abordar el objeto de estudio y buscar, a excepción de algunos de sus autores destacados, propuestas para una transformación social. Para lograr una aproximación a la teoría del reconocimiento planteada por Honneth se abordará su referente inmediato, el cual será parte de la obra de quien fuera su maestro, Jürgen Habermas en cuanto a sus denominados giros: el sociológico expuesto en su Teoría de la Acción Comunicativa; y, posteriormente el jurídico en Facticidad y Validez.

2.1. Teoría de la Acción Comunicativa

La acción social comunicativa planteada por Jürgen Habermas, en la cual sostiene que el derecho, tal cual se ha entendido hasta el momento, ha generado una patología social denominada por éste “cosificación del mundo de la vida” que podría sintetizarse como el desplazamiento de los ámbitos de comunicación regidos por el entendimiento mutuo, propio del mundo de la vida y las relaciones intersubjetivas, y objetivarlos de tal forma que sean regulados por reglas de derecho, en lo preferente escrito, formalizando los ámbitos de acción integrado socialmente a criterios de conformidad con normas creadas acorde a la funcionalidad de un sistema que responde a las lógicas de poder y de dinero (Habermas, 2010)

2.2.Facticidad y Validez

En lo que puede denominarse una teoría discursiva o deliberativa del derecho, Habermas le apuesta por una reconstrucción tanto del derecho como medio, como del sistema institucionalizado que lo constituye, empresa que logra a partir de establecer procedimientos democráticos de toma de decisiones, promoviendo una política generación de opinión pública mucho más allá de los espacios institucionalizados de poder administrativo, pretendiendo con esto, vincular a todas las capas de la sociedad civil a las decisiones que afecten su mundo de vida y así construir decisiones con un carácter axiológico de “decisiones justas para todos” con una garantía de facticidad (eficacia-legitimidad) y de validez (Habermas, 2010).

2.3.El desprecio y el reconocimiento como categorías descuidadas por la acción comunicativa.

Honneth, retomando el debate de la teoría crítica fundado por Horckheimer sobre el saber precientífico y la experiencia empírica, va a criticar la visión lingüística del paradigma comunicacional de Habermas, ya que:

“la instancia precientífica que presta a su perspectiva normativa en la realidad social tiene que ser aquel proceso social que desarrolla las reglas lingüísticas del entendimiento (...) El proceso de emancipación, sobre el cual Habermas ancla socialmente la perspectiva normativa de su Teoría Crítica, no se refleja como tal en las expectativas morales de los sujetos implicados; porque estos perciben un perjuicio de aquello que podemos considerar como sus expectativas morales, con su *moral point of view* [punto de vista moral], no como una restricción de las reglas lingüísticas dominadas intuitivamente, sino como una lesión de pretensiones de identidad adquiridas mediante el proceso de socialización. (Honneth, 2011, págs. 135-136)

Con lo anterior, Honneth va cimentando las bases de lo que será la teoría del reconocimiento, inicialmente desde una óptica negativa entre la categoría de desprecio social, que surge de esos procesos de socialización que se ven enfrentados los sujetos en el ámbito de las relaciones intersubjetivas. Es así, que la Teoría Crítica de Honnet se nutre de la filosofía Hegeliana en cuanto a la conformación de la identidad y la autoconsciencia a través de las

relaciones de lucha por el poder y el reconocimiento del otro que da como resultado el surgimiento de la cultura (Hegel, 2017).

Por lo tanto, el papel de la teoría social crítica debe superar las limitaciones generadas por la formulación de principios normativos divorciados de la realidad, y de descripciones netamente empíricas que reproduzcan los valores morales institucionalizados. Es así, que se plantea la necesidad de una reconstrucción normativa nacida de aquellos valores o ideales que, como pretensiones normativas, al mismo tiempo constituyan condiciones de reproducción social para lograr un enjuiciamiento de las convicciones morales imperantes y cimentar sobre ellas una crítica que permita establecer nuevos principios normativos de justicia (Honneth, 2017). Dicha reconstrucción normativa explica el sentimiento de sentimiento de injusticia, el cual está relacionado con la humillación y falta de respeto. Por lo tanto, el concepto de justicia para el autor es aquello que los sujetos esperan de la sociedad es el reconocimiento de su identidad.

Retomando la crítica al paradigma comunicacional de Habermas, Honneth alerta que no todos los grupos sociales o individuos logran configuración un discurso racional sobre sus pretensiones normativas de justicia y que por lo tanto, se guían por un sentimiento o una emoción de humillación o falta de respeto (Honneth, 2006), desprecio intersubjetivo dentro del ámbito social. Esto va a tener unas afectaciones en la representación de su propia identidad y de su lugar en esa sociedad, es decir un efecto psicológico en la subjetividad del individuo.

Continuando con su exposición, dentro del orden capitalista, el reconocimiento se da, en el ámbito de tres esferas de eticidad, similares a las planteadas por Hegel en su Filosofía del Derecho (familia, sociedad civil y el Estado) identificándolas como: *i*) la esfera del amor, *ii*) de la ley; y *iii*) los logros o méritos (Honneth, 2006, pág. 109). La diferencia es que el autor el conflicto en diferentes esferas como conflictos trascendentes y no solamente como un tránsito dentro del retorno espiritual absoluto; además no se invita a reproducir patrones institucionales dentro de la sociedad de su contexto como lo haría Hegel.

La primera esfera, la de las relaciones íntimas y el amor, el conflicto surge de las necesidades que tiene el individuo en sus relaciones íntimas, de sentir una reciprocidad de

trato, o a un amor mutuamente testimoniado. Si no es tenida en cuenta surgirá el desprecio en forma de violencia física y psicológica.

La segunda esfera que se establece dentro de las relaciones jurídicas tuya forma de reconocimiento es la capacidad de poder exigir un trato igual y de ser sujeto de derechos.

La tercera esfera es la que según el autor se desarrolla dentro de las sociedades capitalistas y es el reconocimiento de los méritos a través del éxito económico. Aquí se analizarán las cualidades y capacidades que tienen dicha persona para aportar la sociedad y poder reclamar un reconocimiento, traducido en ocupar una posición privilegiada dentro de la sociedad.

Es la última esfera, de los logros y los méritos, Axel Honneth establece una teoría monista de la justicia concluyendo que los conflictos distributivos hacen parte del reconocimiento de los méritos ante una situación de respeto o de desprecio ante el trabajo la remuneración y estima social de los individuos y grupos dentro de esta esfera. Por lo tanto, las reivindicaciones de redistribución no son una esfera aparte el reconocimiento, como lo sostiene Fraser (Fraser, 2006), sino que hacen de esta misma esfera de los méritos en donde las luchas históricas por la igualdad económica y las exigencias de una justa distribución de la riqueza hacen parte del reclamo del reconocimiento de los méritos de esos individuos grupos sociales para que sean tenidos en cuenta para que sean reconocidos para que sean estimados.

Entre tanto, el autor establece en el reconocimiento como justicia social para determinar, cuando una minoría se ve impulsada por una experiencia moral de un reconocimiento justificado y tiende hacia el progreso moral. Para eso, el autor deberá analizar desde un criterio normativo cuál es la idea de una sociedad justa y esa idea se consigue dentro del concepto de buena vida.

Como criterio normativo de una sociedad justa, se establece que la persona debe tener la capacidad de autorrealización individual a partir de su participación en las relaciones de reconocimiento en las diferentes esferas, principalmente la igualdad y el reconocimiento jurídico. Sin embargo, todas las interpretaciones de esa ese plano de la de lucha por el

reconocimiento no son justificadas, pues algunas no buscarán la integración de un progreso moral, quedando así excluidos por todas aquellas que se mencionado en el principio el reconocimiento para situaciones de intolerancia o de discriminación hacia otros grupos sociales. Corolario de lo anterior, la finalidad del reconocimiento justificado es la integración social (Honneth, 2006).

Por último, lo que vendría siendo su propuesta política dentro del marco democrático y donde los participantes buscarán establecer espacios de deliberación a partir del reconocimiento mutuo y de cada una de estas esferas que vayan en una dirección de abajo hacia arriba concentrándose en la esfera del reconocimiento jurídico para lograr mediante el principio de igualdad de trato jurídico unas situaciones que partan del mundo de la vida. Bien sea, dentro de las diferentes esferas sociales, desde el amor o del mérito, deben asegurarse inicialmente mediante el reconocimiento de normas de derecho que pongan una forma de comportamiento base del respeto y de igualdad.

3. Relación Entre la Teoría del Reconocimiento de *Axel Honneth* con el Fenómeno Migratorio de venezolanos en Norte de Santander en el Periodo 2015-2018

3.1. Fenómeno Migratorio de Venezolanos en Norte de Santander en el Periodo 2015-2018

En primer lugar, es importante establecer el tratamiento como fenómeno a la migración masiva de venezolanos en Colombia, según Achotegui, citado por Bermudez, Y. y otros (2018):

“La migración es un fenómeno ineludible a la humanidad que ha transfigurado civilizaciones, ha redefinido fronteras y ha permitido el desarrollo y socorro a millones de ciudadanos a lo largo de siglos. Como fenómeno individual y voluntario, la migración representa un proceso de cambios intensos tal como lo destaca Achotegui (2008, p. 1) cuando señala que «emigrar se está convirtiendo hoy para millones de personas en un proceso que posee unos niveles de estrés tan intensos que llegan a superar la capacidad de adaptación de los seres humanos». (Bemúdez , Mazuera-Arias, Albornoz-Arias, & Morffe Peraza, 2018)

La nación venezolana ha estado en la mira del panorama mundial, su proyecto político contrahegemónico, cambios en el modelo económico, la polarización de su población, la caída del petróleo, su gobernanza, el acaparamiento de víveres, su incapacidad para reactivar su aparato productivo, la dependencia del petróleo, la reprimarización de su economía, sumado a la presión internacional que por los cambios económicos ha visto frustrados sus intereses de inversión. Ha producido una situación de inestabilidad social que ha desembocado en un fenómeno de migración masiva de venezolanos hacia otros países de la región.

Colombia, al ser un país con el que comparte gran parte de su frontera con Venezuela, ha sido el país con más alto índice receptor de migrantes venezolanos y de colombianos retornados, quienes habían emigrado años atrás buscando mejores condiciones económicas o refugiándose del conflicto interno y que han vuelto a Colombia debido a la imposibilidad de desarrollar su proyecto de vida deseado.

Norte de Santander, en especial Cúcuta y su área metropolitana, es uno de los puntos donde se ha sentido el impacto del fenómeno migratorio; se cuenta por miles, las personas que cruzan a diario los puentes fronterizos Simón Bolívar y Francisco de Paula Santander, sin embargo, hay cientos de personas, que, a través de pasos irregulares, llamados “trochas” ingresan en conjunto, no solamente por Cúcuta, sino por los demás municipios que comparten frontera como Puerto Santander, Tibú, Teorama y Convención en la parte nororiental del departamento.

No obstante, el que a diario se reporten la entrada de miles de personas por los puentes, más los que no son registrados por las “trochas”, no es el universo de migrantes en Cúcuta, muchos de ellos solo vienen a abastecerse de bienes y retornan a Venezuela, otros, siguen su tránsito hacia ciudades del interior del país y otros países de Suramérica. Por lo tanto, no ha sido posible establecer con precisión, un censo o cifra exacta de migrantes radicados en Colombia sin embargo, según Migración Colombia, en 2018 hasta el mes de septiembre ingresaron 1.052.977 y salieron 919.142 venezolanos de manera regular sellando su pasaporte (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2018, pág. 26).

El gobierno de Colombia, acostumbrado a la migración de su población hacia otras latitudes, como se evidencia en el masivo desplazamiento forzado de víctimas de conflicto armado, con cifras superiores a los siete millones de personas, constituía, en palabras de Jiménez Escalante (2017) “el hecho de mayor magnitud en el conflicto interno”; hoy no está preparado para recibir y atender al gran número de personas extranjeras que ha ido en aumento significativos a partir del 2015, que según datos de Migración Colombia (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2018) han sido los siguientes:

AÑO	TOTAL GENERAL
1991	1
2000	2
2002	3
2003	1
2005	2
2007	3
2008	4
2009	7
2010	5.304
2011	5.016
2012	5.550
2013	5.954
2014	6.403
2015	10.642
2016	39.311
2017	184.087
2018	769.726
TOTAL	1.032.016

Tabla N°1. Fuente Migración Colombia

3.2. Acciones realizadas por el gobierno colombiano ante el fenómeno migratorio en Norte de Santander

El gobierno colombiano como respuesta institucional ha implementado una serie de políticas que va en la vía de ejercer control sobre la población que ingresa, conocer sus datos y permitirle ejercer actos de permanencia y acceso a derechos de manera transitoria. Entre esas medidas se encuentra el Permiso Especial de Permanencia – PEP (Resolución N°5797, 2017), solicitud de asilo, trámites ante la registraduría con fines de inscripción en registro civil, nacionalidad y naturalización, acceso a salud (Gobernación de Norte de Santander , 2018); sin embargo, estas medidas en su mayoría han representado una forma de conocer quiénes son las personas asentadas en el territorio, con exigencia de renovación constante (90 días, en el caso del PEP) una nueva forma y la reconfiguración medios de control, fundada en el paradigma del disciplinamiento panóptico como en Europa se ha hecho con las políticas Schengen (De Giorgi, 2000). Sin embargo, no se evidencian políticas ni actos administrativos que vayan en búsqueda de solucionar de fondo la problemática social tanto de la realidad social de los colombianos como de la población migrante, generando otro tipo de problemas en el ámbito del relacionamiento social.

3.3. Desprecio Social ante la Migración Masiva de venezolanos en Norte de Santander.

Para muchos, el volumen de nueva población -tanto venezolanos en situación de migrantes como colombianos en situación de retorno- asentada en territorio colombiano, ha ido relacionado directamente con el aumento de personas en situación de mendicidad en las calles, en ejercicio del trabajo sexual, el desplazamiento de mano de obra y sensación de inseguridad. Sin embargo, valga la pena preguntar: ¿son todos estos problemas causados por los venezolanos en Colombia? ¿su presencia ha ayudado al aumento significativo, casi alarmante de las condiciones de existencia en Norte de Santander y en los demás departamentos y ciudades en donde han decidido asentarse? Si es así, ¿todo venezolano resulta una amenaza para la convivencia y representa una competencia para el mercado laboral y económico? En el presente acápite se tratará de dar respuesta a esta pregunta y de abordar la reacción de los colombianos ante la presencia de ciudadanos venezolanos en su territorio.

Los problemas sociales de extrema pobreza (mendicidad), prostitución, desempleo y altos índices de seguridad, son fenómenos que Colombia ha estado afrontando por años, en 2015, en cuanto a los índices de pobreza multidimensional, Norte de Santander reportó un 40% frente a un 27,8% nacional. Hoy, en 2018, la cifra departamental se mantiene con 40% con una disminución a nivel nacional de 26,9%. En cuanto a desempleo Cúcuta, ha ocupado el segundo lugar con más alto índice de tasa de desempleo con un 14,4% en 2015 y con un 15,3% en 2018. Por lo tanto, estos problemas no son nuevos en nuestro contexto social, sin embargo, pareciera que los ciudadanos colombianos se percataran de los mismos con la llegada de los venezolanos.

3.4.¿De dónde surge el desprecio?

El trato a hacía los venezolanos no es el mismo para todos. NO se puede hablar de un fenómeno de xenofobia, dado que no se rechaza a toda persona por su condición de ser nacional de Venezuela, es más, históricamente en Norte de Santander y sobre todo Cúcuta se ha convivido con el venezolano. Incluso ante el fenómeno actual, no se rechaza al venezolano que llega y se integra a un mercado laboral profesionalizado, por ejemplo: médicos, ingenieros, empresarios que llegan a invertir o trasladan sus negocios a Cúcuta. Sino que el sentimiento de rechazo se presenta ante el migrante venezolano, el que pide limosna, la trabajadora o el trabajador sexual, al vendedor ambulante; para utilizar un término acuñado por Adela Cortina, se observa como en Norte de Santander y en Colombia, se presentan casos de Aporofobia, que significa: odio, repugnancia u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el desamparado” (Cortina, 2017, pág. 24), término que se desprende de una tradición de la filosofía social crítica de Axel Honeth y dentro de las teorías del reconocimiento como ella misma lo señala:

“El discurso asimétrico expresa ausencia de reconocimiento, siendo así que el reconocimiento mutuo es la clave de la vida social justa, como muestra esa tradición filosófica que nace al menos con Hegel y en la que se inscriben hoy en día la ética del discurso. Creada por Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas, pero reformulada y complementada por autores como Charles Taylor, Paul Ricoeur, Axel Honneth, Jesús Conill, Domingo García-Marzá, Juan Carlos Siurana y por mis propios trabajos” (Cortina, 2017, págs. 57-58)

Por lo anterior, se propone analizar el fenómeno social de la migración de venezolanos en Colombia a través de las categorías de análisis social de Axel Honeth en sus tres esferas de eticidad contemporánea a saber: el del afecto, jurídico y el del mérito.

Esfera del afecto.

Como se dijo anteriormente, en esta esfera la relación intersubjetiva está marcada por el grado de afecto que se generan entre las personas, su forma de desprecio, será el maltrato tanto físico como verbal y psicológico. Dentro de esta esfera vemos como la sociedad colombiana, desprecia a los migrantes venezolanos con la violencia⁵⁷ que se percibe en el trato que los colombianos dan a las personas en esta condición, acciones que van desde comentarios despectivos tanto en la esfera de comunicación pública, conversaciones habituales entre ciudadanos, publicaciones en redes sociales, medios de comunicación etc., hasta agresiones físicas como las denunciadas por trabajadoras sexuales.

Esfera de la igualdad jurídica

Respecto a ésta área del reconocimiento se presenta en la negación a derechos como: *i)* salud, *ii)* educación, *iii)* libertad de locomoción, y, *iv)* trabajo. En cuanto a la salud, si bien, se ha garantizado el servicio de urgencia, los hospitales han restringido la atención por las deudas que actualmente afectan la financiación.

Así mismo, el derecho a la educación, se ha visto restringido por las instituciones de educación, en cuanto se les ha exigido la presentación de documentos apostillados en los procesos de admisión.

Por otra parte, la libre locomoción se ha visto afectado en cuanto la prohibición del transporte público a venezolanos que no tengan pasaporte al día, lo cual ha derivado en un fenómeno social conocidos como “los caminantes” ciudadanos venezolanos que, ante la

⁵⁷ Al respecto podría consultarse el siguiente estudio: (Avendaño Castro & Enrique Alfonso, 2017), (Arboleda Ramírez, 2014), (Avendaño Castro, Mogrovejo Andrade & Bastos Osorio 2014).

imposibilidad de acceder al servicio de transporte, deciden emprender una travesía “a pie” con destino a diversas ciudades del país. Esta situación ha ocasionado, incluso, que personas pierdan la vida ante las condiciones climáticas que se presentan en los páramos, teniendo que inhumar a sus seres queridos a las orillas del camino.

Otro aspecto, en el cual se les vulnera dicho derecho a la libre locomoción es con las denominadas “devoluciones voluntarias” que consiste en la conducción por parte de las autoridades a personas en condición ilegalidad hacía el puente fronterizo, conduciendo sin que sea un trámite formal de devolución o expulsión de los mismos a Venezuela.

En relación al derecho al trabajo, se refleja el desprecio ante la prohibición de contratar a personas que no tengan formalizada su estadía en el territorio colombiano. Distinta a la que se analizará en la esfera del mérito económico.

Esfera del Mérito

El reconocimiento de los méritos económicos, se traduce en el fenómeno de la subexplotación a personas que logran acceder al derecho al trabajo, así sea en condición de informalidad, en el cual, se presenta un reconocimiento menor a la contraprestación salarial, incluso por debajo del salario mínimo, o en el entorno rural, por debajo del valor del jornal por día; esta situación ha generado lo que en economía política se conoce como desplazamiento de la mano de obra, lo cual ha generado inconformismo y rechazo dentro de la primeras esfera, la del afecto, dentro de la población colombiana hacía los venezolanos migrantes.

4. Retos para la democracia con el fenómeno migratorio de venezolanos en Norte de Santander en el periodo 2015-2018.

En primer lugar, lo que debe haber en la elaboración de una propuesta de abordaje al fenómeno examinado es la resiliencia ante el cambio, la zona de frontera debe actuar con resiliencia y reconocer que las dinámicas sociales y del territorio no son ni serán las mismas. El poder administrativo debe ser consciente de esto para abandonar discursos de “todo se

solucionará cuando más temprano que tarde se solucione la crisis en Venezuela”, “se debe cerrar la frontera y expulsar a los extranjeros venezolanos”, “este es un problema que lo deben solucionar desde los organismos internacionales. Fíjese que en los discursos mencionados se habla de solución, de un anhelo a retornar a una aparente calma que se tenía antes de la llegada de los migrantes y retornados, que es un problema que le compete al gobierno nacional o más difícil aún, a los organismos internacionales.

El departamento debe proyectar su política pública hacía una lectura a largo plazo, pues nada garantiza que “la crisis se solucione en el vecino país a corto plazo” o que “todos los migrantes se devolverán” ni que “una vez cerrada la frontera, no ingresarán por los pazos irregulares (trochas)”; por el contrario, hay que reconocer que es un fenómeno social y que tiene efectos en el tiempo, que los mirantes que se asientan en este territorio buscarán una permanencia representada en formar familia o reunirse con ella, de conseguir empleo para su sustento de incorporarse, así mismo o su familia al sistema educativo, todos ellos actos de arraigo que deben tenerse en cuenta para dicho propósito.

Para lo anterior, es necesario abordar una lectura diferenciada -como se hizo en el acápite anterior- de las diversas experiencias de desprecio en las esferas de reconocimiento. Sin embargo, ¿Cómo incidir en el comportamiento de las demás personas en ámbitos morales como lo es la esfera del afecto y económicos como lo es la esfera del mérito?; Axel Honneth propone apoyarse en la esfera de la igualdad jurídica a través del derecho como forma de armonizar los criterios normativos de trato moral e intersubjetivo de las demás esferas: “(...) los procesos de legalización -expansión del principio de igualdad jurídica de trato- tienen el potencial intrínseco de intervenir en sentido correctivo en otras esferas de reconocimiento, garantizando la protección de las condiciones mínimas de identidad” (Honneth, 2006, pág. 147). Es desde esta esfera que se estructurará la propuesta de cara al fenómeno de la migración, la esfera de la igualdad de trato como forma de *i*) reconocimiento de los migrantes como sujetos de derecho; *ii*) La deliberación democrática en la formulación de políticas públicas y por último *iii*) la elaboración de una política integral de Derechos Humanos.

4.1.Reconocimiento de los Migrantes como Sujetos de Derecho.

El primer paso para el reconocimiento de la individualidad en las tres esferas de reconocimiento es el de afirmar su condición de sujeto de derechos, tanto en la esfera del afecto, para evitar las formas de desprecio como la discriminación, la violencia física y verbal, los actos de xenofobia y aporofobia; dichas medidas, no sólo deben ir en la vía de enunciar prohibiciones o cartillas ilustrativas sobre sus derechos, sino que debe observarse la efectividad de dichos derechos que tienen como migrantes y más allá de eso, como personas. Las acciones en materia de política pública deben buscar establecer un indicador de impacto y efectividad de campañas en contra de la discriminación por su origen nacional, frenar y si es necesario castigar los discursos de odio que se generan en torno a la incomodidad que para algunos pueda representar dicho fenómeno migratorio

Este primer paso, en cuanto al reconocimiento y efectividad de derechos que inciden en la prohibición el desprecio en la esfera del afecto y el mérito económico permite a la persona, buscará satisfacer esas emociones de justicia que reclama en caso de ser desconocidas o de incidir en el desprecio, y por lo tanto, permitirá un mayor reconocimiento intersubjetivo, condición sine qua non para la ejecución de su proyecto de vida individual con probabilidades de materialización en la vida social; tal como lo establece Habermas, citado por Muñoz López: “despojarse de su condición de sujetos privados para actuar como ciudadanos e intentar llegar al entendimiento intersubjetivo, lo cual coincidiría con una reducción de la distancia entre facticidad y validez en el derecho” (Muñoz López, 2015, pág. 281).

4.2.La deliberación democrática en la formulación de políticas públicas.

Una de las expresiones que se utiliza en la formulación de la política pública es la del objeto de la política pública, adoptar un reconocimiento de las personas, sobre todo para el caso, es reproducir un fenómeno llamado cosificación de las personas destinatarias de las mismas políticas públicas, por lo que, en el ámbito del lenguaje se debería modificar dicho término por el de sujeto de política pública.

Uno de las causas, por las cuales las políticas públicas no cuentan eficacia, es la que éstas, se toman en el ámbito de una construcción de la opinión pública restringida al del poder

administrativo (Habermas, 1988), desconectado muchas veces de la realidad, lo cual, genera, en su ejecución, un choque entre la validez de la política pública, adoptada mediante actos administrativos, y el hecho social, representado en la respuesta de los ciudadanos antes éstas.

Como propuesta para la formulación de política pública dirigida a personas que requieren atención por su situación de migración, desde el ámbito del reconocimiento, es el de garantizarles como requisito sine qua non, su condición de ser sujetos de derecho. Esto implica concebir una noción de ciudadanía mucho más amplia del que va acompañada a de la condición de nacional, sino a reconocer el derecho de participación a los migrantes venezolanos dentro de lo que se conoce como ciudadanía global, lo cual, puede justificarse dentro de nuestro ordenamiento, en virtud de el principio de integración latinoamericana y el del ejercicio pleno de los derechos, no solo dispuesto por el texto de la constitución, sino que es incorporado a través del bloque de constitucionalidad los instrumentos normativos que obligan al Estado a reconocer los derechos humanos de las personas en situación de migración.

Así mismo, el reconocimiento del migrante como ciudadanos o por lo menos como sujetos de política pública, va en la vía de incorporar sus opiniones, intereses y propuestas a procesos de generación de opinión pública, junto con la población colombiana en la discusión y toma de decisiones. Lo cual puede hacerse a través de audiencias públicas ciudadanas, mesas de deliberación y acuerdo que den insumos para recoger datos, necesidades y soluciones plausibles que partan de la realidad social y que representen la elaboración y aprobación e política pública por parte del poder administrativo como respuesta a una comunicación de doble vía, se trata de una regulación político-jurídica de las otras esferas de la libertad, de modo que tal regulación constituya el centro activo de todo orden institucional” (Honneth, 2017, pág. 438).

Lo anterior, le apuesta a consolidar una política pública que surja del acuerdo entre ciudadanía, tanto colombianos como venezolanos asentados en el territorio, la cual, al surgir de los plexos de mundo de los diferentes mundos de vida, la respuesta en doble vía del poder administrativo debe asegurar una ejecución fluida y con grado de eficacia y legitimidad

suficiente para avanzar en la mejoría de las condiciones, no solo para los migrantes, sino de problemas estructurales que históricamente ha enfrentado Colombia. Como dice Kübler y Maillard(2009), citado por Roth Deubel: “Existe de ésta forma una articulación entre ideas, instituciones e intereses: a través del tiempo, las ideas se transforman o se traducen en instituciones, las cuales, a su vez, generan o moldean los intereses de los actores o su percepción” (Roth Deubel, 2017, pág. 115).

4.3.La elaboración de una política integral de Derechos Humanos.

Como se ha expuesto en el cuerpo del presente trabajo, la intervención del fenómeno de migración masiva de venezolanos en Colombia no puede tratarse de forma epidérmica, su tratamiento debe apuntarle, al reconocimiento de la persona migrante en todas las esferas sociales, lo que implica un trato diferenciado, sistemático e integral por parte del poder administrativo que parta segunda esfera, el del reconocimiento jurídico como sujetos de derecho, para asegurar la materialización de los proyectos de vida de cada uno.

Por lo tanto, las administraciones municipales y departamentales, debe incluir en su política pública de derechos humanos, el tema de migración e incorporarlo de manera transversal en los ejes de acceso a derechos como la salud, educación, seguridad ciudadana, vivienda, trabajo, etc. La nacionalidad, como se dijo, no debe ser óbice para alegar un trato distintivo en materia de acceso a derecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “la nacionalidad se encuentra expresamente mencionada en el artículo 1° de la Convención Americana, como uno de los factores por los cuales los Estados no pueden discriminar en el ejercicio de los derechos”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, 2015, pág. 99)

5. Conclusiones

La teoría del reconocimiento sirve para analizar desde las categorías de la filosofía social crítica, la construcción de sentimientos de injusticia de grupos que sufren desprecio social dentro de los ámbitos de los procesos comunicacionales de acción social.

La migración masiva de ciudadanos venezolanos en territorio colombiano ha tenido como consecuencia el fenómeno de desprecio social e institucional de forma diversa y diferenciada en las esferas del afecto, de la igualdad jurídica y el mérito económico.

Los retos que asume el Estado colombiano ante el fenómeno de la migración masiva de venezolanos son de orden democrático, en donde se debe partir del reconocimiento de la población migrante como sujetos de derecho, asegurar la participación de éstos y el resto de ciudadanía en procesos de deliberación para la recolección de datos, necesidades y soluciones que sean traducidos en política pública por parte del poder ejecutivo, la cual debe integrarse a una política de derechos humanos.

6. Referencias Bibliográficas

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.

Avendaño Castro, W. R., & Enrique Alfonso, Ó. (2017). Conceptos fundamentales en la relación entre el poder simbólico y la violencia en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 289-314.

Avendaño Castro, W. R., Mogrovejo Andrade, J. M., & Bastos Osorio, L. M. (2014). Una mirada de la violencia en Colombia desde la teoría del poder de J. Thompson. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 153-182.

Bemúdez , Y., Mazuera-Arias, R., Albornoz-Arias, N., & Morffe Peraza, M. (2018). *Informe sobre la movilidad humana venezolana. Realidades y perspectivas de quienes emigran [9 de abril al 6 de mayo de 2018]*. San Cristobal, Venezuela: Servicio Jesuita a Refugiados (SJR).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH. (2015). *Movilidad humana estándares interamericanos*. Washington: Organización de los Estados Americanos.

- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- De Giorgi, A. (2000). *Tolerancia Cero, Estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Roma: DeriveApprodi.
- Fraser, N. (2006). La Justicia Social en la era de la política de identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser, & A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?* (págs. 17-88). Madrid: Morata.
- Gobernación de Norte de Santander . (2018). *Cartilla Ruta de Atención para la Población Migrantes, Deportados y Retornados*. Cúcuta.
- Habermas, J. (1988). La Soberanía Popular como Procedimiento . *Forum für Philosophie Bad Homburg*, 7-36.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Sexta ed.). (M. Jimenez Redondo, Trad.) Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la Acción Comunicativa* (Vol. I y II). (M. Jiménez Redondo, Trad.) Madrid: Trotta.
- Hegel, G. W. (2017). *Fenomenología del Espíritu* (Segunda ed.). (W. Roces, & R. Guerra, Trads.) México D.F.: Fondo de Cultura Económico.
- Honneth, A. (2006). Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. En N. Fraser, & A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?* (págs. 89-148). Madrid: Morata.
- Honneth, A. (2011). *La Sociedad del Desprecio*. (F. J. Hernández, & B. Herzog, Trads.) Madrid: Trotta.
- Honneth, A. (2017). *El Derecho de la Libertad: Esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Katz Editores.

- Jiménez Escalante, J. (2017). 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. *Revista Científica Codex*, 3(4).
- Lopez Celemín, L. (2017). Análisis de la crisis del Hospital Universitario Erasmo Meoz por la atención de la población venezolana frente al derecho irrenunciable a la seguridad social. *Revista Científica Codex*, 3(5).
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (25 de Julio de 2017). Resolución N°5797. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. (1 de noviembre de 2018). *Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado*. Obtenido de <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/infografias/infografias-2018/8693-migracion-venezolana>
- Muñoz López, C. A. (2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 273-314.
- Roth Deubel, A.-N. (2017). *Políticas Públicas formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.

ÍNDICE DE AUTORES

ANGELITH ALARCÓN SOLANO

Abogada – Universidad Libre – Cúcuta – Colombia. Investigadora del Grupo de Investigación Auxiliar de investigación de Investigación en Derecho Público de la misma universidad. Ganadora del Concurso Internacional Beatriz Quintero del V Seminario Internacional de Derecho Procesal y Justicia realizado por la Red Interinstitucional para el Estudio del Derecho Procesal y la Justicia. Ganadora del I Concurso Regional Interuniversitario “Restitución Transicional de Tierras para la Paz y la Reconciliación”. Participante del Concurso en Litigación Oral y Sistema Penal Acusatorio organizado por ACOFADE. Participante del Concurso XIX Concurso internacional para estudiantes de derecho nivel pregrado “Semilleros de derecho procesal.”

DIANA ISABEL MOLINA RODRÍGUEZ

Abogada de la Universidad de Nariño, Magister en Filosofía de la Universidad del Valle. Investigadora Asociada COLCIENCIAS. Docente investigadora del grupo CEJA de la Universidad de Nariño y el grupo La Minga de la Universidad Cooperativa de Colombia – Pasto. Integrante del GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico.

ISABEL GOYES MORENO

Docente tiempo completo Facultad de Derecho. Directora grupo de investigación “Derecho, Justicia y Región DEJURE. Universidad de Nariño

JESÚS DAVID PACHECO SARMIENTO

Abogado de la Universidad de Pamplona. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Conciliador en Derecho. Asesor y Litigante

JORGE DÍAZ GIL

Abogado de la Universidad de Pamplona. Magíster (C) en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Conciliador en Derecho. Asesor y Litigante. Docente

Universitario y Coordinador del Semillero de Investigación Jupro del Programa de Derecho de la Universidad de Pamplona. Miembro del Capítulo Pamplona del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

KENNY DAVE SANGUINO CUÉLLAR

Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-. Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre -Bogotá-. Docente investigador de la Universidad Libre -Cúcuta- en las áreas de Sociales y Penal.

YEFRI YOEL TORRADO VERJEL

Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-. Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Cúcuta. Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre -Bogotá-. Docente investigador de la Universidad Libre -Cúcuta- en las áreas de Sociales y Penal.

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 CAYCEDO

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 Universidad 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

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 publicados 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

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
- 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
- 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)

2. 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>

2.5 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 GUBERNAMENTAL

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 García, 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

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: _____ País: _____

A.A. _____ Teléfono: _____

E-mail: _____

Pertenencia Institucional: _____

Firma _____