



Universidad de **Nariño**

FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS



Benjamín Belalcázar

Revista Científica  
**CODEX**

Vol. 5 N° 9 Año 2019  
ISSN: 2463-1558  
ISSN-E: 2463-2031



**Universidad de Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**Revista Científica**  
**CODEX**

Volumen 5 N° 9 - 2019

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031



# Revista Científica CODEX

## Volumen 5 N° 9 Año 2019

**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

**DIRECTOR CENTRO DE  
INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS  
SOCIOJURÍDICOS - CIESJU**  
**CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO**

**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, Cambio 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 Corral Rosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador. Magister en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

**TERESA REYES ASPILLAGA**

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

**ROBERTO MOLINA PALACIOS**

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la 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****ISABEL RAMÍREZ VILLOTA**

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

**APOYO**

GRAFICOLOR PASTO SAS  
SEBASTIÁN A. GARCÍA CAICEDO  
AURA C. TORRES B.  
JESICA DELGADO S.

**FILIACIÓN INSTITUCIONAL****Universidad de Nariño**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria  
Torobajo, Bloque D,  
Facultad de Derecho

<http://derecho.udenar.edu.co>

email: [derecho@udenar.edu.co](mailto:derecho@udenar.edu.co)

Página web revista:

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

email revista: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 5 N° 9. Año 2019

**Portada**

Homenaje al Maestro

**BENJAMÍN BELALCÁZAR**

Óleo sobre lienzo

Autor: Pantoja, 2000

CIESJU

Foto: Dr. Crithian A. Pereira Otero

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
GRUPO DE INVESTIGACIÓN - CEJA  
CENTRO 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](http://www.udenar.edu.co)  
[derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)

**VERSIÓN ELECTRÓNICA**

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

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO  
ELECTRÓNICO**

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

Correo electrónico:

**[rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)**

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

**SISTEMA DE ARBITRAJE**

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

**BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES**

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión.

Las directrices pueden consultarse en:

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

**CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE**

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



## CONTENIDO

EDITORIAL: HOMENAJE A BENJAMÍN BELALCÁZAR . . . . . 9  
**Cristhian Alexander Pereira Otero**

GUÍA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS VENDEDORES  
INFORMALES OBJETO DEL PERÍMETRO DE RESTRICCIÓN DE LA  
ZONA CENTRO DEL DECRETO 0013 DE 2019 DE LA ALCALDÍA  
DE PASTO FRENTE A LAS INOBSERVANCIAS DE LA JURISPRU-  
DENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA - GUIDIVI . . . . . 11  
**Alejandro Rosero Realpe**

LEGALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN A LA PROTESTA Y MOVI-  
MIENTOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA. . . . . 39  
**Manuela Benavides, Carolina Martínez**

EL DERECHO DE IMAGEN COMO LÍMITE AL DERECHO DE  
AUTOR: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE LAS FOTOGRA-  
FÍAS DE LOS PARTICIPANTES DEL CARNAVAL DE NEGROS Y  
BLANCOS DE PASTO . . . . . 76  
**Daysi Carolina López, Gabriel Evelio Escobar**

ÍNDICE DE AUTORES. . . . . 109

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO. . . . . 110

MIEMBROS EXTERNOS . . . . . 110

MIEMBROS INTERNOS. . . . . 111

INSTRUCCIONES PARA AUTORES. . . . . 112

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA. . . . . 122

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA. . . . . 122



## EDITORIAL

### HOMENAJE A BENJAMÍN BELALCÁZAR

Benjamín Belalcázar lleva la gran dignidad de ser el primer rector de la Universidad de Nariño, además de ostentar el más largo rectorado en la historia del alma mater por casi dos décadas.

Dueño de una intelectualidad prodigiosa, intachable moral y una sana disciplina personal, cualidades y virtudes que le permitieron ser escogido por las autoridades eclesiásticas de la época, para estudiar en el Colegio Pío Latino Americano en Roma y posteriormente en la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, donde obtuvo el título de doctor y maestro en teología; a su retorno al país, el primer gobernador del departamento, don Julián Bucheli Ayerbe, lo designa como rector del primer claustro universitario de la región.

El presbítero y doctor Belalcázar con formación teórica tomista, fue filósofo, historiador, dramaturgo, poeta, orador cívico y eclesiástico, quien además de la administración de la educación universitaria en el alma mater nariñense, impartió con ilustración ecuménica las cátedras de filosofía de derecho y gramática de la lengua castellana. Autor de importantes libros como: *Nariño: Santuario de Las Lajas*, *Los pastusos en Cuaspud*, *Un discurso cívico religioso* y *Apuntes para la Universidad de Nariño*.

El doctor Benjamín Belalcázar desempeñó una administración exitosa en medio de las dificultades económicas, la carencia del mercado regional, la infraestructura primitiva, y el aislamiento geográfico en la que se encontraba la recién fundada Universidad de Nariño. Su valentía e inteligencia, le permitieron asumir con entereza las complejas realidades que amenazaron la existencia de la Universidad desde su nacimiento.

En homenaje al primer rector de la Universidad de Nariño y profesor de filosofía de derecho de nuestra centenaria y benemérita Facultad

de Derecho y Ciencias Políticas, se rinde tributo al doctor Belalcázar, para que sea la imagen de la revista Codex en la portada de esta edición.

**CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO**

Docente Tiempo Completo - Director CIESJU

Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

# GUÍA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS VENDEDORES INFORMALES OBJETO DEL PERÍMETRO DE RESTRICCIÓN DE LA ZONA CENTRO DEL DECRETO 0013 DE 2019 DE LA ALCALDÍA DE PASTO FRENTE A LAS INOBSERVANCIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA - GUIDEVI

Alejandro Rosero Realpe<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 27 de septiembre de 2019

Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2019

Referencia: ROSERO REALPE, Alejandro (2019). *Guía de defensa de los derechos de los vendedores informales objeto del perímetro de restricción de la zona centro del Decreto 0013 de 2019 de la Alcaldía de Pasto frente a las inobservancias de la Jurisprudencia Constitucional colombiana - Guidevi*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol.5. Núm. 9. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**RESUMEN:** Este artículo tiene como propósito analizar la jurisprudencia constitucional colombiana y articularla específicamente con el Decreto 0013 de 2019 proferido por la Alcaldía de Pasto relacionado con la ocupación del espacio público, al mismo tiempo se realiza un análisis de las sentencias que regulan los principios constitucionales que deben regir y ser aplicados por parte del gobierno al momento de abordar la situación del trabajo informal, igualmente se establecen algunas pautas a tener en cuenta al momento de generar alternativas laborales para los vendedores informales y los deberes del Estado frente al manejo y regulación del espacio público. Dentro de los resultados se evidencia la formulación de la Guía de defensa de los derechos de los vendedores informales - GUIDEVI.

---

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

**Palabras claves:** Espacio Público, Vendedores informales, Confianza Legítima, Derecho al Trabajo, Alternativas y reconversión laboral.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the Colombian constitutional jurisprudence and articulate it specifically with Decree 0013 of 2019 issued by the Mayor's Office in Pasto related to the occupation of public space, at the same time an analysis of the sentences that regulate the constitutional principles that must govern and be applied by the government to approach the situation of informal work, likewise, some necessary guidelines are established to generate work alternatives for informal vendors. and the duties of the State regarding the management and regulation of space public. The results show the formulation of the Guide for the defense of the rights of informal sellers - GUIDEVI.

**Keywords:** Public Space, Informal Vendors, Legitimate Confidence, Right to Work, Alternatives and work conversion.

## INTRODUCCIÓN

La ocupación del espacio público es un fenómeno socioeconómico que se presenta a nivel mundial, nacional y en el ámbito local, es por ello que existe la imperativa necesidad de visibilizar la situación desde diferentes escenarios, de ahí que la comprensión del contexto permite generar alternativas para que todos los actores que participan en el espacio puedan desarrollar sus actividades sin que se vean afectados los derechos colectivos e individuales.

En la presente investigación se aborda el estudio sobre la ocupación del espacio público por parte de los vendedores informales, quienes ejercen su labor económica en dichos espacios, es así como se realiza el análisis a nivel jurisprudencial y social tomando como caso de estudio la ciudad de Pasto y la aplicabilidad del Decreto 0013 de 2019. Adicionalmente y como parte de la investigación se formula el documento GUIDEVI como una contribución a la comprensión de la economía informal.

## METODOLOGÍA

La presente investigación se enmarca en un paradigma cualitativo ya que intenta “hacer una aproximación global de las situaciones sociales para explorarlas, describirlas y comprenderlas (...) a partir de los

conocimientos que tienen las diferentes personas involucradas en ella (...) esto supone que los individuos interactúan” (Bonilla y Rodríguez, 1997), en un contexto y condiciones determinadas por las condiciones socioeconómicas y culturales de su entorno.

Así mismo se abarca desde el enfoque Crítico Social, el cual según Melero Aguilar (2011) “se caracteriza no sólo por el hecho de indagar, obtener datos y comprender la realidad en la que se inserta la investigación, sino por provocar transformaciones sociales, en los contextos en los que se interviene” (p. 343), de tal forma se presenta una postura jurídica crítica frente a la afectación a los vendedores informales ocasionada por la expedición del Decreto 0013 de 2019 de la Alcaldía de Pasto, que tiene como objeto la recuperación del espacio público, así al realizar estudios de caso de este tipo es posible determinar las mayores problemáticas y generar una posible guía de atención, la cual puede establecerse teniendo como base y regulación la normatividad vigente.

Considerando la numerosa población perteneciente al sector de la economía informal y la diversa gama de asociaciones creadas en torno al tema, y con la finalidad de obtener una percepción realista de los vendedores informales, el proyecto tomó como población muestra la organización sindical Unión General de Trabajadores Informales y de la Economía Informal UGTI - Regional Nariño, con quienes se ha venido abordando la temática para reconocer y establecer los parámetros de la problemática a nivel de afectación social y legal. La participación de este colectivo, en sí mismo representa un inmenso aporte en la consolidación de los resultados y análisis efectuados dentro del presente proyecto, pues muestra una mirada interna de la problemática y de las consecuencias de las diferentes administraciones así como de las políticas de cada momento.

## **1. CONTRASTE ENTRE LA PERSPECTIVA DE COMUNIDAD E INDIVIDUALIDAD DEL ESPACIO PÚBLICO**

El espacio público podría definirse como “un área geográfica que tiene la facultad de congregar ejercicios políticos, urbanísticos, económicos y sociales cotidianos que se desarrollan en la vida colectiva que proporciona la ciudad” (Restrepo, 2017, s.p.). Así entonces el Estado debería direccionar estratégicamente la producción del espacio público por medio de procesos de intervención a nivel físico y a su vez tomarlos como un tejido social, ya que a pesar de que los bienes de uso público osten-

tan la categoría de *non son res nullius* (cosas de nadie) pueden variar el destino que se le da al mismo debido a que el Estado, los departamentos y municipios son responsables de su cuidado y ordenamiento, razón por la cual debe ser flexible y adaptarse a las dinámicas sociales.

Para comprender el concepto de espacio público es necesario partir del concepto de comunidad, el cual es polisémico y se adapta al contexto y situación, así este término se utiliza

Para designar un pequeño grupo de personas que viven juntas con algún propósito común [relacionado a su vez con la colectividad]; también se puede hablar de comunidad aludiendo a un barrio, pueblo, aldea, o municipio. En otras ocasiones se aplica a un área más amplia: comarca, provincia, región, nación, continente..., hasta llegar al conjunto de la humanidad. (Ander-Egg, 2005, p. 26).

Existe una relación directa entre comunidad e individualidad, ya que el individuo tiene sus propias características culturales, sociales, psicológicas y económicas que confluyen en la construcción de comunidad, de ahí que el espacio público este permeado a nivel colectivo e individual por dichas particularidades. Es por ello, que debido a los cambios sociodemográficos sucedidos en las últimas décadas, Colombia ha sufrido una transformación que ha inclinado al país a ser predominantemente urbano pues más del setenta por ciento de su población habita en centros urbanos (DANE, 2018) lo que ha conllevado a acrecentar las problemáticas que se suscitan en el espacio público.

Por tal razón, surge la necesidad de afrontar los retos en los cambios de la dinámica social y económica que impone la vida urbana y el crecimiento de las urbes tales como la ocupación del espacio público por parte de colectivos que desarrollan una actividad económica informal, siendo esta su única forma de subsistencia a causa de la falta de oportunidades.

### **1.1. La situación en Asia y Suramérica**

La presencia de vendedores informales no es una situación exclusiva de Colombia o del continente suramericano, por el contrario la presencia de este tipo de población está generalizada a nivel mundial, pero sobre todo en países en vía de desarrollo o aquellos que en el pasado tuvieron una crisis económica y social, ante lo cual las personas tuvieron que recurrir a este tipo de comercio para satisfacer sus necesidades, y ahora se encuentran en una inseguridad jurídica por su actividad laboral, de

esta forma se han tomado casos significativos que se relacionan con el presente tema de estudio, Rupkamdee, Vichai y otros (como se citó en Kusakabe, 2006) al respecto menciona que:

In Thailand, the Bangkok Metropolitan Administration (BMA) policy on street sales changes under the different governors. The problem for sellers is that sales policies change with each governor and depending on national and local policy. There is no concrete address for sales management, and sellers are often taken by surprise. For example, BMA suddenly changed the non-sales day from Wednesday to Monday and sellers were not informed. Such diffuse policies on street vendors result in harassment by state officials towards these people, although their situation creates reasons to be lenient towards it<sup>2</sup>. (s.p.).

Así mismo en Corea del Sur se realizó un análisis sobre el progreso en aspectos relacionados con las ventas ambulantes, dicho estudio se llevó a cabo por parte del Consejo Legislativo para la Administración Especial de Hong Kong, el cual establece que:

In South Korea, although there is no licensing regime for street vendors, street sales activities are tolerated unless their occupation of roads causes discomfort or obstructs traffic, jeopardizing pedestrian safety. For street vendors in South Korea, some social functions are being fulfilled by providing means to make a living especially for low-income households. Some areas of street vendors have become tourist attractions<sup>3</sup>. (Legislative Council, 2014, s.p.).

Las crisis financieras de los países propicia también que las personas recurran a la economía informal, así por ejemplo Indira (2014) indica que hay un gran aumento en el número de vendedores ambulantes después de la crisis financiera de 1998 afectando a países como Tailandia, Singapur y Filipinas; esto motivó que muchos de los trabajadores

2. Traducción: En Tailandia, la política de la Administración Metropolitana de Bangkok (BMA) sobre la venta ambulante cambia bajo los diferentes gobernadores (...) El problema para los vendedores es que las políticas de venta cambian con cada gobernador y dependiendo de la política nacional y local. No existe una dirección concreta para la gestión de ventas, y los vendedores a menudo son tomados por sorpresa. Por ejemplo, BMA cambió repentinamente el día de no ventas de miércoles a lunes y los vendedores no fueron informados. Dichas políticas difusas sobre los vendedores ambulantes resultan en hostigamiento por parte de los funcionarios estatales hacia estas personas, aunque su situación genera razones para ser indulgentes con ellos. Kusakabe, K. (2006). Policy Issues on Street Vending: An Overview of Studies in Thailand, Cambodia and Mongolia. International Labour Office - ILO
3. Traducción: En Corea del Sur, aunque no existe un régimen de licencias para los vendedores ambulantes, se toleran las actividades de venta ambulante a menos que su ocupación de las carreteras cause molestias u obstruya el tráfico, poniendo en peligro la seguridad de los peatones. Para los vendedores ambulantes en Corea del Sur se están cumpliendo algunas funciones sociales al proporcionar medios para ganarse la vida sobre todo a los hogares de bajos ingresos. Algunas áreas de vendedores ambulantes se han convertido en atracciones turísticas. Legislative Council (2014). Management and Control of Hawkers in Selected Jurisdictions. Hong Kong: Panel on Food Safety and Environmental Hygiene.

pierdan sus trabajos en el sector formal llevándolos a tomar la opción de las ventas ambulantes como forma de ganarse la vida. En Vietnam, también se vive una situación similar con los vendedores callejeros, convirtiéndose en un icono por su existencia desde hace cientos de años, con los tradicionales mercados móviles y callejeros, por cuanto señala The Korea Times (2018) “only 1,000 among them had city permission, and over 6,000 vendors sold food and general merchandise in the street illegally”<sup>4</sup>. (s.p.)

La presencia de vendedores informales ha forzado a los gobiernos a tomar medidas y acciones que permitan armonizar la presencia de estos comerciantes con el resto de la ciudadanía, especialmente en su presencia en el espacio público, así en Seúl, Corea del Sur

It is possible that street vendors in Seoul no longer have to worry about district officials assaulting them and confiscating their positions, as the city government will offer them legal status (...)the Seoul Metropolitan Government, developed guidelines to effectively treat street vendors (...) offering licenses to conduct business in the street<sup>5</sup>. (Kim, 2018, s.p.)

En el contexto suramericano, existen avances significativos en algunos países en aras de armonizar el uso de espacio público entre vendedores ambulantes y la comunidad en general. Así en Argentina existe el Código de Habilitaciones de la Ciudad de Buenos Aires, el cual regula una gran cantidad de ámbitos de la vida diaria como el transporte escolar, el equipamiento de los parques, juegos infantiles, locales de todo tipo de comercio, permisos para estacionar y de uso de pirotecnia, pero también lo concerniente a los permisos de usos en el Espacio Público, reglamentado por medio de la Ley N° 1.166, BOCBA 1857 del 14/01/2004, fijando criterios y categorías para las actividades comerciales, tipos de alimentos, e incluso permite ejercer la actividad comercial por cuenta de un tercero. Resultado importante reseñar que mediante la Disposición D.G.H. y S.A. N° 1.444/006, BOCBA 2493 del 02/08/2006, se creó el Registro de Postulantes para Permisos de Usos para venta en el Espacio Público, destinado a recepcionar las solicitudes y otorga la viabilidad de los permisos para el uso del espacio público (Argentina,

4. Traducción: Solo 1,000 entre ellos tenían permiso de la ciudad, y más de 6,000 vendedores vendieron comida y mercadería en general en la calle ilegalmente. The Korea Times.

5. Traducción: Es posible que los vendedores ambulantes en Seúl ya no tengan que preocuparse de que los funcionarios del distrito los asalten y confisquen sus puestos, ya que el gobierno de la ciudad les ofrecerá un estatus legal (...) el Gobierno Metropolitano de Seúl, elaboró directrices para tratar de manera efectiva a los vendedores ambulantes (...) ofreciendo licencias para dirigir los negocios en la calle de Kim, J.-h. (2 de July de 2018). Seoul to offer street vendor licenses. The Korea Times.

Ley 1.166 de 2004), una regulación que resulta particularmente importante y que ha generado avances significativos en la problemática sobre la utilización del espacio por parte de la economía informal, pues en Pasto, y en general en Colombia, la expedición de permisos está congelada y la administración municipal se niega a otorgarlas.

## 1.2. El panorama en Colombia

En Colombia la alta tasa de desempleo influye en las dinámicas sociales y económicas, y de las personas que ejercen alguna actividad comercial, muchas de ellas lo hacen en la denominada informalidad, que alcanza índices elevados en nuestro país, como informa el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) en su Boletín Técnico de Medición de empleo informal y seguridad social para el trimestre móvil marzo-mayo de 2019 donde informa que en las 13 ciudades y áreas metropolitanas, la proporción de hombres ocupados que eran informales fue de 44,8%, mientras que esta proporción para las mujeres fue de 49,5%. En el mismo periodo del año anterior, la proporción de ocupados informales para hombres y mujeres fue 46,1% y 49,1%, respectivamente (DANE, 2019).

Esto permite evidenciar el gran número de personas desempeñándose en el sector informal debido a la falta de oportunidades de empleo formal y directo, lo que tiene incidencia en el fenómeno de ocupación del espacio público, pues es precisamente este sitio al que las personas recurren para desarrollar alguna actividad comercial con el objetivo de lograr un sustento que les permita satisfacer sus necesidades pues “gran parte de la estabilidad social, económica y política del país se encuentra ligada al comportamiento de las tasas de desempleo e informalidad” (Ramiro, Ávila y Méndez, 201, p. 4).

A nivel nacional, la promulgación de la Constitución Política de 1991 no solo significó la transición a un ordenamiento jurídico más ajustado a la realidad social, sino que también marcó el inicio de un capítulo en la definición de nuevos bienes jurídicos tutelados, tal es el caso del espacio público. Así en la Carta política dispone que: “Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Sumado a lo anterior, la Ley 9 de 1989, brinda una definición del espacio público y su protección:

Artículo 5. Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana (...) por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.

Artículo 8. Establece como medio de defensa la acción popular para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios (Congreso de la República, 1989, Ley 9).

La citada norma determina que los municipios y entidades tanto públicas como privadas serán responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público.

A su vez, el Código Nacional de Policía y Convivencia retoma en su artículo 139 la definición de espacio público establecido en la Ley 9 de 1989, el mencionado Código en su artículo 140 establece los denominados comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público, entre los que se destacan el numeral 4 que “ocupar el espacio público en violación de las normas vigentes”, y el numeral 6 “promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público en violación de las normas y jurisprudencia constitucional vigente”. (Congreso de la República, 2016, Ley 1801). Estableciendo para los infractores que incurran en las conductas del numeral 4 la Multa General Tipo 1 (Cuatro (4) smmlv y para la consagrada en el numeral 6 la sanción es la Multa General tipo 4 consistente en la remoción de bienes y la sanción con treinta y dos (32) SMMLV al infractor (Congreso de la República, 2016, Ley 1801).

Ante la carencia de normatividad que regule el fenómeno de ocupación del espacio público por parte de vendedores informales emanada desde el órgano rector de Colombia, la Corte Constitucional en cumplimiento del mandato otorgado por la carta y como guardián de la misma, se ha pronunciado en más de 50 providencias abarcando el fenómeno de ocupación del espacio público por parte de vendedores

informales, en un intento de armonizar la colisión del derecho al trabajo, mínimo vital, vida digna, entre otros, con el del goce y disfrute del espacio público y su protección, para lo cual ha fijado reglas y tópicos particulares que pretenden dinamizar este fenómeno.

La Corte Constitucional ha abordado en distintas providencias la ocupación del espacio público por parte de vendedores informales, tanto en sede de revisión de las acciones de tutela como de las demandas de inconstitucionalidad y en los fallos unificadores de criterios, reiterando la connotación de la que goza el mismo, así en providencia T-225 de 1992 la Corte afirma el deber del Estado de armonizar los intereses en conflicto, con el fin de lograr la satisfacción de los derechos de las personas (Corte Constitucional, 1991, T-225), y en posteriores pronunciamientos acudiendo a criterios como la ponderación y el principio de la confianza legítima a favor de los vendedores informales, como mecanismo de armonización, la misma que es derivada del principio de buena fe, pues no es factible perder de vista que en la mayoría de los casos, para estas personas el comercio informal constituye la única vía lícita de acceso a su subsistencia (Corte Constitucional, 2007, T-773).

La protección al uso y goce del espacio público por parte de la ciudadanía es innegable, la misma que se antepone al interés particular pues prima la colectividad que ha sido una tesis reafirmada enfáticamente por la Corte Constitucional; sin embargo, el mismo Alto Tribunal también ha reconocido la incidencia y necesidades de los vendedores informales que desempeñan su actividad comercial en el espacio público. Así, en sentencia T-372 de 1993 la Corte Constitucional determinó que:

El conflicto entre el deber del Estado de recuperar y proteger el espacio público y el derecho al trabajo, ha sido resuelto en favor del primero de éstos, por el interés general en que se fundamenta. Pero se ha reconocido, igualmente, que el Estado en las políticas de recuperación de dicho espacio, debe poner en ejecución mecanismos para que las personas que se vean perjudicadas con ellas puedan reubicar sus sitios de trabajo en otros lugares. Del libre ejercicio del derecho fundamental al trabajo depende la subsistencia de las familias de los vendedores ambulantes (Corte Constitucional, 1992, T-372).

Así mismo, en sentencia T-578 de 1994 se trata el tema de la recuperación del espacio público y la garantía del derecho al trabajo, mencionando que:

A la luz de este criterio, deben ser desechadas las interpretaciones parciales de la norma constitucional, sustituyéndolas por una visión integral y coherente que otorgue a cada uno de los derechos comprometidos el lugar y la importancia que la propia Carta les otorga (Corte Constitucional, 1994, T-578).

Quedando de manifiesto la incidencia del individuo, en este caso el vendedor informal, en el aspecto general y de protección abstracta para la colectividad, pues los derechos en colisión requieren ser adecuados y armonizados correctamente, para evitar una vulneración y sacrificio excesivo de uno frente a otro, como se señala en la providencia T-398 de 1997

En jurisprudencia reiterada la Corte Constitucional ha establecido que la recuperación del espacio público es una obligación del Estado que no puede ser obstaculizada por la invocación del derecho al trabajo, ya que el interés general prevalece sobre el interés particular. (Corte Constitucional, 1997, T-398)

La Corte Constitucional respecto al proceso y planes de recuperación del espacio público señala que al momento de su formulación y ejecución, se deben haber estudiado, en lo que sea técnicamente posible, todas las dimensiones de dicha realidad que resultarán afectadas por la política, programa o medida en cuestión, incluyendo la situación de vulnerabilidad de las personas que se desempeñan en la economía informal, a quienes se deberá reubicar. Frente al colectivo se deberán adelantar, en forma simultánea a la ejecución de la política en cuestión, las medidas necesarias para minimizar el daño recibido, de tal manera que se respete el núcleo esencial de su derecho al mínimo vital y a la subsistencia en condiciones de dignidad con el objetivo de conciliar y armonizar los intereses en conflicto (Corte Constitucional, 2003, T-772).

Dicha armonización debe ser más precisa cuando trata de procesos y fenómenos sociales<sup>6</sup> que pueden tener una trascendencia mayor, ya que el retiro del espacio público de vendedores informales unilateralmente y sin tener un debido proceso, puede generar repercusiones directas en otras dinámicas sociales como el desempleo, el acceso a derechos y saneamiento básicos e incluso en ámbitos de seguridad ciudadana.

6. La Corte Constitucional aborda la incidencia de estos fenómenos sociales en varias sentencias, pero las de mayor trascendencia son la SU- 360 de 1994 y particularmente la T -772 de 2003.

Ante la creciente problemática de ocupación del espacio público el gobierno promulgó la Ley 1988 de 2019, dicha norma busca brindar los lineamientos para la creación de una política pública de los vendedores informales y de esta forma garantizar los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital, al trabajo y a la convivencia en el espacio público (Congreso de la República, 2019, Ley 1988). Por ello, es importante que la formulación de la política pública cuente con la participación de los actores principales como son los vendedores informales y/o sus gremios, entidades territoriales y municipales, para que se trabaje de manera articulada y cada uno de ellos aporte en la construcción de la misma.

### **1.3. Una aproximación a la ocupación del espacio público en la ciudad de Pasto**

Es necesario visibilizar la realidad que se vive en el espacio público, ya que si bien existen diferentes regulaciones sobre el uso y disfrute del mismo, la realidad contrasta con lo que se experimenta en espacios como parques, plazas o hasta una calle; la ocupación del espacio público por parte de vendedores informales en el municipio de Pasto es una constante que tiene incidencia en todo el perímetro urbano y rural, los vendedores comercializan productos alimenticios y diferentes tipos de artículos, al respecto Bhowmik (2005) manifiesta que:

Street sales vary in terms of scale, time, location, remuneration, labor and types of goods sold and services provided. It can be a full-time occupation, a part-time, seasonal or occasional occupation. Only one person can do it, but it can also be a franchise of a larger street business<sup>7</sup>. (s.p.)

A diario se observa la presencia de vendedores informales que recorren las calles, lo que ha conllevado a que la administración municipal inicie varias acciones a lo largo de los años para dar solución a la economía informal, es así como en el año 2001 la Alcaldía inició un proceso de concertación para la reubicación de vendedores informales ubicados en las calles 17 y 18 y las carreras 19 a 26 en un intento por brindar alternativas de trabajo reales y viables.

7. Traducción: Las ventas en la calle varían en términos de escala, tiempo, ubicación, remuneración, mano de obra y tipos de bienes vendidos y servicios prestados. Puede ser una ocupación a tiempo completa, una ocupación a tiempo parcial, estacional u ocasional. Puede hacerlo una sola persona, pero también puede ser una franquicia de un negocio callejero más grande.

Dado que no se estaba cumpliendo con lo acordado en la concertación, los vendedores que eran parte del proceso interpusieron una acción popular radicada bajo el número 01-1511<sup>8</sup>, como respuesta a la misma el Tribunal Administrativo de Nariño profirió Sentencia con fecha 09 de Julio del 2003 con ponencia del doctor Hugo Hernando Burbano Tajumbina<sup>9</sup>, en la cual ordenó a la administración municipal “concluya el proceso de concertación que se viene adelantando con los vendedores ambulantes<sup>10</sup> con miras a la restitución del espacio público ocupados por ellos, en el sector comprendido entre las calles 17 y 18 y entre las carreras 19 y 26 de esta ciudad y construya las obras que se acuerden en dicho proceso con destino a la reubicación de los mencionados vendedores”.

Como resultado de las acciones adelantadas por los vendedores informales se construyeron varios centros comerciales o de ventas populares<sup>11</sup> donde se reubicaron a estos en módulos o locales de trabajo, pero debido a que no se realizó un análisis concienzudo de las necesidades de este colectivo, la iniciativa fracasó en aspectos tales como la permanencia de los beneficiarios en los espacios otorgados, ya que en muchos casos los mismos vendieron o cedieron sus locales aduciendo motivos como la baja afluencia de público, falta de un órgano de administración y problemas con la escrituración, lo que generó que los mismos vuelvan a ocupar el espacio público para desarrollar su actividad comercial. Cabe resaltar que esta fue el último programa de este tipo realizado por la Alcaldía para mejorar las condiciones de los vendedores informales de la ciudad, de tal forma que desde ese momento no se ha construido ningún otro centro comercial destinado a la reubicación de los mismos<sup>12</sup>.

A pesar de que la Alcaldía ha desarrollado algunas alternativas de solución frente al conflicto del espacio público, estos no se han mantenido en el tiempo debido a los cambios en la administración, situación

- 
8. Para dar cumplimiento al fallo Judicial y como avance al Proceso de Concertación, el Municipio construyó el Centro Comercial Veinte de Julio,
  9. Esta providencia judicial es esgrimida como argumento para negar la expedición de nuevas licencias a los vendedores que intentan solicitarlas.
  10. De este proceso quedaron alrededor de 100 vendedores que no hicieron parte del mismo, esa es la cifra “residual”.
  11. Producto de este proceso se edificaron el pasaje comercial la Merced, el Centro de Ventas Populares la 16 y el Centro Comercial Veinte de Julio.
  12. La administración considera que en la ciudad la cifra de vendedores informales no supera las 700 personas, adicionalmente, en manifestaciones extraoficiales de los funcionarios de la Dirección de Espacio Público informan que cada mes alrededor de 4 nuevos vendedores salen a ocupar el espacio público, cifra que resulta de dividir el número de personas por el número de meses desde que se llevó a cabo el proceso de concertación que derivó en la construcción de los mencionados centros comerciales hace casi ya dos décadas.

que ha significado la creación y aplicación de varios decretos que han afectado a las personas que laboran en el espacio público, contribuyendo a que se incremente la problemática laboral para aquellas personas que no cuentan con otro medio de subsistencia sino la economía informal, esto se evidencia en el Decreto 0656 del 21 de octubre de 2015, en el cual se establece que habrá sanciones para aquellas personas que ocupen el espacio público en ciertas circunstancias como la remoción de escombros o cambios en la infraestructura del espacio, sin embargo, este manifiesta no ser aplicable a las ventas informales que se ubican en la ciudad (Alcaldía de Pasto, 2015, Decreto 0656); sin embargo, en la realidad los funcionarios aplicaban dicho decreto para realizar procedimientos de decomiso e incautación de mercancía a los vendedores en toda la ciudad, aunque el objeto del mismo no fuera dar manejo o regular la ocupación del espacio público por parte de vendedores informales generando inseguridad jurídica.

Igualmente se puede referenciar el Decreto 0637 del 29 de diciembre de 2017 el cual contiene disposiciones normativas que resultan coercitivas y afectan de manera desproporcionada a la población dedicada a las ventas ambulantes, ya que sus medidas son excesivas y sacrifican los derechos de los vendedores ambulantes, lo que se puede evidenciar en su

Artículo 1. *PROHIBIR el estacionamiento o ubicación permanente de carretas de tracción humana, carretillas, buggys, triciclos, bicicletas, motocarros, piaggios con frutas, carros de comestibles, carros de mercado, carretas de tracción animal, vehículos motorizados o cualquier tipo de estructura de transporte de mercancías o de frutas destinadas para el comercio informal en todo el municipio de Pasto.*

Artículo 2. *PROHIBIR la circulación desde las cinco (5) de la mañana hasta las diez (10) de la noche a partir de la entrada en vigencia del presente decreto (...)*

Artículo 3. *PROHIBIR a los propietarios de parqueaderos, administradores, o quien haga sus veces en estos establecimientos de los sectores comprendidos entre: el antiguo Amorel de la avenida calle 20 con carrera 32, hasta la casa de ejercicios de los padres Jesuitas calle 15 con carrera 32, de la carrera 32 hasta la carrera 20° (...) promover o facilitar el uso u ocupación del espacio público, considerando como sanción las contempladas en el código de policía y Convivencia Ley 1801 de 2016 (Alcaldía de Pasto, 2017, Decreto 0637).*

Sin embargo, esta situación es totalmente contradictoria con las funciones que deben ejercer los funcionarios de la Dirección de Espacio Público, debido a que dentro del Decreto 0433 del 23 de octubre de 2017 que consagra el Manual de Funcionamiento, claramente se determinan varias funciones entre las cuales se podría resaltar los siguientes numerales: “9. Ejercer el control del espacio público y remitir los asuntos que surjan a las autoridades correspondientes para que se tomen las medidas sancionatorias” (Alcaldía de Pasto, 2017, Decreto 0433). Esta situación es contraria a la realidad, debido a que, como se ha visibilizado en varias ocasiones los decomisos realizados, se realizan de una forma arbitraria, donde se retira los productos, se los decomisa pero los vendedores ambulantes no reciben ningún tipo de acta o documento donde se certifica el procedimiento, posteriormente al acudir ante las autoridades se entrega dicho documento, sin que ello significa que se haya desarrollado el procedimiento de forma adecuada.

Así mismo, podemos mencionar el numeral “13. Organizar, actualizar el registro de vendedores informales y realizar seguimiento a las autorizaciones para el ejercicio de esta actividad” (Alcaldía de Pasto, 2017, Decreto 0433), este puede ser analizado desde una óptica que contradice totalmente el decreto 0637 de 2017, como se observa en este se presenta una prohibición total y absoluto de las ventas informales, cuando es una función del espacio público otorgar los correspondientes permisos y vigilar el cumplimiento de los requerimientos que se consideren pertinentes para la armonización de la adecuada utilización del espacio público, cosa que va en contravía no solo de las funciones establecidas por la misma administración para los funcionarios, sino de la amplia jurisprudencia de las altas cortes donde se fijan unos parámetros que permitan dar solución a la problemática de la ocupación del espacio público.

El Decreto 0013 de 2019 derogó al Decreto 088 de 2018, este último restringía la circulación y estacionamiento en una zona determinada en el centro de la ciudad y en un horario comprendido entre las 6 am hasta las 8 pm de diversos elementos utilizados por los vendedores informales para ejercer su actividad, entre estos se encontraban las carretas de tracción humana o animal, buggys, canastas, etc, permitiendo únicamente aquellas estructuras móviles que no sobrepasen las medidas establecidas por la Alcaldía (30 cm de ancho por 40 cm de largo y 50

cm de alto) y que no sean usadas para la comercialización de frutas o verduras.

Posteriormente se promulga el Decreto 0013 de 2019 que es objeto de la presente investigación, dicho Decreto tiene como finalidad

Artículo 1. Restringir la circulación, estacionamiento de carretas, canastillas e instrumentos informales similares diseñados para la comercialización de frutas, verduras y todo tipo de alimentos en la ciudad de San Juan de Pasto y se dictan disposiciones para la protección del espacio público en la zona centro y zonas aledañas a las plazas de mercado (Alcaldía de Pasto, 2019, Decreto 013).

En cuanto a la distribución del espacio público de la ciudad, es importante reseñar que en la zona céntrica se percibe una ocupación mayor, debido principalmente al flujo peatonal y vehicular, recalando que en la calle 17 entre carreras 19 a 26 la ocupación es más alta. De tal modo, en el Decreto 0013 se desconoce flagrantemente los derechos de los vendedores informales amparados por los principios constitucionales como por ejemplo la buena fe, la confianza legítima y el respeto del acto propio de la administración.

Entre los esfuerzos organizados por parte de la administración local para dar solución a la ocupación del espacio público se encuentra el programa de reconversión laboral con un sector de vendedores de frutas en carretas; sin embargo, para el resto de población informal no existen esas alternativas o programas pues aún se encuentra en fase de concertación y acercamiento, pero hasta el momento no existe una ruta o plan de acción destinado a recuperar el espacio público brindado alternativas de trabajo y/o reubicación.

A pesar de los avances por parte de la Alcaldía solo un pequeño sector de los vendedores informales se ha visto beneficiado con esta iniciativa, en contraste el Decreto anteriormente mencionado consagra una prohibición sin ofrecer alternativas laborales y de reconversión, ya que no existen estudios, censos o caracterizaciones pues en ningún momento se da cumplimiento a lo establecido por la amplia jurisprudencia constitucional, que establece que se debe proponer alternativas laborales adecuadas y acorde a la línea de trabajo del vendedor informal.

Para minimizar el impacto del Decreto 0013 de 2019 y en un intento de recuperar el espacio público y dar cumplimiento al ordenamiento

jurídico vigente, la Alcaldía de Pasto luego de un proceso de concertación, censo y caracterización<sup>13</sup> realizado en los años 2017 y 2018 emanó el Decreto 064 de 2019, que en su artículo primero desglosa su objeto:

Implementar el plan de reubicación y/o reconversión laboral de los vendedores ambulantes sector carretas de tracción humana y se recupera el espacio público de la ciudad de San Juan de Pasto invadido por vendedores informales que comercializan frutas, verduras y alimentos a través de carretas de tracción humana en la zona céntrica comprendida entre la carrera 19 a carrera 32, entre calles 14 a 22, brindando para el desalojo efectivo del espacio público invadido alternativas de reubicación y reconversión laboral respetando la dignidad humana, mínimo vital, derecho al trabajo de los vendedores informales del sector de carretas de tracción humana que se encuentren censados y caracterizados entre el año 2017-2018, y que hayan demostrado la configuración del principio de confianza legítima, ocupación real del espacio público y condición de vulnerabilidad, marginalidad o que pertenecen a grupos de especial protección ligados al mínimo vital y desarrollo de actividades en el espacio público (Alcaldía de Pasto, 2019, Decreto 064).

A renglón seguido y en su artículo segundo determina las alternativas ofrecidas, señalando:

1. Ingreso a un puesto en plazas de mercado de conformidad con el reglamento interno establecido (alternativa de reubicación - sujeto a plan de negocio).
2. Constitución de un micro negocio de emprendimiento (alternativa de reconversión - sujeto a plan de negocio)
3. Constitución de mercados móviles (alternativa de reubicación - sujeto a plan de negocio). (Alcaldía de Pasto, 2019, Decreto 064).

Luego, a lo largo del cuerpo del Decreto 064 se desglosa con mayor detalle los planes y se fijan tareas, responsabilidades y procedimientos de ingreso al proceso de reconversión laboral. Sin embargo, el proceso se adelantó con un sector de los vendedores de fruta en carretas de

---

13. En diálogos y pronunciamientos extraoficiales efectuados en reuniones adelantadas con la organización sindical vinculada al proyecto investigativo, se pudo constatar que la administración municipal no cuenta con un censo o caracterización de la población de vendedores que resulte preciso y fiable, por lo cual resulta imposible aportar una cifra, ya que se maneja una cifra calculada arbitrariamente de vendedores “residuales” que no fueron parte del proceso de reconversión o reubicación laboral.

tracción humana agrupados en un sindicato denominado SIVEAM<sup>14</sup>, y para el resto de vendedores informales de la ciudad no se ha adelantado un proceso de censo o verificación de condiciones que permita acceder a un programa de reconversión laboral, por lo cual estas alternativas plasmadas han llegado a un reducido grupo de vendedores, dejando de manifiesto que los procesos de desalojo solo podrán ejecutarse contra quienes han hecho parte del proceso de reconversión laboral, pues contra el resto de vendedores informales aún no se ha llegado a tal punto.

Cabe resaltar que la gran cantidad de procedimientos adelantados por funcionarios de Espacio Público en compañía de la Policía Nacional en Pasto en aplicación del Decreto 0013 de 2019, no se ajustan a los postulados fundamentales de la Carta, ni a las reglas y criterios que ha fijado la Corte Constitucional, ya que las estrategias empleadas por dichos funcionarios resultan ser arbitrarias en aplicación del Código Nacional de Policía, especialmente el decomiso de mercancías, sin un previo y debido proceso ni tampoco con arreglo a lo dispuesto por el mismo Código de Policía y de Convivencia así como del ordenamiento jurídico vigente.

Es así, que en muchas páginas de Facebook (Ver anexo) se encuentran semanalmente grabaciones y fotografías aportadas por la ciudadanía donde se evidencia los procedimientos arbitrarios y con desconocimiento total de las derechos y postulados consagrados en la normatividad, pero especialmente en la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional. A tal punto que algunos medios locales de comunicación<sup>15</sup> (Nariño Noticias, 2019) han reseñado estos eventos en sus informativos de noticias, notas periodísticas que dejan de manifiesto la carencia del debido proceso para efectuar estos procedimientos, así como la inexistencia de alternativas o programas de reconversión laboral en aras de recuperar el espacio público ocupado por vendedores informales.

---

14. El Sindicato de Vendedores Ambulante de Pasto - SIVEAM -, es una organización que agremia a los vendedores de frutas en carretas, sin embargo y pese a los reiterados intentos no se logró recabar mayor información debido a lo difuso de su estructura y organización, en consecuencia la referencia sobre su participación en el proceso determinado en el Decreto 064 de 2019 se logró gracias a la información suministrada por distintas organizaciones sindicales al ser cuestionadas sobre su inclusión en el citado proceso.

15. Nota periodística realizada el 08 de agosto de 2019 por el informativo Nariño Noticias, frente a una denuncia de un procedimiento arbitrario de incautación. <https://www.youtube.com/watch?v=n28gM6j2HnU>

## 2. RESULTADOS

### 2.1. Tratamiento jurisprudencial para los vendedores informales

En el intento de abordar el fenómeno de la ocupación del espacio público por parte de vendedores informales la Corte en la sentencia T-772 de 2003 los clasifica en 3 grupos:

- (a) vendedores informales estacionarios: son quienes se instalan junto con los bienes, implementos y mercancías que aplican a su labor en forma fija en un determinado segmento del espacio público excluyendo el uso y disfrute del mismo por las demás personas de manera permanente, de tal forma que la ocupación del espacio subsiste aun en las horas en que el vendedor se ausenta del lugar –por ejemplo, mediante una caseta o un toldo.
- (b) vendedores informales semi-estacionarios: son quienes no ocupan de manera permanente un área determinada del espacio público, pero que no obstante, por las características de los bienes que utilizan en su labor y las mercancías que comercializan, necesariamente deben ocupar en forma transitoria un determinado segmento del espacio público, como por ejemplo el vendedor de perros calientes y hamburguesas del presente caso, o quienes empujan carros de fruta o de comestibles por las calles.
- (c) vendedores informales ambulantes: son quienes sin ocupar el espacio público como tal por llevar consigo –es decir, portando físicamente sobre su persona– los bienes y mercancías que aplican a su labor, no obstruyen el tránsito de personas y vehículos más allá de su presencia física personal, pero recorren las calles constantemente ofreciendo sus productos. (Corte Constitucional, 2003, T-772)

### 2.2. Principios constitucionales aplicables a los vendedores informales en el espacio público

#### 2.2.1. La Confianza Legítima.

La Corte Constitucional ha empleado este principio como medio idóneo para armonizar los intereses particulares y de la colectividad en conflicto, así en la sentencia T- 096 de 1996<sup>16</sup> determina que dicho principio

Tiene su sustento en el principio general de la “buena fe”. Si unos ocupantes del espacio público, creen, equivocadamente claro está, que tienen un derecho sobre aquél porque el Estado no solamente les ha permitido sino

16. Es importante señalar que la esencia de la tesis de Confianza legítima se ha mantenido en el tiempo a través de las diferentes sentencias.

facilitado que ejecuten actos de ocupación, y han pasado muchos años en esta situación que la Nación y el Municipio contribuyeron a crear, es justo que esos ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado social de derecho, resaltando que dicha medida de protección no corresponde a una indemnización ni reparación ni mucho menos un desconocimiento del principio de interés general. (Corte Constitucional, 1996, T-096).

Es así como los comerciantes informales pueden invocar la confianza legítima y la buena fe que es entendida como elemento integrador y necesario de la primera. En este caso, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada o que haga parte de cualquiera de las situaciones mencionadas a continuación (Corte Constitucional, 1999, SU-360):

1. La necesidad de preservar de manera perentoria el interés público.
2. Una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados.
3. La necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad.
4. Se trate de comerciantes informales que hayan ejercido esa actividad con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar el espacio público por ellos ocupado y que dicha ocupación haya sido consentida por las autoridades correspondientes<sup>17</sup>. (Corte Constitucional, 1999, SU-360)

Por lo que estas personas tenían certeza de que “la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga” (Corte Constitucional, 1999, SU-360), así en la misma providencia SU-360 señala la Corte que dentro de este contexto, en el caso de la ocupación del espacio público por parte de los vendedores ambulantes constituyen “pruebas de la buena fe”:

1. Las licencias, permisos concedidos por la administración<sup>18</sup>.
2. Promesas incumplidas<sup>19</sup>.
3. Tolerancia y permisión del uso del espacio

17. Presupuesto citado y añadido a los 3 anteriores en la providencia T - 728 de 2006, siendo extraído a su vez de la providencia T - 160 de 1996.

18. Para mayor información se pueden consultar las sentencias T- 160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998.

19. Para mayor información se pueden consultar las sentencias T- 617 de 1995 y SU - 360 de 1999.

público por parte de la propia administración<sup>20</sup> (...) En igual sentido, señala la Corte que este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, pues cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones, por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. (Corte Constitucional, 1999, SU-360)

Adicionalmente, la Corte ha determinado que la protección de la confianza legítima se extiende hasta la actividad comercial que desarrolla el vendedor informal, así por ejemplo si un vendedor se dedica al comercio de comidas rápidas debe ser reubicado en la misma actividad y el cambio de actividad solo puede darse de manera voluntaria y no por imposición o requisito para acceder a las alternativas o programas de reconversión (Corte Constitucional, 2006, T-729).

#### *2.2.1.1. Parámetros para demostración y comprobación de la confianza legítima.*

La administración debe diseñar un proceso encaminado a verificar la presencia de confianza legítima entre los vendedores informales que ocupan el espacio público, dicho proceso debe respetar las garantías legales y constitucionales, especialmente el debido proceso y el derecho a la defensa. En sentencia T-424 de 2017 la Corte determinó al respecto que se acredite, a través de cualquier medio probatorio, que la persona ejerce el comercio informal, así como prueba por parte de dicho vendedor informal de una presunta vulneración al principio de confianza legítima (Corte Constitucional, 2017, T-424). Así, debemos remitirnos a lo dispuesto en el Código General del Proceso, en su artículo 165 sobre los medios de prueba que determina:

Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. (Congreso de la República, 2012, Ley 1564)

Aplicado a la situación de los vendedores informales y para los dos (2) primeros requisitos (las licencias, permisos y promesas incumplidas) la prueba son los documentos en sí mismo y para el tercer (3)

20. Sentencia T-396 de 1997, T-438 de 1996 y T 772 de 2003.

requisito (tolerancia y permisión de la Alcaldía) pueden ser testimonios o declaraciones de cualquier persona que conozca su situación y que pueda dejar constancia sobre aspectos como el tiempo y la actividad laboral que ha desempeñado en el sector, sus condiciones socioeconómicas, en el caso de ser testigo de decomiso de sus productos sin el debido proceso o sin verificar la presencia de confianza legítima y finalmente el incumplimiento de programas o planes de reubicación por parte de la administración y en consecuencia la falta de alternativas laborales.

### ***2.2.2. Legitimidad de los programas de recuperación del espacio público.***

La Corte Constitucional en la sentencia T-729 de 2006, ha fijado los requisitos para la legitimidad desde la perspectiva constitucional, de los planes de restitución del espacio público ocupado por comerciantes informales que ejercen esta actividad bajo el amparo de la confianza legítima. De acuerdo con ellos, las autoridades están enteramente facultadas para llevar a cabo acciones tendientes a la recuperación y preservación del espacio público con la condición que:

**(i)** Se adelanten con observancia del debido proceso y el trato digno a quienes resulten afectados con la política; **(ii)** Se respete la confianza legítima de los comerciantes informales; **(iii)** Estén precedidas de una cuidadosa evaluación de la realidad sobre la cual habrán de tener efectos, con el seguimiento y la actualización necesarios para guardar correspondencia entre su alcance y las características de dicha realidad, con miras a asegurar el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales a través del ofrecimiento de alternativas económicas a favor de los afectados con la política; **(iv)** Se ejecuten de forma tal que impidan la lesión desproporcionada del derecho al mínimo vital de los sectores más vulnerables y pobres de la población, al igual que la privación a quienes no cuentan con oportunidades de inserción laboral formal de los únicos medios lícitos de subsistencia a los que tienen acceso. (Corte Constitucional, 2006, T-729).

Recalcando que en la ya referenciada providencia T- 729 de 2006 se afirma que en ese sentido,

el recto entendimiento del principio de confianza legítima permite inferir que no basta que la administración adelante una política de reubicación, cualquiera que esta sea, sino que es necesario que la misma genere el menor impacto posible respecto del ejercicio de los derechos constitucionales de los afectados. Por lo tanto, no resultarán admisibles desde la perspectiva constitucional medidas de reubicación que atenten o limiten

desproporcionadamente los derechos fundamentales de los comerciantes informales. (Corte Constitucional, 2006, T-729).

Para resumir, no haber sido incluido o no encontrarse en un censo o caracterización adelantado por la administración municipal con miras a implementar planes de recuperación del espacio público y de otorgamiento de alternativas laborales, no es requisito para ser beneficiario de la confianza legítima pues la administración debe procurar llegar a la mayor cantidad de vendedores, resaltando la salvedad de que dicha razón de no haber sido incluido no debe ser imputable o por negligencia del vendedor (Corte Constitucional, 2014, T-231).

### ***2.2.3. Aplicación del Código Nacional de Policía y Convivencia a vendedores informales que ocupan el espacio público.***

La aplicación de las medidas correctivas contempladas en el Código Nacional de Policía y Convivencia debe respetar las garantías fundamentales, como lo ha señalado la Corte en sentencia T-630 de 2008 que la restitución del espacio público debe ajustarse al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política. Este precepto prescribe que

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.* En virtud de tal disposición, se reconoce el *principio de legalidad* como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa. De esta manera, el debido proceso se define como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley. (Corte Constitucional, 2008, T-630)

Sumado a lo anterior, la aplicación de las medidas correctivas se encuentran condicionadas por la Corte Constitucional ya que:

El ejercicio de esa atribución de policía permite, en consecuencia, que si una determinada Administración adopta como política, digna de ejecutar prioritariamente en una ciudad o municipio, la recuperación del espacio público –que, se repite, tiene fundamento en la propia Carta–, aplique

el aludido procedimiento, pero debe anotarse que, para no contrariar la Constitución ni cercenar derechos fundamentales, no se trata de un uso arbitrario de la facultad, pues ésta debe someterse a postulados como los del debido proceso, la protección especial al trabajo, la igualdad y la confianza legítima del ciudadano. (Corte Constitucional, 2008, T-630)

Por cuanto la Corte en sentencia C-211 de 2017, al analizar la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 140 del Código Nacional de Policía resolvió que:

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo examinado los parágrafos 2º (numeral 4) y 3º del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016, EN EL ENTENDIDO que cuando se trate de personas en situaciones de debilidad manifiesta o pertenecientes a grupos de especial protección que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional se encuentren protegidas por el principio de confianza legítima, no se les aplicarán las medidas correccionales de multa, decomiso o destrucción, hasta tanto se les haya ofrecido por las autoridades competentes programas de reubicación o alternativas de trabajo formal, en garantía de los derechos a la dignidad humana, mínimo vital y trabajo. (Corte Constitucional, 2017, C-211)

Finalmente, es importante resaltar que el numeral 4 fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional mediante sentencia C-211 de 2017, y contra el numeral 6 en marzo de 2019 la Corte admitió la demanda de inconstitucionalidad, la misma que se encuentra en curso, y es probable que la Honorable Corte asuma la misma posición y condicione dicho numeral, tal y como ya ocurrió en la sentencia C-211 de 2017.

### **2.3. Foro Participativo**

Dada la complejidad y el interés generado por varios sectores sobre la problemática del espacio público, se planearon y desarrollaron algunos foros participativos en Pasto, en los que se invitó a los diferentes actores relacionados con la problemática del espacio público, como por ejemplo los funcionarios de la Dirección de Espacio Público, Policía Nacional, los Vendedores Informales y/o sus gremios y comunidad en general. En el mismo se trataron temas como los requisitos para acceder a la reubicación, confianza legítima, la aplicación de multas y sanciones (Código de Policía) y la responsabilidad del Estado.

En el primer encuentro, desarrollado con el apoyo de la Universidad de Nariño y la Facultad de Derecho, se facilitó el espacio del Paraninfo universitario como escenario para la confluencia y la participación de

los diferentes actores, en el caso de los funcionarios de la Policía Nacional como de los Vendedores Informales permitió visibilizar sus puntos de vista respecto al espacio público y estas intervenciones sirvieron de insumo para complementar la formulación de GUIDEVI. Cabe mencionar que ningún funcionario de la Dirección de Espacio Público hizo presencia durante el acto y por ello no fue posible obtener sus apreciaciones sobre el mismo, pese a la invitación realizada.

Posteriormente, la organización sindical Unión General de Trabajadores Informales y de la Economía Informal UGTI - Regional Nariño, solicitó de manera verbal se desarrolle una nueva jornada de capacitación a fin de lograr la participación de un mayor número de vendedores y con ello profundizar en aspectos propios de su quehacer y la relación directa establecida con la administración representada por la Alcaldía y la Dirección de Espacio Público. Lo mismo para el municipio de Ipiales, donde se adelantó con líderes de sindicatos de dicha ciudad.

### **3. GUÍA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS VENDEDORES INFORMALES - GUIDEVI**

GUIDEVI ha sido creada a partir de la recopilación de la extensa jurisprudencia constitucional, extrayendo los conceptos y pronunciamientos de la Corte Constitucional e incluyéndolos en una Cartilla informativa dirigida a la población de vendedores informales (ver Anexo). La cartilla surge como respuesta a la necesidad de contrastar la legislación con la realidad que vive el colectivo de vendedores informales en la ciudad, ya que se evidencia la vulneración de sus derechos cuando por parte de las autoridades extralimitan la actuación de sus funciones.

Así, el documento pretende convertirse en una guía orientadora respecto a los parámetros que la jurisprudencia establece para acceder a las oportunidades de reubicación laboral, teniendo en cuenta los principios constitucionales de confianza legítima, buena fe y respeto al acto propio.

La cartilla cuenta con cuatro (4) ejes que buscan contextualizar a la comunidad en general entre los que se encuentran la población objetivo de vendedores ambulantes y todo aquel que se interese por la temática desarrollada, entre estas se encuentran (Ver anexo):

Eje 1. Qué es el espacio público

Eje 2. Solución a la problemática de la ocupación del espacio público

Eje 3. Programa o política de recuperación del espacio público

Eje 4. Casos

## CONCLUSIONES

La investigación desarrollada permitió observar las diferentes situaciones que se suscitan en el espacio público, estableciendo que las actividades relacionadas con la economía informal han incrementado con el paso del tiempo debido principalmente a los cambios sociales, así la creciente falta de oportunidades laborales, ha llevado a que muchas personas adopten las ventas ambulantes e informales como única forma de subsistencia.

El caso de estudio facilitó el análisis de la jurisprudencia que sobre el uso del espacio público existe, a su vez permitió vislumbrar el conflicto existente entre el colectivo que hace parte de la economía informal y la ocupación del espacio público, determinando que a pesar de que el Estado está en la obligación de salvaguardar y regular las zonas de libre acceso, también debe brindar soluciones laborales a los vendedores informales y mientras no ocurra esta situación debe regular adecuadamente la utilización del espacio público por parte de los trabajadores de la economía informal.

El análisis jurisprudencial finalmente permitió identificar los parámetros que debe tener en cuenta la administración local frente al manejo del espacio público pero al mismo tiempo no se debe desconocer las necesidades de las personas que laboran en la economía informal, ya que los dos son ejes fundamentales en la formulación de una política pública, por ello se debe equilibrar la carga de estos dos escenarios para que se busque tanto el bienestar colectivo como individual y no se vulnere ningún derecho fundamental tanto a los ciudadanos como a los vendedores informales.

La administración municipal ha implementado medios para brindar alternativas laborales, sin embargo las mismas solo han llegado a un número reducido de vendedores informales, dejando a un gran número de ellos sin acceso a estos programas de reconversión laboral. Adicionalmente, para el caso de los centros comerciales se evidencia que los mismos no son ocupados por los vendedores beneficiarios, por distin-

tos motivos, entre ellos la falta de ventas y de flujo de público, así como las condiciones locativas.

Pese al prolijo desarrollo jurisprudencial, en Pasto las autoridades no cumplen con el debido proceso y demás requisitos fijados por la jurisprudencia para proceder a la recuperación del espacio público ocupado por parte de vendedores informales, ya que los decomisos y procedimientos se efectúan de manera arbitraria y sin brindar alternativas de trabajo, ni con la previa verificación de confianza legítima entre los vendedores objeto de dichas políticas, constituyéndose en una flagrante violación de la regulación vigente.

## REFERENCIAS

- Alcaldía Municipal de Pasto (2015, 21 de octubre). *Decreto 0656 de 2015 “Por el cual se reconocen los hechos de ocupación indebida del espacio público en el municipio de Pasto”*. Pasto.
- Alcaldía Municipal de Pasto (2017, 29 de diciembre). *Decreto 0637 de 2017 “Por el cual se prohíbe el ingreso, estacionamiento y circulación de carretas y similares en la zona céntrica de la ciudad de San Juan de Pasto y se dictan disposiciones para la protección del espacio público”*. Pasto.
- Alcaldía Municipal de Pasto (2019, 16 de enero). *Decreto 013 de 2019 “Por el cual se restringe la circulación, estacionamiento de carretas, canastillas e instrumentos informales similares diseñados para la comercialización de frutas, verduras y todo tipo de alimentos en la ciudad de San Juan de Pasto”*. Pasto.
- Alcaldía Municipal de Pasto (2019, 06 de marzo). *Decreto 064 de 2019 “Por el cual se implementa el plan de reubicación y/o reconversión laboral de los vendedores ambulantes sector carretas de tracción humana y se recupera el espacio público de la ciudad de San Juan de Pasto”*. Pasto.
- Ander-Egg, E. (2005). *Metodología y práctica del desarrollo de la comunidad* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editorial Lumen Hvmanitas.
- Asamblea Legislativa de la Argentina (2004, 14 de enero). *Ley N° 1.166*. Buenos Aires, Argentina: Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires - BOCBA.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Gaceta Constitucional.

- Bhowmik, S. K. (2005). Street Vendors in Asia. *Economic and Political Weekly* [Vendedores ambulantes en Asia. Economía y política semanal], XL(22-23), 2256-2264.
- Bonilla, E., & Rodríguez, P. (1997). *Más allá del dilema de los métodos: La investigación en ciencias sociales*. Bogotá: Editorial Uniandes.
- Congreso de la República (1989, 11 de enero). *Ley 9 de 1989 “Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá.
- Congreso de la República (2012, 12 de julio). *Ley 1564 de 2012 “ Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá.
- Congreso de la República (2016, 29 de julio). *Ley 1801 de 2016 “Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana”*. Bogotá.
- Congreso de la República (2019, 02 de agosto). *Ley 1988 de 2019 “Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación, implementación y evaluación de una política pública de los vendedores informales y se dictan otras disposiciones”*. Bogotá.
- Corte Constitucional (1992, 17 de junio). *Sentencia T-225* [M.P. Ciro Angarita y Eduardo Cifuentes]. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1993, 03 de septiembre). *Sentencia T-372* [M.P. Jorge Arango Neiva]. Bogotá.
- Corte Constitucional (1994, 14 de diciembre). *Sentencia T-578* [M.P. José Gregorio Hernández]. Bogotá.
- Corte Constitucional (1994, 25 de agosto). *Sentencia T-578* [M.P. Alejandro Martínez]. Bogotá.
- Corte Constitucional (1999, 19 de mayo). *Sentencia SU-360* [M.P. Alejandro Martínez]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2003, 04 de septiembre). *Sentencia T-772* [M.P. Manuel José Cepeda]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2006, 25 de agosto). *Sentencia T-729* [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2007, 25 de septiembre). *Sentencia T-773-07* [M.P. Humberto Sierra]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2008, 26 de junio). *Sentencia T-630* [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2014, 09 de abril). *Sentencia T-231* [M.P. Jorge Pretelt]. Bogotá.

- Corte Constitucional (2017, 05 de abril). *Sentencia C-211* [M.P. Iván Escruce-  
ría]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2017, 04 de julio). *Sentencia T-424* [M.P. Alejandro Li-  
nares]. Bogotá.
- DANE (2018). *Censo nacional de población y vivienda*. Presidencia de la Re-  
pública, Bogotá.
- DANE (12 de septiembre de 2019). Medición de empleo informal y seguridad  
social. *Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)*. Bogotá: DANE.
- Indira, D. (2014). A Study of Street Vending Across the Globe [Un estudio de  
la venta ambulante en todo el mundo]. *International Journal of Advanced  
Research in Computer Science and Software Engineering, IV*, pp. 514-519.
- Kim, J.-h. (2 de julio de 2018). Seoul to offer street vendor licenses [Seúl ofre-  
cerá licencias de vendedores ambulantes]. *The Korea Times*.
- Kusakabe, K. (2006). *Policy Issues on Street Vending: An Overview of Studies  
in Thailand, Cambodia and Mongolia* [Cuestiones políticas sobre la venta  
ambulante: Una visión general de los estudios en Tailandia, Camboya y  
Mongolia.]. Bangkok: ILO - International Labour Office.
- Legislative Council (2014). *Management and Control of Hawkers in Selected  
Jurisdictions* [Gestión y control de vendedores ambulantes en jurisdiccio-  
nes seleccionadas]. Hong Kong: Panel on Food Safety and Environmental  
Hygiene.
- Melero Aguilar, N. (2012). El paradigma crítico y los aportes de la investiga-  
ción acción participativa en la transformación de la realidad social: Un  
análisis desde las ciencias sociales. *Revista Cuestiones Pedagógicas*, pp.  
339-355.
- Nariño Noticias (8 de agosto de 2019). Nuevo enfrentamiento entre vendedo-  
res ambulantes y personal de espacio público [Online]. Recuperado de:  
<https://www.youtube.com/watch?v=n28gM6J2HnU>. Pasto.
- Restrepo, D. A. (2017). *Espacio público como estructura de las ciudades y el  
territorio* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional de Colombia; Mede-  
llín, Colombia.

# LEGALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN A LA PROTESTA Y MOVIMIENTOS SOCIALES EN AMÉRICA LATINA

Manuela Benavides<sup>1</sup>, Carolina Martínez<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 08 de marzo de 2019

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2019

Referencia: BENAVIDES, Manuela y MARTINEZ, Carolina (2019), *Legalización de la represión a la protesta y movimientos sociales en América Latina*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 5. Núm. 9. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**RESUMEN:** Si bien cada país latinoamericano tiene su historia y proceso independiente, existen unas características comunes y compartidas en estos países: la existencia de estructuras de poder concentradas y sistemas sociales desiguales y jerarquizados. Desde la lucha de clases, la defensa de los derechos humanos, las protestas estudiantiles, obreras, campesinas y urbanas, el acceso a la tierra, la calidad de vida, los movimientos indígenas, entre muchas otras demandas de la población, han sido objeto de reclamación de derechos hacia los Estados, y en consecuencia han desencadenado la ejecución de protestas y manifestaciones sociales que tienen como objetivo demostrar el descontento por las necesidades básicas insatisfechas y el deterioro real de los derechos de los cuales los Estados deberían ser garantes.

Aunque el derecho a la protesta social se encuentra bien reconocido constitucional e internacionalmente, los gobiernos han venido implementando cada vez con mayor fuerza, medidas que han limitado este

1. Estudiante egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Número de contacto: 3013219282. Correo Electrónico: [manuelabucheli23@gmail.com](mailto:manuelabucheli23@gmail.com)
2. Estudiante egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Número de contacto: 3174666631 Correo Electrónico: [caritomarmo@hotmail.es](mailto:caritomarmo@hotmail.es)

derecho, restringiéndolo y logrando silenciar las exigencias de la población, evitando así que se vea afectada su legitimidad, violando flagrantemente la participación de movimientos que defienden, amplían y redefinen los derechos y hacen efectiva la democracia. En ese contexto, este artículo se propone documentar las prácticas restrictivas de algunos países latinoamericanos respecto a la criminalización de la protesta social, las cuales no permiten el goce efectivo de este derecho y en consecuencia socavan la efectividad de otros derechos fundamentales, en vista de lo cual, finalmente se evaluarán algunas propuestas acerca de algunas prácticas esenciales para que se desarrolle a plenitud el derecho a la protesta.

**Palabras clave:** Represión, Protesta Social, Legalización, Criminalización.

**ABSTRACT:** Although each Latin American country has its history and independent process, there are some characteristics common and shared in these countries: the existence of concentrated power structures and unequal systems. From the class struggle, the defense of human rights, student protests, workers, peasants and urban, access to land, quality of life, indigenous movements, among many other demands of the population, have been subject to claim of rights to the states, and consequently have triggered the execution of protests and social demonstrations that aim to demonstrate discontent for the basic needs unmet and real deterioration of the rights of which states should respond.

Although the right to social protest is well recognized constitutionally and internationally, governments have been increasingly implementing measures that have limited this right, framed in restrictive states that legalize measures and manage to silence the demands of the population and with this they avoid that the legitimacy of the governments is affected, flagrantly violating the participation in movements that defend, expand and redefine the rights and make democracy effective. In this context, this article aims to document the restrictive practices of some Latin American countries regarding the criminalization of social protest, which do not allow the effective enjoyment of this right and, consequently, the non-realization of other fundamental rights.

**Keywords:** Repression, Social Protest, Legalization, Criminalization.

## INTRODUCCIÓN

Aunque la protesta social y la manifestación pacífica son derechos que cuentan con garantías internacionales y tienen un serio reconocimiento constitucional, los mismos no logran verse materializados debido a la represión que ejercen los Estados y la limitación de la misma por medio de la imposición de conductas, la criminalización, la elaboración de normas coercitivas, la sanción o penalización, así como restricciones, uso de violencia, entre otros mecanismos que obstaculizan y limitan la materialización plena de este derecho.

Desde esa perspectiva, el presente artículo busca resolver el siguiente cuestionamiento: ¿cómo algunos Estados Latinoamericanos han intervenido negativamente en la materialización del derecho a la protesta y el accionar de los movimientos sociales, a través de la legalización de formas de represión que encaminan a modelos de Estado restrictivos? Para ello, se realizará un acercamiento al contexto jurídico y social que vive la población de algunos Estados latinoamericanos, respecto del derecho a la protesta y las manifestaciones sociales. Lo anterior teniendo en cuenta que la gran mayoría de estos países vive en condiciones de desigualdad e inequidad, lo cual ha llevado a las comunidades organizadas a la búsqueda de fines comunes a través de la lucha social y la protesta.

Se busca aproximarse a las medidas de represión y legalización de la misma, con el fin de entender el rol del derecho a la protesta en su vínculo con los sistemas políticos, sociales y económicos y encontrar la relación entre la legislación restrictiva de la protesta social con modelos políticos asociados con la limitación de derechos fundamentales.

Para efectos de lo anterior, el artículo se organiza de la siguiente manera: 1. Aspectos generales de la protesta social en Latinoamérica y garantías internacionales del derecho a la protesta social; se pretende establecer el origen del derecho a la protesta y a la manifestación en América Latina, a través del estudio de las garantías internacionales y los alcances que el Estado ha brindado a estos derechos. 2. Más adelante se hará alusión a los Estados restrictivos de derechos y a legalización de la represión a la protesta social en Latinoamérica, temas que buscarán determinar las formas en que los Estados Latinoamericanos restrictivos han oprimido el derecho a la protesta y a la manifestación. 3. De la misma manera, se documentarán a lo largo de este trabajo de investigación, algunos casos paradigmáticos que han marcado la historia de las luchas

sociales en América Latina, redefiniendo la visión de la protesta y la manifestación como un fin social y no restrictivo de derechos.

Para ello se han consultado fuentes primarias como tratados, pactos, declaraciones y convenciones internacionales acerca del derecho a la protesta y legislación comparativa de países latinoamericanos respecto de la regulación del derecho a la protesta en la norma policiva, y fuentes secundarias como informes, relatorías y estándares internacionales acerca de las garantías del derecho a la protesta, jurisprudencia internacional acerca de casos contenciosos de restricciones al derecho a la protesta social y manifestación en países Latinoamericanos. Asimismo, artículos de páginas web, revistas, y espacios educativos acerca de las formas de represión característicos de Estados restrictivos de derechos, investigaciones de casos de violaciones a los manifestantes en países Latinoamericanos y teorías de expertos acerca de la regulación legislativa del derecho a la protesta como medida restrictiva.

El presente artículo de investigación se enmarca dentro de los postulados del paradigma cualitativo de la investigación, en tanto, se fundamenta, en la revisión teórica de bibliografía y casos emblemáticos que brinden el conocimiento suficiente para lograr obtener conceptos relacionados con la protesta y la manifestación social en Latinoamérica, los marcos nacionales e internacionales de protección legal y el desarrollo normativo y jurisprudencial permisivo y/o restrictivo al respecto. Igualmente pretende analizar un fenómeno social con el propósito principal de redefinir desde una postura crítica, la visión y el concepto de tales derechos. Por otra parte, el presente trabajo investigativo se encuentra inmerso en el enfoque crítico social toda vez que busca conocer el fenómeno y los problemas derivados de estos estados y la limitación al derecho a la protesta social, para así lograr establecer una relación clara entre la criminalización a la protesta social materializada en legislaciones y prácticas de las órbitas jurídicas, así como la directa relación entre estas restricciones y los modelos de Estado restrictivos de libertades y derechos fundamentales.

De otro lado, este proyecto de investigación encuentra sus límites e inspiración en países latinoamericanos como Colombia, México y Argentina, los cuales han sido objeto de serios casos de represión a los manifestantes, quienes han vivenciado la injerencia del Estado y la fuerza represiva plasmada en la legislación que pretende anular sus derechos. Igualmente, a manera de ilustración, es necesario referir algunos de los eventos ocurridos en Colombia, país en el que ha sobresalido la gran

cantidad de manifestaciones presentadas, teniendo en cuenta que desde el año 1975 han venido aumentando las protestas sociales y con ello se han incrementado los índices de represión.

Un ejemplo icono de represión a la protesta social en Colombia, fue el Paro Nacional Agrario llevado a cabo en el año 2013, en el cual la represión alcanzó niveles exagerados, poniendo en riesgo flagrantemente los derechos a la vida y la dignidad humana. Los resultados se evidencian en una investigación sobre los hechos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que muestra las siguientes cifras:

[...] 902 personas fueron víctimas de algún tipo de agresión. Del total de los casos, 15 personas fueron asesinadas, 7 víctimas de algún tipo de acto cruel o tortura, entre ellos un abuso sexual; 315 personas detenidas arbitrariamente, 40 personas víctimas de fuertes golpizas, 329 que a causa de los ataques, resultaron con algún tipo de lesión y/o herida y 5 personas con heridas graves que les derivó incapacidad parcial o total. Es de resaltar que en 70% de los casos, la agresiones estuvieron acompañadas por otros tipos de violaciones [...] existen al menos 3 casos de presuntas desapariciones forzadas. La policía Nacional fue responsable del 88,15% de los hechos denunciados, el Ejército, por su parte, fue responsable de un 1,55% de los casos. (MOVICE-CCEEU, 2013, pp. 23, 24)

Otro caso representativo de protesta social fue el Paro Nacional Universitario de 2011, el cual tuvo un gran alcance territorial, y fue aceptado por toda la población y posteriormente con su éxito, fue valorado como una victoria juvenil por la lucha de la educación ya que provocó el retiro de la reforma al sistema de educación soportada en la organización colectiva de la MANE: Mesa Amplia Nacional Estudiantil. De la misma manera, se puede traer a colación un caso ocurrido en el Departamento de Nariño en el año 2014. Transcurría el 9 de mayo de ese año, cuando los estudiantes de la Universidad de Nariño manifestaron pacíficamente en apoyo al paro agrario llevado a cabo a nivel nacional. La respuesta por parte de la fuerza pública, representada por el escuadrón móvil antidisturbios - ESMAD fue realizar una intromisión de carácter abusivo, golpeando, capturando estudiantes y realizando daños adrede en las instalaciones de la Universidad. Según ellos, sus acciones estuvieron precedidas de un fin legítimo, como era evitar que los estudiantes bloquearan la vía pública. El anterior caso se constituye como una de las aberraciones más grandes en contra de la Universidad de Nariño, así como uno de los hechos de estigmatización, criminaliza-

ción y cercenamiento de la protesta social en el movimiento estudiantil en el Departamento de Nariño.

Con respecto a estos hechos de violencia, la Universidad de Nariño interpuso una demanda contra el Ministerio de Defensa, la Policía Metropolitana y el Escuadrón Móvil Antidisturbios ESMAD, de la cual, el día 31 de enero de 2018, se emitió fallo judicial en el cual se declara a los accionados administrativamente responsables, y como medida de no repetición se dispuso que se celebre en compañía de altos mandos policiales y con la presencia y comparecencia de los integrantes del escuadrón móvil antidisturbios una ceremonia con participación de la comunidad y los medios de comunicación, donde se ofrezcan disculpas públicas a la institución ofendida y a la comunidad en general, con muestras de un claro y categórico repudio por las actuaciones irregulares que ahí se llevaron a cabo y la adopción de un compromiso ineludible de tomar los correctivos necesarios para que casos como éstos no se vuelvan a presentar.

Casos como estos, evidencian la represión a la protesta social como medio de manifestación y más allá de eso, la legalización de la misma por medio de la implementación de actuaciones ilegítimas, normas restrictivas, la criminalización, las limitaciones en el ejercicio de la protesta, la violencia, el uso intensivo de la fuerza por parte de autoridades públicas, entre otras medidas. “Así pues, el incremento de la represión parece obedecer a una estrategia deliberada de contención de un ciclo ascendente de protesta”. (Cruz, 2015. p. 52). Lo que explicaría el afán por limitar el derecho a la protesta y con ello silenciar las exigencias de la población y no permitir que se vea afectada la legitimidad de los gobiernos y en este camino lograr incluso desaparecer este derecho.

Por otra parte, en cuanto se refiere a México como uno más de los países con fuertes casos de represión en Latinoamérica, cabe subrayar que el mecanismo más efectivo de represión a la protesta social es la creación de leyes que regulan las manifestaciones y protestas, acompañada de una regulación que permite el uso arbitrario de la fuerza por parte de las autoridades policiales como detenciones arbitrarias, violaciones al derecho a la integridad física, la dignidad, el honor y la libertad personal, tratos crueles e injerencias arbitrarias. A este respecto, el Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS (2016) refiere que: “en un breve periodo de tiempo las autoridades ejecutivas y legislativas aprobaron leyes o enviaron proyectos de ley con marcos normativos que pretenden restringir, sancionar o limitar derechos” (p.11).

De este modo, estas disposiciones tienen como características principales:

A. Restringen las manifestaciones: impiden utilizar ciertas vías de circulación. B. Establecen la necesidad de avisar a las autoridades sin considerar la existencia de manifestaciones espontáneas. C. Otorgan facultades amplias e imprecisas a las autoridades encargadas de la seguridad para que hagan uso de la fuerza pública e incluso disuelvan manifestaciones. D. Imponen sanciones administrativas por alterar el orden, cruzar intempestivamente la vía pública, realizar acciones u omisiones que lesionen el orden o la moral pública, entre otras. E. Clasifican las manifestaciones como lícitas e ilícitas o violentas y pacíficas y se permite la disolución de manifestaciones. (Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS, 2016, pp. 12 y 14)

Estas afirmaciones encuentran su sustento en la normatividad vigente en la ciudad de México, relativo al uso de la fuerza del Estado de Puebla y la ley de movilidad del Distrito Federal, que específicamente establece en su artículo 220:

La obligación de dar aviso sobre las marchas y reuniones que tendrán lugar en la capital del país por medio de un escrito, con una serie de requisitos que pueden dejar vulnerables a las personas que se manifiestan, además de mitigar el ejercicio de la protesta social.

Finalmente, respecto de Argentina, es importante resaltar uno de los sucesos de gran relevancia en la historia de las manifestaciones: las madres de la plaza de mayo. En esta asociación fundada en 1982, marcharon cientos de madres, cuyos hijos desaparecieron en la dictadura impuesta por el general Jorge Rafael Videla desde 1976 y de quienes nunca tuvieron conocimiento real de lo que sucedió. Para ese entonces, Argentina se encontraba en crisis de régimen estatal, razón por la cual era sumamente restringida la protesta social, tanto así que se instauró un estado de sitio, que consistía en la prohibición de reunión de más de cinco personas en lugares públicos, pues podían ser desaparecidos o judicializados. Por esta razón, dichas madres decidieron reunirse para manifestar cada día jueves frente a la casa rosada, sede del Poder Ejecutivo de la República Argentina, para caminar alrededor del monumento de la plaza de mayo, con el fin de ser escuchadas pacíficamente.

Ahora bien, no es posible que lo mismo ocurra nuevamente en Argentina, pues estas medidas de represión, han sido nuevamente instauradas por el Gobierno de Macri para enfrentar las continuas protestas

como la ocurrida en el mes de diciembre del año 2017, donde miles de personas salieron a protestar por las medidas que se pretendía imponer a trabajadores, como despidos masivos, aumento en las tarifas de los servicios públicos, elevar la edad jubilatoria y la inflación junto a una crisis política económica.

El inicio de estas manifestaciones se llevó a cabo de manera pacífica a través de cacerolazos, gritos que reclamaban justicia y movilizaciones frente a la plaza del Congreso. Sin embargo, las mismas se tornaron violentas, pues se realizaron represiones injustificadas por parte de la policía, generando restricción a la protesta y tratándose a las manifestaciones como problemas de orden público e incluso como delitos, razón por la cual las fuerzas policiales hacían retroceder a los manifestantes con gases lacrimógenos, carros hidrantes, perros, golpes, uso de la fuerza física e incluso con balas de caucho, con un saldo de varios heridos civiles en estos enfrentamientos (Agence France-Presse - AFP, 2017). La situación que padece la población Argentina evidencia una clara forma de represión que se desplaza cada vez más a distintos sectores menos favorecidos, que luchan constantemente contra el gobierno de Macri, el cual ha generado inseguridad y represión para todos aquellos que deciden ser parte de manifestaciones sociales, e incluso las ha tornado ilegales, permitiendo el uso de la fuerza de manera indiscriminada, realizando una represión sin límites, pues en suma se pretende tratar como delincuente a todo aquel que desee ser parte de las manifestaciones.

Como consecuencia de esta situación, en la República Argentina se amplió la visión de evitar la realización de protestas que pudiera generar que el Estado siga causando muertes y afecte la integridad física de los manifestantes. Y existe la preocupación sobre las consecuencias que pudiera acarrear la consolidación de políticas de baja tolerancia o reformas con medidas represivas a determinados formatos de protesta cuyos mensajes u órdenes que mantienen las fuerzas de seguridad o policía son que intervengan con dureza contra los manifestantes, generando una vulneración a derechos fundamentales.

## **1. GENERALIDADES ACERCA DE LA PROTESTA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA**

Para comenzar, es necesario resaltar que la protesta social es una forma de manifestación pacífica cuyo fin es tener pleno disfrute y goce de los Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, y apor-

tar a la construcción de un Estado justo, resaltando que toda persona puede expresar sus quejas o aspiraciones de manera pacífica, sin temor a represalias, sin ser lesionada, sexualmente agredida, golpeada, detenida y recluida de manera arbitraria, torturada, asesinada u objeto de desaparición forzada. Es así que tal como establece el Instituto Nacional de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - ACNUDH - (2014) “A lo largo de la historia las protestas sociales han sido motores de importantes cambios” (p. 11).

Entender el tema de la protesta social en Latinoamérica no es tarea fácil, ya que este es un derecho que a lo largo de la historia se ha desarrollado dentro de sociedades desiguales e inequitativas, en la que los intereses de las mayorías o de las élites han marcado una gran diferencia con respecto de las minorías, que han luchado para alcanzar algunos mínimos de derechos civiles o sociales, por lo que deben acudir a la resistencia y a la movilización. La historia de los países de Latinoamérica se encuentra en medio de luchas sociales encaminadas a la protección de derechos fundamentales. Acerca de las luchas sociales, Fernando Calderón (2012) señala:

La recuperación de la democracia, la defensa de los derechos humanos, las protestas de los movimientos estudiantiles por una educación de calidad, pasando por los conflictos de la clase obrera, las luchas de los movimientos campesinos por la tierra, los conflictos urbanos por mejorar la calidad de vida, las reivindicaciones regionales por la profundización de los procesos de descentralización, las protestas de las clases medias empobrecidas o las demandas de los movimientos indígenas por el respeto de sus territorios y por la revalorización de sus usos y costumbres ancestrales, las movilizaciones sociales en América Latina han sido y son portadoras de democracia. (p. 15)

Asimismo, Richard Youngs (2017) afirma que: “Arguably the defining feature of modern protests is their eclecticism. Protests generally contain a mix of system related demands and policy specific grievances what are the meanings behind the worldwide rise in protest” (pp. 1 y 2).

Por su parte, cuando se está al frente del tema de protección al derecho a la protesta, existen algunas razones jurídicas y sociales que justifican plenamente su protección en contextos de democracia o que buscan alcanzar mínimos de democracia. En primer lugar se dice que su protección es necesaria porque “está ligada a los derechos de reunión, asociación y expresión, los cuales son condiciones necesarias para con-

cebir como democrático a un régimen político” (Linz, como se citó en Cruz, 2015, p. 19). De la misma manera, se argumenta que gracias a la protesta social se puede satisfacer el pluralismo y la diversidad como fundamentos inmanentes a la democracia. Por demás, su importancia en los regímenes democráticos radica en la posibilidad que se les otorga a los ciudadanos para el control de la gestión gubernamental, en orden de evitar arbitrariedades, abusos y extralimitación en el ejercicio del poder (Cruz, 2015). Finalmente, se tiene que “la protesta social debe protegerse como parte de la protección a las minorías de todo tipo, puesto que un régimen político no es democrático si las minorías no tienen los mismos derechos y oportunidades que las mayorías” (Gargarella, como se citó en Cruz, 2015, pp. 24 y 25).

En este orden de ideas, los países latinoamericanos en su mayoría han consagrado constitucionalmente en su tipo de Estado, el paradigma de que sea social y de derecho, donde la democracia es eje transversal y se brindan garantías explícitas en ese sentido en cuanto al derecho a la protesta, pero que en la cotidianidad se encuentran expuestos a la manipulación de pequeñas oligarquías, a las desigualdades sociales y el abuso del poder. Por esto, es importante a través de la historia, resaltar la labor que han desarrollado los pueblos indígenas, las mujeres, los obreros, los campesinos, todos estos encaminados a lograr fines sociales a través de la protesta social y de esta manera mostrar, como lo establece López Arnal (2008) en una de sus posturas acerca de su libro *Rebeliones*, el carácter y postura que subyace en esta forma de ejercicio político:

Una postura anticapitalista que desmitifique las falacias de este modo de producción como algo eterno e inmodificable, que asuma una postura a favor de los oprimidos y explotados del mundo y que, hurgando en la memoria de las luchas plebeyas, retome la senda de otra forma de organización social que vaya más allá del capitalismo. (p. 3)

Los pueblos latinoamericanos encontraron en la protesta social un camino para equilibrar la balanza frente a las contradicciones profundas del modelo político y económico y la insatisfacción de la población que no logra acceder a derechos, bienes y servicios básicos. Es por ello que las grandes luchas sociales se generan en comunidades que se identifican con problemas comunes, por lo cual la protesta social se convierte en la única alternativa para reclamar sus derechos y para que el Estado cumpla con su deber de garantizarlo.

En este sentido, Guida West y Rhoda Lois Blumberg (1991) consideran la existencia de cuatro categorías de protesta a nivel mundial: “those resulting from economic hardship; racial, ethnic, or nationalist struggles; humanistic and global causes, such as nuclear disarmament and ecology; and feminist movements” (p. 4). Se resalta el rol transformador de la protesta social, en contextos sindicales, agrarios, por la defensa de la educación y del medio ambiente. Debe observarse también que las legislaciones restrictivas reversionan esta suerte de alcances populares a través de la movilización en las calles, para lograr alcanzar el verdadero fin social de los manifestantes. Al respecto Vega (2002) comenta: “Es importante el reconocimiento de un momento particularmente rico en expresiones de protesta social, la dignidad y la esperanza, como nos lo mostraron, con sus acciones prácticas, obreros, campesinos, indígenas y mujeres humildes a principios del siglo anterior” (p. 360).

La aspiración hacia la consolidación del paradigma social y de derecho en el Estado, es de la sociedad en su conjunto. Se pretende encontrar su garantía en armonía con la democracia y la distribución equitativa del poder y los medios de producción. Lastimosamente las realidades sociales distan de las pretensiones jurídicas en esa dicotomía y lucha constante entre el ser y el deber ser de la norma. El Estado social de derecho con el que se cuenta es absolutamente imperfecto, donde la plena garantía de derechos y de vida digna a los ciudadanos es muy mínima; las problemáticas sociales no han podido ser resueltas por las vías gubernativas e institucionales ordinarias. Lo anterior explica que muchas personas en diferentes países de Latinoamérica han optado por la protesta social como el camino para mostrar su inconformismo, y hacer valer sus derechos, es decir reivindicar sus posiciones políticas, prerrogativas constitucionales, los derechos humanos, la democracia y la libre expresión.

### **1.1. Garantías Internacionales al Derecho a la Protesta Social.**

El objeto de las garantías internacionales consiste en la responsabilidad existente en cabeza de los Estados de promover y proteger los derechos humanos e impedir que se vulneren o existan medidas restrictivas que los limiten, por lo cual es deber de cada país fomentar un entorno seguro, apropiado y generando acceso a espacios públicos para que las personas puedan ejercer libremente su derecho a la protesta social. Lo anterior, con la correlativa obligación estatal de eliminar cualquier amenaza, o acoso contra los manifestantes, donde es necesario que las au-

toridades locales resguarden los derechos sin ninguna discriminación y teniendo en cuenta que el uso de la fuerza se debe ejercer solo si es absolutamente necesario y de ninguna manera puede ser excesivo.

En este sentido, el principio número 4 de Right To Protest establece:

1) The protection of internationally guaranteed human rights must apply during all protests and must be the rule, while restrictions must be the exception. 2) States should ensure that derogable rights which are integral to the right to protest are subject to restrictions only on grounds specified in international law. In particular, no restriction on the rights to freedom of expression, assembly, association and privacy may be imposed unless the restriction is: a) Prescribed by law; b) Pursues a legitimate aim; and c) Necessary and proportionate in pursuance of a legitimate aim. 016)

El Derecho Internacional, en relación con el derecho a la protesta social, encuentra sustento en derechos a la libertad de reunión y asociación pacífica, garantizados, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 20 (derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 2 (derecho de reunión pacífica). El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, en su artículo 5, literal d (El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8, la Convención sobre los derechos del Niño de 1989 en el artículo 15 (los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su artículo XXI (Derecho de Reunión Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en su artículo 15 (Derecho de Reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley).

Desde esta perspectiva es importante resaltar el desarrollo de estándares internacionales encaminados a garantizar la protección del derecho a la protesta, y de esta manera limitar las restricciones, el uso de fuerza, la violación de derechos humanos, como lo manifestó el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación:

(...) dada la interdependencia e interrelación existentes con otros derechos, la libertad de reunión pacífica y de asociación constituyen un valioso indicador para determinar en qué medida los Estados respetan el disfrute de muchos otros derechos humanos, aparece así la protesta como un derecho complejo y un medio para defender otros derechos. (Maina Kiai, 2012, p. 3)

Por lo anterior es de gran relevancia enfatizar en algunas relatorías e informes que hace el sistema Interamericano y el sistema Universal acerca del derecho a la protesta, los cuales enmarcan un precedente acerca de cómo se ha manejado este derecho fundamental a nivel internacional. En primer lugar es importante señalar la Declaración de la Alta Comisionada en el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; en este se establece que la manifestación pacífica guarda una estrecha relación con múltiples derechos, o los complementa, entre ellos los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica, libertad de asociación y el derecho de participar en la conducción de los asuntos públicos ya que sirven de cauce para la garantía de otros derechos civiles, políticos, económicos culturales etc. “A este derecho se le podrá aplicar “ciertas” restricciones, cuando la sociedad democrática así lo determine, pero el estado debe guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho” (Maina Kiai, A/HRC/20/27).

En virtud de ello, la Resolución A/HRC/25/L.20 establece que los Estados deben promover un entorno seguro y propicio para que los individuos y los grupos puedan ejercer sus derechos a la libertad de reunión pacífica, de expresión y de asociación. Las manifestaciones pacíficas pueden darse en todas las sociedades, incluso manifestaciones que sean espontáneas, simultáneas, no autorizadas o restringidas.

De otro lado, la recomendación que da el segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas a los Estados, señala la necesidad de adoptar medidas y planes operativos para facilitar el ejercicio de reunión, lo cual abarca, desde los requisitos solicitados para llevar a cabo una manifestación, el reordenamiento del tránsito de peatones y vehículos en determinadas zonas durante su realización, hasta el acompañamiento a las personas que participan en la reunión para garantizar su seguridad y facilitar la realización de las actividades que motivan la protesta. En este punto se destaca, la práctica del *Kettling*, que consiste en la creación de amplios cordones policiales para contener multitudes en zonas limitadas,

impidiendo marcharse a los manifestantes o permitiéndoles salir por un único lugar. “Es intrínsecamente perjudicial para el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica, por su carácter indiscriminado y desproporcionado” (Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2016. párr. 37).

Sobre esta base y con fundamento en la importancia capital del derecho a la protesta social en los sistemas democráticos, es de resaltar que los Estados tienen un marco reducido para justificar su limitación. En este sentido, si bien el derecho de reunión no es absoluto y puede estar sujeto a ciertos límites, éstos deben ser razonables con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las manifestaciones.

Por otra parte es importante determinar la creciente iniciación de acciones penales en contra de quienes participan en protestas sociales, bajo el argumento de perturbación del orden público o atentado a la seguridad del Estado. Para estos casos, el Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/26/29 reconoce las dificultades a las que se enfrentan distintos grupos que se ven a menudo marginados socialmente en el ejercicio de sus derechos a la libertad de reunión.

Finalmente, es posible afirmar que, acerca del derecho a la protesta, existe un amplio margen de protección y garantías internacionales, que le brindan un estatus de fundamental; con estos pronunciamientos internacionales, se busca eliminar cualquier tipo de restricciones de modo, lugar y tiempo al ejercicio de este derecho y por ende ajustarse a los estrictos criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Lo anterior implica que no pueden aplicarse medidas excesivas o arbitrarias contra los manifestantes pues se trata de ciudadanos que acuden a la protesta social como medida de hecho para manifestar sus inconformidades no resueltas.

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han tratado algunos casos contenciosos relacionados con hechos de protesta social en países latinoamericanos, donde se respaldan las garantías en las cuales se sustenta este derecho. Entre ellos se destacan: caso de Manuel Cepeda Vargas Vs. la República de Colombia. (Caso No 12.531) de fecha 14 de noviembre de 2008, acerca de la responsabilidad estatal en la muerte del senador Cepeda Vargas y caso de los militantes de la Unión Patriótica. En este caso, la Comisión considera que el derecho a asociarse

libremente con fines ideológicos y políticos, contiene unas obligaciones negativas de no ser intervenido por las autoridades públicas que limiten o entorpezcan su ejercicio, además de unas obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la libertad de asociación, de proteger a quienes la ejercen, y de investigar las violaciones de dicha libertad. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010) observa que:

Quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, de reunir, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, incluidas las ideas políticas. Como ha indicado la Corte, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, agregando que toda persona es libre de expresar sus ideas (...). (s.p.)

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en el caso *Perozo y Otros Vs. Venezuela* en sentencia de 28 de enero de 2009, acerca de las denuncias sobre violencia y amenazas realizadas a periodistas realizadas por las fuerzas armadas en el contexto de las manifestaciones y la protesta social en Venezuela. En este caso, la Corte desarrolla el concepto del *extremo cuidado* que deben tener las fuerzas militares, en el entendido de adoptar medidas razonables para permitir que las protestas se desarrollen de forma pacífica y sin violentar los derechos de los manifestantes. Acerca de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009) considera que:

(...) el uso legítimo de la fuerza y otros instrumentos de coerción por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado debe ser excepcional y solo utilizarse cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control, distinguiendo imperativamente, en tales circunstancias, entre quienes, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave para sí o para terceros y quienes ejercen sus derechos a manifestarse y no presentan esa amenaza. (...). (s.p.)

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló en el caso del *Caracazo Vs. Venezuela* en Sentencia de 11 de noviembre de 1999, acerca de la violación de derechos humanos producida en el marco de manifestaciones sociales por la crisis económica que atravesaba Venezuela. En esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) estableció un estándar para el uso de la fuerza señalando que:

Debe el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada (...) (s.p.).

Además la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) ordenó tomar medidas preventivas como:

Formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos (...) Ajustar los planes operativos a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, para evitar que se produzcan excesos. (...) (s.p.)

Acerca de estos litigios internacionales, se puede inferir que existe un precedente internacional que busca proteger al derecho a la protesta, buscando evitar la vulneración a los derechos reconocidos internacionalmente, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que por ende forman parte del articulado constitucional de cada Estado miembro, de modo que es importante exaltar que el rol que cumplen estos fallos, es clave en la eliminación o rechazo de las restricciones que se han presentado en diferentes circunstancias en cada país y que han conllevado al menoscabo de este derecho fundamental.

## 2. ESTADOS RESTRICTIVOS DE DERECHOS

Para iniciar este análisis es importante resaltar como se ha definido a lo largo del tiempo el concepto de Estado represivo de derechos. Así, la definición marxista establece: “es concebido explícitamente como aparato represivo. El Estado es una “máquina” de represión que permite a las clases dominantes asegurar su dominación sobre la clase obrera para someterla al proceso de explotación capitalista (...)” (Althusser, 1969, p. 3).

Desde esta perspectiva, un Estado represivo implica la intención de la clase élite de cohibir ciertas actuaciones sociales que de alguna manera pondrían poner en riesgo su propia estabilidad, por lo cual toman medidas como las de contener, detener, frenar o castigar acciones que estén fuera de su órbita de poder. Por su parte Manuel Tufro (2017) afirma que:

Se trata de instalar la idea de que “toda protesta está fuera de la ley”. “El sustrato ideológico se corresponde con esta cosmovisión en la cual no ven a la protesta como un hecho de la democracia sino como un mal a erradicar y por consiguiente quienes estén de su lado están en la ilegalidad”. (p. 2)

Así las cosas, la represión puede ser legal cuando los Estados la enmarcan dentro de la constitución o la ley, o ilegal cuando las fuerzas estatales o paraestatales actúan sin respeto por la ley, y cometen delitos en sus acciones, que por regla general implica la utilización de violencia. Es posible señalar que en la represión existe una lógica ejemplificadora de las acciones por lo cual quienes la ejercen no solo tratan de mantener su poder y que no se *violente la ley* si no que también busca que el resto de la sociedad se auto reprima y no imite ciertos comportamientos. Al respecto, la Unión Americana de libertades civiles (s.f.) estableció lo siguiente: “The government cannot impose permit restrictions or deny a permit simply because it does not like the message of a certain speaker or group” (p. 2).

Esta represión, que ha surgido en varios países se ha visto materializada, en sus constituciones, códigos de policía, leyes, que de una u otra manera han logrado que la sociedad pierda la confianza en los entes estatales, y que por consiguiente se conviertan en los principales vulneradores de derechos por medio del uso del poder. Un ejemplo de lo anterior es Colombia, en el que han existido organizaciones sindicales, campesinas, estudiantiles e indígenas, que han padecido el exterminio y que han tenido que renacer de sus cenizas, como se refiere Cepeda (2012):

Por darle una figura, hemos visto en estos últimos veinte años una especie de historia del Ave Fénix en Colombia, es decir, de un constante renacer de los movimientos sociales que han sido exterminados no una sola sino varias veces en el transcurso de pocos años. (p. 103-117)

Lo anterior, en el entendido de que en Colombia, la restricción a la protesta se ha hecho evidente en la normatividad vigente como una característica genuina de Estado represivo que cohibe la realización de derechos. Es así como la Ley 1453 del 24 de junio del 2011, denominada *Ley de seguridad ciudadana* contiene disposiciones contrarias al derecho a la protesta y manifestación, ya que en ella se criminaliza por medio de la penalización los actos de protesta, entre los cuales se incluye conductas que son demasiado abstractas y que no determinan específi-

camente qué actividades son contrarias a la ley, dejando a total discrecionalidad a las autoridades y a los operadores jurídicos las decisiones acerca de las acciones que reúnan las condiciones para ser sancionadas. Entre algunas restricciones se encuentran, la obligatoriedad del aviso previo, entre muchas otras medidas restrictivas, que inclusive ya fueron objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional. Así, respecto de la ley 1801 del año 2016 o Código Nacional de Policía y Convivencia, en la Sentencia C-233 de 2017, la gran mayoría de los artículos concernientes al derecho de protesta fueron declarados inconstitucionales e inexecutable y en consecuencia se le otorgó un plazo al Congreso, para que regule esta materia a través de una ley estatutaria, **hasta el día 20 de junio de 2019.**

En virtud de lo señalado, el debate continúa y mientras tanto, la regulación del derecho constitucional a la protesta social en Colombia sigue en pausa, dejando un amplio vacío legal respecto de estos derechos. Lo anterior, aun cuando en el mes de agosto del año 2018, el Ex Presidente Juan Manuel Santos expidió el *Protocolo para la coordinación de las acciones de respeto y garantía de la protesta pacífica* como una guía en la creación y regulación del derecho a la protesta, del cual se resalta la importancia de este derecho, como elemento esencial de la democracia, aun a pesar de encontrarnos en un marco normativo que se ha caracterizado por la criminalización de la protesta social. Esto como solo un ejemplo de cómo en muchos países de América Latina se crean con cada vez mayor frecuencia leyes, proyectos de ley, reglamentos e interpretaciones judiciales que buscan limitar el derecho a la protesta.

En razón de lo expuesto, es conveniente resaltar acerca de la represión a la protesta social, que tanto en Colombia, como en otros países latinoamericanos, el Estado y actores armados ilegales, han recurrido a una diversidad de herramientas para llevar a cabo el objetivo represivo, desde el silenciamiento y la invalidación de sus reclamos, entre las más “benignas”, hasta el encarcelamiento, los asesinatos, las amenazas de muerte a líderes de movimientos sociales, la detención ilegal o arbitraria, las falsas denuncias y acusaciones a manifestantes, las cuales no se llevan al ámbito de lo judicial, pero logran obstaculizar las protestas. En este sentido Julie Massal (2015) señala lo siguiente:

Estas estrategias para callar, ignorar o amedrentar a la oposición pacífica mandan mensajes poco conformes al espíritu democrático del que tanto se vanaglorian los élites. Pues al parecer, no es posible lograr cambios por la vía del diálogo, de la protesta pacífica, o de procesos de consulta cons-

titucionalmente vigentes. Así, no es de extrañarse que la protesta llegara a desplazarse en espacios menos institucionalizados y a usar medios de expresión menos pacíficos. (párr. 8)

Otro de los motivos que tiene el Estado para fomentar la represión, es que con ella se busca dirimir problemas de seguridad nacional, y de esta manera mantener el orden legítimo en la sociedad, aun cuando se impida la libertad del disfrute de los derechos fundamentales. Sabine Kurtenbach (2014) afirma que “Muchos Gobiernos recurren a una represión desmedida porque, hasta cierto punto, las demandas que hacen los manifestantes ponen en entredicho las relaciones de poder social y político vigentes” (párr. 7).

Se debe tener en cuenta que los Estados represivos que persisten hoy en día, son producto del temor del Estado a que la población civil muestre la inconformidad frente al sistema de exclusión social imperante y a que deslegitimen el establecimiento o incluso llegaran a derrocarlo. Situación que ha conllevado a que los gobiernos mediante la facultad de creación de leyes busquen una forma discreta de silenciar de alguna manera este tipo de inconformidades, otorgando así, más poder a las autoridades públicas, policivas y militares con un amplio margen de actuación para poder utilizar su fuerza e imponer un orden social, generando una legalización a la represión que se presenta, sin percatarse de que entre más fuerza se genere y más violación de derechos humanos exista, más violencia será requerida.

### **3. LEGALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN A LA PROTESTA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA**

La protesta y las manifestaciones sociales en América Latina, tienen su origen en innumerables y múltiples conflictos económicos, sociales y culturales, los cuales han llevado a la movilización de la población de países con rasgos comunes que cuestionan las estructuras de poder concentradas y desiguales. Como manifiesta J. Craig Jenkins y Bert Klandermans (2005): “Social movements that aim to alter social institutions and practices have to come into contact with the state, if only to consolidate their claims”<sup>3</sup> (s.p.). Tras la manifestación social y la protesta, se encuentra el descontento por las exigencias básicas in-

3. Los movimientos sociales que apuntan a alterar las instituciones y prácticas sociales deben entrar en contacto con el estado, aunque solo sea para consolidar sus reclamos.

satisfechas en relación al deterioro de los derechos fundamentales, por lo cual los Estados deberían dar respuesta, gestionando los conflictos y creando marcos institucionales que reduzcan la brecha de desigualdad. Sin embargo, la realidad es distinta: los Estados no generan ni garantizan alternativas democráticas, si no por el contrario, generan medidas que criminalizan la protesta, como medio restrictivo de participación, menoscabando este derecho, y restándole importancia al fin esencial del mismo como reclamación de otros derechos fundamentales.

Al respecto, el punto 2 del Acuerdo General de La Habana (2013) “identifica una serie de obstáculos a las manifestaciones de descontento popular, representados en una legislación que limita y criminaliza el ejercicio de la protesta social; prácticas policiales militaristas que reprimen de manera violenta estas expresiones” (s.p.). En este sentido, la protesta y la manifestación son una expresión de disidencia política que en algunos países de América Latina ha aumentado con el pasar de los años, de la misma forma en que también lo ha hecho la represión Estatal como consecuencia directa y estrategia de contención ante la reclamación de derechos y la manifestación de inconformidades. Lo anterior, ha configurado la dificultad para el ejercicio de este derecho. Según la organización Global Witness, “al menos 185 personas defensoras de derechos humanos fueron asesinadas en el 2015 en el mundo, y de estas 122 fueron asesinadas en América Latina” (p. 1).

El derecho a la protesta cuenta con garantías nacionales e internacionales que le deberían permitir su total protección y goce efectivo. No obstante, estas garantías no han sido suficientes para garantizarlo plenamente en la práctica, lo que ha conllevado que este derecho se vea afectado por la intervención del Estado y sus intereses particulares contrarios, a través de un discurso que encuentra su justificación en la ponderación con otros derechos como el de la seguridad nacional, la movilidad, el orden público o el bienestar general, momento en el cual, el derecho a la protesta pierde toda protección legal.

Los gobiernos de algunos países latinoamericanos, han venido implementando cada vez con mayor fuerza, medidas que han limitado el derecho a la protesta y la democracia como régimen de gobierno, enmarcándose en políticas propias de los denominados Estados restrictivos de derechos, a pesar de que existen textos constitucionales garantistas, tratados internacionales y sistemas democráticos, pero que no han comprendido la organización del poder así como sus estructuras y sus connaturales situaciones de desigualdad y pobreza. Así las cosas,

es necesario referir algunas de las formas más comunes de restricción a la libertad de protesta, que se han venido implementado como legales y legítimas por parte de los gobiernos y se han clasificado como: penalizaciones de acciones y conductas, aviso previo e intervención de las fuerzas armadas.

### 3.1. Penalización de acciones y conductas.

Este ha sido uno de los mecanismos de restricción más implementado en países como Venezuela y Brasil, gobiernos cuyas normas han venido criminalizando la protesta social.

Respecto al tema el Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS (2016) ha sostenido:

Muchas de las normas aprobadas en los últimos años intensifican la sanción de acciones o conductas relacionadas con las protestas. Este grupo de reformas implica cuestiones como: prohibir que en las protestas se realicen acciones que en otras situaciones no están prohibidas; aumentar las penas para infracciones o delitos que con frecuencia están asociados a la realización de una protesta como cortar una calle u ocupar un inmueble y crear agravantes para los delitos cuando son cometidos en una protesta, como, por ejemplo, el daño a una propiedad. (p. 8)

La regulación a la protesta tiende a interpretar con un enfoque restrictivo. “Además de inducir a la mayor criminalización de las acciones de protesta, este tipo de normas buscan un efecto inhibitorio: procuran restringir a priori porque al anunciar posibles consecuencias represivas se intenta desalentar la participación” (CELS, 2016, p. 8). En este sentido es importante resaltar el caso de Argentina, que en el código penal en su artículo 194 establece “pena de prisión de tres meses a dos años por interrumpir el normal funcionamiento del transporte, de los servicios públicos o de comunicación” (Asamblea Legislativa, 1984, Ley 11.179) y aunque no está expresamente tipificado para manifestaciones o protestas, esta es una interpretación que queda sujeta a los administradores de justicia, lo que ha conllevado a un aumento de criminalización de la protesta, como lo afirma el juez de la Corte Suprema Raúl Zaffaroni en el libro *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* Por lo anterior, Uprimny y Sánchez (2010) afirman lo siguiente: “El ejercicio del derecho a la reunión y manifestación puede afectar las rutinas sociales y generar algunos traumatismos en el transcurso cotidiano de las actividades, pero esto no puede justificar el tratamiento penal de las conductas” (p. 2).

Finalmente, es posible observar, cómo este es uno de los casos en los que se endurece el código penal creando una serie de prohibiciones y restricciones al derecho fundamental a la protesta. Así lo afirma el doctrinante Córtez Morales (2015), quien al respecto asevera:

La criminalización consiste en llevar los conflictos sociales a la arena judicial, encarcelar a los integrantes de los movimientos y obligarlos a enfrentar largos y adversos procesos. Esta política de criminalización es en realidad una política de control del descontento social, empleando cada vez más la legislación penal para enfrentar dicha inconformidad. (p. 75)

Dado lo anterior, en segundo lugar es necesario referirse a otra de las clases de instrumentalización o materialización de la restricción de la protesta, como lo es el aviso previo.

### **3.2. Aviso Previo.**

Esta medida restrictiva consiste en el deber de notificar previamente a las autoridades el lugar, la fecha, el motivo, la individualización de los protestantes y los horarios en que fuere a realizarse. A este respecto, el Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS (2016) refiere:

Con frecuencia, se intenta justificar este requisito presentándolo como un camino para ofrecer una protección mayor al ejercicio del derecho a la manifestación. Sin embargo, muchas veces el aviso previo termina funcionando como un requerimiento de autorización encubierto. En estos casos, el procedimiento de notificación otorga a las autoridades el poder de imponer fechas y horarios y de disponer cuáles son los lugares autorizados para protestar y las condiciones para hacerlo. En algunos casos, también les da el poder de prohibir las manifestaciones y de autorizar el uso de la fuerza policial para dispersarlas si consideran que los organizadores de la protesta incumplieron las condiciones. (p. 8)

Por otra parte, otro claro ejemplo de violación a la protesta social mediante esta forma de represión, se da en países como Perú, Venezuela y Paraguay, donde hay normas que prohíben las protestas en sitios específicos, como cerca de edificios públicos o en la zona céntrica de las ciudades, razón por la cual, si en el aviso previo realizado a las autoridades se indica alguno de estos lugares, las autoridades podrán negar la autorización de protestar, cohibiendo de manera evidente el derecho a la manifestación y hasta el de reunión.

El impacto más grave de estas normas es que habilitan, por la vía legal o por la administrativa, la intervención estatal represiva cuando las mani-

festaciones no cumplen con los criterios establecidos. En algunas normas e iniciativas de ley esto ocurre de manera explícita, porque se habilita a reprimir; en otras, ocurre de forma indirecta para justificar la represión. (CELS, 2016, p. 10)

Aunado a lo anterior, uno más de los casos en América Latina que genera preocupación es el de Chile, ya que es un país en el que se encuentra vigente un decreto promulgado en 1983 por la dictadura de Augusto Pinochet, el cual exige una autorización por escrito 48 horas antes de realizar una manifestación que establezca el lugar donde se organizará, el objeto de la manifestación y quiénes la organizan y participarán en ella, generando represión al derecho a manifestarse y disminuyendo la capacidad y el alcance que esta pueda tener, y estigmatización de quienes logran participar en la protesta.

En este sentido, es importante reseñar también, el caso de México con la Ley de Movilidad del Distrito Federal, la cual señala que es necesario dar aviso previo mediante un escrito con unos requisitos como son: nombre completo de la persona que organiza, nombre de la manifestación, hora de inicio y conclusión, lugar y ruta, número estimado de asistentes, número y tipo de vehículos a utilizar.

De igual manera el Código de Policía en Colombia, ley 1801 del 2016 de Colombia en sus artículos 52 y siguientes establece:

La obligatoriedad del aviso previo, suscrito por al menos tres personas y otorga la potestad de los alcaldes distritales y municipales de “autorizar” el uso temporal de vías en su jurisdicción para el ejercicio de reunión o movilización pública, dejando a una facultad discrecional, permitir o impedir el ejercicio de un derecho fundamental. (Congreso de la República, 2016, Ley 1801).

Es decir, imponen la medida de dar aviso, creando requisitos desproporcionales, incluso generando la posibilidad de calificar de manera previa las protestas, su contenido y sus participantes.

En síntesis, se tiene que la consecuencia que se desencadena de estos casos, es la existencia de una represión que se encuentra legitimada en cada país, colocando en peligro la existencia y fundamento del derecho a la protesta, y además vulnerando los estándares internacionales de los cuales hacen parte. En este sentido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005) advierte que “la notificación o aviso previo no consti-

tuye un “permiso” que deba ser otorgado por un funcionario, de ser así efectivamente vulnerará el derecho a la libertad de reunión y manifestación” (s.p.).

Finalmente, y con respecto al uso de la violencia y la actuación de la fuerza pública, es menester referirse a la intervención de las fuerzas armadas, como uno de las clases de restricción.

### **3.3. Intervención de las Fuerzas Armadas.**

Como ya se ha hecho referencia, los Estados han concedido mayor preponderancia al orden público y evitan a toda costa su amenaza y vulneración, aunque con ello se vea afectado el derecho a la protesta. Tal es la visión de estos Estados, que han creado normas, en las que autorizan a las Fuerzas Armadas realizar operativos que generan “seguridad pública” por medio de la militarización. Un claro ejemplo de este fenómeno se presenta en Colombia con los Escuadrones Móviles Antidisturbios (ESMAD), el cual se encarga del control de las manifestaciones y fue creado en 1971 y en 1999, respecto de lo cual Edwin Cruz (2015) sostiene:

Un modelo de contención policial de la protesta basado en el uso intensivo de la fuerza complejiza aún más el panorama. Efectivamente, si bien las normas que regulan el ejercicio de la fuerza por parte del ESMAD mantienen un concepto de seguridad ciudadana, en la práctica el sesgo contrainsurgente y la militarización de la función policial se traducen en la salvaguarda del orden público y la seguridad nacional más que en la seguridad ciudadana. (p.65)

Del mismo modo, al respecto, la Federación Internacional de los Derechos Humanos (2006) establece que:

Su misión es apoyar a los Departamentos de Policía y Metropolitanas en la atención de desórdenes, cuando su capacidad en talento humano y medios sea rebasada. Esta función la realizan en tres niveles, el primero de ellos con la “simple demostración de fuerza”, el segundo con el “empleo de bastones de mando” y el tercero con el “empleo de agua y gases lacrimógenos (...) Los incidentes en los cuáles han sido lesionadas o incluso, asesinadas personas que han participado en movilizaciones y protestas del todo legítimas, ocurren en el tercer nivel de actuación del ESMAD, dado que por su formación, entienden a los grupos manifestantes como un elemento “destructivo”. (p. 39)

Además, entre algunos de los mecanismos represivos usados por las Fuerzas Armadas y Policiales en Latino América, según el Centro de Estudios Legales y Sociales de Buenos Aires - CELS (2014), son:

El uso indiscriminado de armas “menos letales”, la saturación policial, las detenciones masivas, arbitrarias y violentas, los ataques a la libertad de expresión, la vigilancia con agentes infiltrados, las atribuciones dadas a las autoridades por las normas, los derechos mínimos demasiado imprecisos, los criterios poco claros acerca de las prohibiciones de la protesta, los criterios amplios para realizar detenciones y requisas, la discrecionalidad y falta de control, entre otros mecanismos que se ven acompañados de la legalidad, hacen parte de todo un sistema de represión incongruentes con el Derecho a la protesta y con los estándares internacionales de Derechos Humanos. (p. 14)

Agregado a lo anterior, la impunidad policial es usual en los casos en que se presenta represión violenta a los civiles protestantes, pues demoras, irregularidades y avances insuficientes en las investigaciones generan el menoscabo directo a la tutela judicial efectiva, donde en la mayoría de los casos no se identifica el responsable directo o de conocerlo no se judicializa. Sobre esto el Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS (2016) asevera:

En casi todos los países, aun cuando se logran determinar las responsabilidades individuales por muertes y lesiones en situaciones de protesta social, rara vez los procesos judiciales llegan a analizar el comportamiento de los funcionarios policiales que estuvieron al mando de los operativos. (p. 25)

El derecho fundamental a la protesta social es reconocido como un postulado directo de la democracia representativa que requiere la participación permanente de la ciudadanía en un marco de legalidad, conforme al respectivo orden constitucional, este derecho se ha visto violentado y menoscabado en su ejercicio, por otros postulados como el mantenimiento del orden público, el cual en un contexto de ponderación, podría tornar la protesta ilegal, acallando su finalidad.

Por otra parte, y a manera de ilustración es relevante mencionar respecto del derecho a la protesta, la normatividad vigente en Colombia, uno de los países que como se ha mencionado previamente, se encuentra en situación semejante al promedio de los países latinoamericanos objeto de este estudio. Así las cosas, la Federación Internacional de los Derechos humanos (2006) ha establecido lo siguiente:

Constitucionalmente, el derecho a la libre expresión (artículo 20), de reunión de manifestación pública (artículo 37), de asociación (artículos 38 y 39) se encuentran garantizados como derechos fundamentales, tienen una protección especial y en caso de violación o amenaza se encuentran amparados por la acción de tutela constitucional (artículo 86). Su interpretación, se encuentra además enriquecida por los tratados internacionales de derechos humanos, que en virtud del bloque de constitucionalidad, hacen parte del ordenamiento jurídico interno, bajo un régimen de prevalencia constitucional. (2006)

Dicho lo anterior, es posible deducir que algunos de los derechos intrínsecamente relacionados a la protesta social y sus más importantes connotaciones en el contexto de su restricción son:

### ***3.3.1. El derecho a la libertad de expresión.***

Según los estándares internacionales, este derecho implica que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones” y que este comprende la libertad de “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (Convención Americana sobre Derechos Humanos. s.f. párr. 1).

### ***3.3.2. La libertad de reunión.***

Este derecho hace parte fundamental y es elemento indispensable para cumplir con el ejercicio de la protesta social. Respecto de este derecho, la Federación Internacional de los Derechos humanos (2006) sostiene:

De manera general, los ciudadanos organizan y coordinan con frecuencia su acción para influir colectivamente en su gobierno, exigir reformas o impugnar una política o una acción del Estado, y para aumentar el impacto de sus peticiones. La manifestación o reunión pacífica es, en este contexto, una forma corriente de este tipo de protesta social. (p. 11)

### ***3.3.3. El derecho de asociación.***

El derecho de asociación está directamente asociado con el derecho de reunión. Según la Federación Internacional de los Derechos humanos (2006), “Este derecho comprende el derecho de formar grupos, asociaciones o de adherir libremente en el marco de la ley sin trabas o injerencia estatal” (p. 12).

Así las cosas, conviene subrayar que uno de los contextos de íntima relación con el derecho de asociación, son los sindicatos, o la lu-

cha por los derechos sindicales, pues la libertad de asociación es vital cuando se ejerce dentro de situaciones de conflictos laborales, casos en los cuales, se han desarrollado de manera más profunda las garantías de huelga de trabajadores, por cuanto estos eventos son regulados por el derecho laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que el derecho de asociación sindical encuentra su sustento como derecho fundamental en los artículos 39 y 55 de la Constitución Política de Colombia y en los artículos 353 y 354 del Código Sustantivo del Trabajo, de igual modo en los artículos 2, 357 y 358 de la Ley Federal del Trabajo de México y los artículos 12 y 13 de Ley Argentina 20.744: Ley de Contrato de Trabajo.

Teniendo en cuenta que el derecho a la protesta social, abarca el análisis de todos los derechos ya mencionados, es importante conocer algunas de las garantías judiciales que deberían ser aplicadas en favor de los manifestantes. En primer lugar, es importante mencionar que *nadie puede ser privado de su libertad* si no es por motivos delictivos que pongan en riesgo algún bien jurídico tutelado por el derecho penal, además las autoridades están en obligación de acatar los procedimientos previstos por la ley, y en caso aquel en que no exista ningún fundamento jurídico y la detención sea arbitraria, puede considerarse por parte del Estado la violación al derecho a la protesta, puesto que se trataría de una persecución y un ataque al derecho de participar en manifestaciones sociales.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta como garantía judicial a los manifestantes, la *presunción de inocencia* pues, según este principio, nadie puede ser presumido culpable hasta tanto la imputación penal no se haya investigado sin duda razonable. Por esta razón, la presunción de inocencia dentro de un proceso que implique la participación en protestas sociales, es indispensable puesto que algunos Estados aplican la detención preventiva como sanción que amedrente a los manifestantes a no ejercer sus derechos, aun cuando no se hayan constituido amenazas reales a la seguridad o el orden público. Sin embargo, en numerosos casos de protestas en países Latinoamericanos, mantienen a ciudadanos inocentes en detención por periodos arbitrarios y sin razones legales de peso válidas contrariando el principio en mención. Esto sin duda violenta y trasgrede derechos humanos. Es así como el Comité de Derechos Humanos (s.f.) ha establecido al respecto que “la detención antes de juicio no debe ser la norma, sino considerada excepcionalmente en la medida que sea necesaria y compatible con las garantías de un procedimiento regular”.

De la misma manera, resulta de vital importancia mencionar el *derecho a un juicio justo y equitativo o debido proceso*, principio jurídico procesal o sustantivo según el cual “toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez” (Rentería, 2013, s.p.).

Por último, la *responsabilidad penal individual*, la cual indica que nadie puede ser enjuiciado por una infracción penal si no es únicamente bajo la base de una responsabilidad penal individual. Lo anterior, indicando que la responsabilidad colectiva está prohibida. Este principio se ve transgredido en el contexto de la protesta cuando se sanciona manifestantes solamente por el hecho de pertenecer a una organización, asociación, grupo de oposición o de reclamación de derechos colectivos.

Lo anterior sin desconocer otros derechos violados en el contexto de la represión a la protesta social en algunos países de América Latina; pues en casos específicos es posible considerar la violación de otros derechos como el menoscabo de la seguridad y la integridad física y moral de los manifestantes, la violación a la dignidad humana, a la vida en conexidad con la salud de quienes son agredidos de manera violenta en estos contextos de luchas sociales.

Gran parte de la población Latina cuenta con las garantías necesarias para llevar a cabo el goce efectivo del derecho a la protesta social, sin embargo y como se ha querido argumentar en el presente estudio, las normas no son resguardo suficiente a la idealización de este derecho frente a los actos represivos, y es así como se presenta un gran índice de manifestaciones, que pasan de ser reclamaciones pacíficas, a protestas restringidas por el uso de la violencia.

## CONCLUSIONES

La protesta social es un componente esencial de toda democracia que involucra la capacidad de dignificar los derechos fundamentales. Las medidas de represión al derecho fundamental a protestar y la legalización de las mismas, se ven enmarcadas en su mayoría, en Estados que se caracterizan por poseer altos índices de manifestaciones sociales cada vez más crecientes, pues se fortalecen en los eventos de injusticia, corrupción y violación de derechos humanos y que encuentran en la

protesta social pacífica, un medio para hacer sus reclamaciones frente a la insatisfacción de las demandas sociales, políticas y económicas.

A lo largo de la historia, Colombia ha sido un país que ha vivido en desigualdad y luchas de poder, lo cual ha desencadenado en oposiciones ciudadanas y acciones de resistencia civil. Razón por la cual, los movimientos sociales en Colombia han buscado generar por medio de la protesta social, una transformación ante las demandas insatisfechas, pero como respuesta al incremento de las manifestaciones, se ha incrementado la creación de políticas que menoscaban el goce de este derecho, frente a la preocupación del Estado por silenciar las voces de inconformismo y de anular el derecho fundamental a la protesta.

Los principales riesgos para los procesos de protesta social se encuentran en la existencia de una legitimación a la criminalización, por medio de acciones represivas tanto legislativas como administrativas y burocráticas, que se desencadenan en prácticas restrictivas y que conllevan a un excesivo uso de fuerza policial, en una estigmatización del fin social del mismo y de quienes lo ejercen.

Se ha logrado consolidar la postura inicial, según la cual, en América Latina se crean cada vez con mayor intensidad y frecuencia, medidas de represión que aumentan el poder de injerencia e intromisión del Estado en el ejercicio del derecho a la protesta social, y en consecuencia al derecho de libertad de expresión, reunión y asociación.

Los Estados pretenden anular una de las principales formas de participación ciudadana y con ello se convierten en Estados restrictivos de derechos; aun cuando existan garantías internacionales, constitucionales y legales que soportan el derecho a la protesta.

## RECOMENDACIONES

En este sentido y exaltando la importancia de este derecho en el marco constitucional colombiano, como forma de reivindicar otros derechos fundamentales, proponemos algunas acciones que deberían adoptarse en nuestro país, para garantizar el pleno disfrute de este derecho:

- A. La derogación de medidas represivas a la protesta social contenidas en leyes, decretos, reglamentos, códigos, resoluciones, o cualquier otro medio de legitimación normativa, en el que se configuren restricciones como el aviso previo, el uso de fuerza,

el aumento de penas para quienes ejercen este derecho y la penalización de conductas,

- B. Promover al derecho a la protesta como un fin legítimo que dignifica el pleno disfrute de los derechos fundamentales.
- C. La eliminación de la utilización de cualquier tipo de arma que ponga en riesgo la vida de los manifestantes, en el contexto de la protesta social pacífica.
- D. La implementación de políticas de no represión frente a los manifestantes.
- E. La creación de nuevas garantías para el desarrollo de la protesta y la implementación efectiva de las garantías ya existentes.
- F. Promover la actividad periodística y de medios de comunicación como una fuente directa para desincentivar medidas represivas.
- G. La educación de la ciudadanía acerca del alcance de la protesta social, los medios pacíficos para alcanzarla y la concientización acerca de la importancia de denunciar casos de represión o violencia en el contexto de las manifestaciones.

## REFERENCIAS

- Achard, D. y González, L. E. (2006), *Política y desarrollo en Honduras. 2006-2009. Los escenarios posibles*. PNUD Honduras.
- Almeida, P. (2017). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso. *Movimientos sociales en América Latina: Perspectivas, tendencias y casos*. 1a. edición.
- Althusser, L. (1969). *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*. Recuperado de <https://perio.unlp.edu.ar/teorias2/textos/m3/althusser.pdf>
- Arduino (2017). *Protesta social Argentina*. Recuperado de: [http://www.cels.org.ar/protestasocial\\_AL/index.html](http://www.cels.org.ar/protestasocial_AL/index.html)
- Asamblea Legislativa de la Argentina. (1976, 13 de mayo). Ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo. Buenos Aires.

- Asamblea Legislativa de la Argentina (1984). Ley 11.179, Código Penal de la Nación Argentina. Buenos Aires.
- Asamblea Nacional Constituyente (1992). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1)
- Bertoni, E. (2010) ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Recuperado de: [http://www.palermo.edu/cele/pdf/LIBRO\\_BERTONI\\_COMPLETO.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/LIBRO_BERTONI_COMPLETO.pdf)
- Cáceres, B. *Prensa Libre*. Recuperado de: <http://www.prensalibre.com/internacional/asesinada-ambientalista-berta-caceres-recibe-maximo-premio-de-la-onu>
- Calderón G., F. (2012). *La protesta Social en América Latina*. Cuaderno de Perspectiva Política 1. 1ª edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Cálix A. (2010). *Honduras: de la crisis política al surgimiento de un nuevo actor social*.
- Cámara de Diputados de México (01 de abril de 1970). Ley Federal del Trabajo. Ciudad de México.
- Cdella, D. *Social Movements, Political Violence, and the State*.
- Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS (2017). *El Derecho a la Protesta Social en la Argentina*. Recuperado de: <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/el-derecho-a-la-protesta-social-en-la-argentina/>
- Centro de Estudios Legales y Sociales - CELS (2016). *Los Estados Latinoamericanos frente a la protesta social*. Buenos Aires.
- Cepeda, I. (2012). Entrevista a Iván Cepeda, la represión política es apenas una de las expresiones de la criminalidad de Estado. *Anal Político*, 25 (76). pp. 103-117.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008). *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Manuel Cepeda Vargas (Caso 12.531)*. Recuperado de: <http://cidh.oas.org/demandas/12.531%20Manuel%20Cepeda%20Vargas%20Colombia%2014%20nov%2008%20ESP.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>

Comparative Analysis of Italy and Germany, Cambridge, Cambridge University Press. 1995, p. 57.

Congreso de la República (1951, 07 de junio). *Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial No. 27.622. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_sustantivo\\_trabajo.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html#1)

Congreso de la República (2011, 24 de junio). *Ley 1453 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.”*. Diario oficial No. 48.110. Bogotá.

Congreso de la República (2016, 29 de julio). *Ley 1801 de 2016 “Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.”* Diario Oficial No. 49.949. Bogotá.

Corte Constitucional. (2017, 20 de abril). *Sentencia C- 233* [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Bogotá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999, 11 de noviembre). *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. [Jueces: Antônio A. Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez, Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Carlos Vicente de Roux Rengifo]. San José de Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009, 28 de enero). *Caso Perozo y otros vs Venezuela*. [Jueces: Cecilia Medina Quiroga, Sergio García Ramírez, Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet, Pier Paolo Pasceri Scaramuzza]. San José de Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001, 02 de febrero). *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. [Jueces: Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez, y Carlos Vicente de Roux Rengifo]. Ciudad de Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012, 03 de septiembre). *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. [Jueces: Diego García-Sayán, Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco, Rhadys Abreu Blondet, Alberto Pérez Pérez, Eduardo Vio Grossi]. San José de Costa Rica.

Córtex Morales, E. (2015). *Criminalización de la protesta social en México*. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/325/32515011/>

Cozzi, E. (2017). *Protesta*. Recuperado de: [https://www.cels.org.ar/protestasocial/pdf/CELS\\_Protesta\\_Arg.pdf](https://www.cels.org.ar/protestasocial/pdf/CELS_Protesta_Arg.pdf)

Cruz R, Edwin. (2015). El derecho a la protesta social en Colombia. *Pensamiento Jurídico*, (42).

- Defensoría del Pueblo Colombia (s.f.) *Garantías para el derecho a la protesta y los derechos de quienes no hacen parte de ella, pide la Defensoría a propósito del Paro Agrario*. Recuperado de: <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/5300/Garant%C3%ADas-para-el-derecho-a-la-protesta-y-los-derechos-de-quienes-no-hacen-parte-de-ella-pide-la-Defensor%C3%ADa-a-prop%C3%B3sito-del-Paro-Agrario-Paro-Agrario-marchas-campesinas-Defensor%C3%ADad-el-Pueblo-derecho-a-la-protesta.htm>
- Entrevista AFP (2017). Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/protestas-en-argentina-por-reforma-pensional-162968>
- Federación Internacional de los Derechos Humanos (2006). *La protesta social pacífica: ¿Un derecho en las Américas?* Recuperado de: <https://ciddhu.uqam.ca/fichier/document/rapport-fidh-protestation-sociale.pdf>
- Gargarella, R. (2007). *Un diálogo entre la ley y la protesta social*. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60938>
- Gargarella, R. (2012). *El derecho frente a la protesta social*. Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60938>
- Gescal, G. (2012). *Colombia desde afuera*. Recuperado de: <http://colombiadesdeafuera.wordpress.com/2012/09/15/975/>
- Giorgetti, D. (s.f). *El golpe contra el movimiento obrero*. Recuperado de: [http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2016/03/06.-DOSIER\\_GIORGETTI\\_90.pdf](http://www.sociales.uba.ar/wp-content/blogs.dir/219/files/2016/03/06.-DOSIER_GIORGETTI_90.pdf)
- González A., R. (2013). *Movimiento obrero y protesta social en Colombia. 1920-1950*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4727823.pdf>
- Huelga y marcha con incidentes en Argentina por reforma de pensiones. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/protestas-en-argentina-por-reforma-pensional-162968>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), Alto Comisionado de las Naciones Intercambio Internacional por la Libertad de Expresión. (2017, 18 de septiembre). *Reglamento de la Ley de Movilidad inhibe derechos a la libertad de expresión y la protesta social*. Red global defendiendo y promoviendo la libertad de expresión.
- Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto (2018). *Acción de Reparación Directa*. Radicación No. 2016-00104 Juez Marco Antonio Muñoz Mera.
- Linz, J. (1993). *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza.

- López Arnal, S. (2008). *Kaos en la red*. Recuperado de: <http://old.kaosenla-red.net/noticia/entrevista-renan-vega-cantor-escritor-colombiano-ganador-premio-libert>
- Magno, S. (s.f). *Derecho constitucional a la reunión y la protesta en Perú*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/156/2003/01/722.pdf>
- Mancera E., M. (2017). *Reglamento de la ley de movilidad del Distrito Federal*. Recuperado de: <http://www.paot.org.mx/centro/reglamentos/df/pdf/2017/REGLAMENTO%20DE%20LA%20LEY%20DE%20MOVILIDAD%20DEL%20DISTRITO%20FEDERAL.pdf>
- Massal, J. (2015) *Cruda represión de la protesta en Colombia, en tiempos de negociación de paz*. Recuperado de: <http://palabrasalmargen.com/uncategorized/la-cruda-represion-de-la-protesta-en-colombia-en-tiempos-de-negociacion-de-paz/>
- Mejía, J. (2010). La situación de los derechos humanos en Honduras en el escenario postgolpe de Estado. *Revista de Filosofía, Derecho y Política* (p. 3-18).
- Ministerio del Interior, República de Colombia (2018). *Protocolo para la coordinación de las acciones de respeto y garantía de la protesta pacífica*. Recuperado de: [https://www.elespectador.com/sites/default/files/pdf-file/resol-1190-18-adopta\\_protocolo\\_protesta\\_pacifica.pdf](https://www.elespectador.com/sites/default/files/pdf-file/resol-1190-18-adopta_protocolo_protesta_pacifica.pdf)
- Movice [Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado] y CCEEU [Coordinación Colombia Europa Estados Unidos] (2015). *Informe sobre protesta social y derechos humanos*. Recuperado de: [http://www.ddhh-colombia.org.co/sites/default/files/files/pdf/CCEEU%20y%20Movice\\_Informe%20ante%20CIDH%20sobre%20Criminalizacin%20de%20la%20Protesta%20Social%20en%20Colombia.pdf](http://www.ddhh-colombia.org.co/sites/default/files/files/pdf/CCEEU%20y%20Movice_Informe%20ante%20CIDH%20sobre%20Criminalizacin%20de%20la%20Protesta%20Social%20en%20Colombia.pdf)
- Oficio 0084 (2006, 25 de abril). Mayor General Alonso Arango Salazar, director Operativo (E) Policía Nacional.
- Organización de Estados Americanos (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> *Protesta Social y Derechos Humanos*.
- Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>

- Organización de las Naciones Unidas (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas (2012). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/HRC/20/27. Recuperado de: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-27_sp.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (2013). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/HRC/23/39. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9783.pdf?view>
- Organización de las Naciones Unidas (2013). *Informe del Relator especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/68/299. Recuperado de: <http://freeassembly.net/wp-content/uploads/2013/09/UNSR-elections-report-ESP.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2015). *Protesta Social y Derechos Humanos (Estándares Internacionales y Nacionales)*. Recuperado de: <http://acnurdh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas (2017). *Relatoría especial para la libertad de Expresión de la CIDH condena restricciones arbitrarias de la libertad de expresión y de reunión en Venezuela*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1071&IID=2>
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2014). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, Maina Kiai, A/HRC/26/29. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10174.pdf?view=1>
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos (2014). *La promoción y protección de los Derechos Humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas*. Resolución A/HRC/25/L.20. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9773.pdf?view=1>
- Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014). *Medidas efectivas*

*y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas.* Recuperado de: [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/Medidas\\_efectivas\\_y\\_buenas\\_practicas\\_DDHH\\_y\\_protesta\\_social\(Traduccion\\_No\\_Oficial\).pdf](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/Medidas_efectivas_y_buenas_practicas_DDHH_y_protesta_social(Traduccion_No_Oficial).pdf)

Ortegon Osorio, J. (2016) *¡La tal marcha sí existe!: Garantías para la protesta social en Colombia*, Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/20561/OrtegonOsorioJomaryLiz2016.pdf?sequence=1>

*Promoción de la Participación Ciudadana.* Recuperado de: <http://www.wradio.com.co/docs/201709287723747b.pdf>

Rentería A., T. (2013). *El debido proceso.* Recuperado de: <https://www.alainet.org/es/active/61259>

Revista Realidad. *La sinopsis de un proceso de pacificación y democratización fallido en la Región.* Instituto Brasileño de Análisis Social y Económico.

Sabine, Kurtenbach (2014). *Diálogo, protesta, violencia y represión en Latinoamérica y Europa.* Recuperado de: <http://www.dw.com/es/di%C3%A1logo-protesta-violencia-y-represi%C3%B3n-en-latinoam%C3%A9rica-y-europa/a-17986343>

Tufro, M. (2017) *Argentina en torno a la represión.* Recuperado de: <http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/04/18/argentina-el-eterno-retorno-de-la-represion/>

Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2014). *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales.* Recuperado de: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf>

Uprimny, R y Sánchez D., Luz M. *Derecho penal y protesta social.* Recuperado de: [https://www.palermo.edu/cele/pdf/LIBRO\\_BERTONI\\_COMPLETO.pdf](https://www.palermo.edu/cele/pdf/LIBRO_BERTONI_COMPLETO.pdf)

Vega Cantor, R. (2002). *Gente muy rebelde.* Bogotá, Colombia: Ediciones Pensamiento Crítico.

Vega Cantor, R. (2013). Algunas ideas sobre el papel del historiador crítico. *Rebelión* (8).

Vega Cantor, R. (2014). Israel: Un estado canalla, nazi y genocida. *Rebelión*, (2).

Velasco, M. (2017). “Movimientos sociales contenciosos en Colombia 1958-2014”. En: P., Almeida y A., Cordero Ulate, (Eds.). *Movimientos Sociales*

en América Latina: *Perspectivas, Tendencias y Casos* (pp. 505-522). Buenos Aires: Clacso.

Vigües, S. (2018). *Ideas para regular la protesta*. Recuperado de: [https://www.dejusticia.org/column/ideas-para-regular-la-protesta/?utm\\_source=Observatorio+de+Discriminaci%C3%B3n+Racial&utm\\_campaign=90a586287f-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2018\\_10\\_08\\_03\\_32&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_f10e561b57-90a586287f-85562145](https://www.dejusticia.org/column/ideas-para-regular-la-protesta/?utm_source=Observatorio+de+Discriminaci%C3%B3n+Racial&utm_campaign=90a586287f-EMAIL_CAMPAIGN_2018_10_08_03_32&utm_medium=email&utm_term=0_f10e561b57-90a586287f-85562145)

Zaffaroni, E. (2010). *¿Es legítimo criminalizar la protesta en la vía pública?* Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=16&v=8\\_-32qJqlTE](https://www.youtube.com/watch?time_continue=16&v=8_-32qJqlTE)

## BIBLIOGRAPHY

American Civil Liberties Union (ACLU). *You Right To Protest*. Recovered from: <https://aclu-or.org/en/know-your-rights/your-right-protest>

Guida West, Rhoda Lois Blumberg (1991). Oxford University. *Women and Social Protest*. Recovered from: <https://global.oup.com/academic/product/women-and-social-protest-9780195065176?cc=us&lang=en&>

J. Craig Jenkins, Bert Klendermans (2005). Free University of Amsterdam. *The Politics of Social Protest: Comparative Perspectives on States and Social Movements*. Recovered from: <https://www.taylorfrancis.com/books/e/9781135367527>

Right to protest. *Why the right to protest?* Recovered from: <https://right-to-protest.org/debate-protest-rights/principle-4-limited-scope-of-restrictions-on-the-right-to-protest/>

Youngs Richard (2 October 2017). *What are the meanings behind the worldwide rise in Protest?* Recovered from: <https://www.opendemocracy.net/protest/multiple-meanings-global-protest>

# EL DERECHO DE IMAGEN COMO LÍMITE AL DERECHO DE AUTOR: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE LAS FOTOGRAFÍAS DE LOS PARTICIPANTES DEL CARNAVAL DE NEGROS Y BLANCOS DE PASTO

Daysi Carolina López<sup>1</sup>, Gabriel Evelio Escobar<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2019

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2020

Referencia: LOPEZ, Daysi. ESCOBAR, Gabriel (2019). *El derecho de imagen como límite al derecho de autor: la explotación económica de las fotografías de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 5. Núm. 9. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**RESUMEN:** Hoy en día en el tráfico mercantil aparecen nuevos objetos de comercialización, uno de ellos es la imagen personal, sin embargo, su utilización plantea desafíos para el mundo jurídico, especialmente cuando se trata de expresiones culturales como el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto, expresiones desarrolladas en público en donde los participantes se exponen a ser retratados fotográficamente abriendo el camino para la explotación económica no consentida de su imagen. Es por ello que, frente a la falta de reglamentación en materia de protección de la imagen se plantea un esquema fuerte de responsabilidad extracontractual como forma de protección de la imagen, teniendo como fundamento parámetros de derecho comparado.

1. Egresada del programa de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Contacto: [lopezromerodc@hotmail.com](mailto:lopezromerodc@hotmail.com)
2. Egresado del programa de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Contacto: [gabrielesotelo@outlook.com](mailto:gabrielesotelo@outlook.com)

**Palabras clave:** Propiedad intelectual, derechos de autor, derecho de imagen, patrimonio cultural inmaterial, dominio público.

**ABSTRACT:** Today in commercial traffic appear new object to trading, one of this is the personal image, however, it is use means a challenge to the law, especially when it comes to cultural expressions like the Black and White Carnival of Pasto, expressions developed in public where participants expose themselves to be photographed opening the way for economic exploitation without consent of their image. Therefore, lack of regulation in the matter of the protection of the image, the author suggests a strong scheme of civil tort liability as the form of protection of the image, whereas fundamentals of comparative law.

**Key words:** Intellectual property, Copyright, Right to publicity, Intangible cultural heritage, public domain.

## INTRODUCCIÓN

Los avances en la sociedad llevan un ritmo acelerado, la globalización, el desarrollo tecnológico y el afán de explotación de todo tipo de bien que represente valor económico hacen parte de ese avance. El derecho está en la obligación de aportar solución a temas trascendentales como el manejo de la imagen, en cuanto, la imagen se ha convertido en un bien con alto valor económico susceptible de ser fácilmente captada, difundida o comercializada, lo que genera una vulneración del derecho a la propia imagen.

En Colombia la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993 sobre derechos de autor brindan algunos parámetros de protección del derecho de imagen, sin embargo, en materia de festividades culturales como el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto se genera un panorama de incertidumbre frente a su regulación y ámbito de protección debido a la figura de la autorización presunta. Por ello se acude a pronunciamientos de las cortes colombianas para identificar el alcance del derecho de imagen y su protección, encontrando que de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencias como T-090 de 1996, T-634 de 2013, T-117 de 2018 entre otras, el derecho de imagen es un derecho autónomo y personalísimo, ya que es una prolongación de la personalidad individual que puede ser objeto de protección constitucional.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional evidencian que la explotación comercial no consentida de la imagen se considera un asunto de importancia en cuanto a su aspecto moral, de ahí que, se tutele el derecho para evitar un perjuicio irremediable en derechos de rango constitucional, pero son muy precarios los pronunciamientos en cuanto al ámbito patrimonial que reviste el derecho de imagen por lo que se sostiene que el esquema de protección existente en Colombia no es suficiente para adaptarse a los requerimientos necesarios para brindar protección desde el ámbito patrimonial y es por ello que surge la necesidad de analizar el problema planteado desde un paradigma interpretativo, reflexivo y crítico que permita fijar estándares de responsabilidad extracontractual que aseguren al titular de la imagen explotada una compensación económica que indemnice el daño sufrido en su derecho.

A partir del método hermenéutico interpretativo, se abordarán los conceptos de derecho de imagen, derechos de autor tanto morales como patrimoniales, derechos personalísimos y autorización presunta en actos públicos, para analizar con posterioridad en el caso concreto la configuración de responsabilidad civil extracontractual como mecanismo para proteger los derechos económicos derivados de la imagen, con la finalidad de generar una respuesta desde las fuentes legales, jurisprudenciales, doctrinarias y casos de derecho comparado.

Con dicha finalidad, se abordarán tres capítulos i) En primer lugar se realizará una conceptualización previa del derecho a la propia imagen y los derechos morales y patrimoniales de autor ii) Se realizará un acercamiento a la esencia del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto y iii) Se hará el análisis del caso concreto, en cuanto a la configuración de la responsabilidad civil por la explotación económica de la imagen de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto y para finalizar se expondrán las conclusiones del trabajo investigativo.

## 1. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DERECHOS DE AUTOR

En este capítulo se abordarán los conceptos de derecho a la propia imagen y derecho de autor, su alcance, tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano y en el plano internacional, ello con la finalidad de entender la importancia de protección de este tipo de derechos para el individuo y su importancia en el tráfico mercantil.

### 1.1. Conceptualizaciones previas del derecho a la propia imagen

Garrido (2015) ha dicho que se puede considerar que la institución precursora del derecho a la imagen es el llamado *ius imaginis* romano, el cual consistía en la elaboración de una máscara de un antepasado que haya desempeñado una *magistratura curules* (que haya estado al servicio del Estado, de otro modo era prohibido realizar este tipo de actividades) para luego ser exhibida en el atrio de los palacios o en los cortejos fúnebres, aquello suponía la inmortalización a través de una imagen.

De acuerdo al diccionario de La Real Academia Española, imagen hace referencia a “Figura, representación, semejanza y apariencia de algo” por lo que se afirma que la imagen de una persona es la representación externa que puede comprender aspectos como la voz, la vestimenta o el nombre, ya que, son elementos que permiten su identificación.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en Sentencias como T-408 (1998) con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, T-405 (2007) con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, T-634 (2013) con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa y T-117 (2018) con ponencia de la magistrada Cristina Pardo Schlesinger se vislumbra que el derecho a la propia imagen tiene dos vertientes: por un lado se encuentra el aspecto positivo que comprende el derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que faculta a la persona para captar y difundir su imagen con fines personales o de explotación económica y la vertiente negativa ligada con la protección a la intimidad “en cuanto tiene como objeto impedir la obtención, reproducción y distribución de actos o sucesos propios de la intimidad de una persona y que además dicha acción se realice sin la autorización del titular” (Corte Constitucional de Colombia, 1998, T-408).

Una vez precisado el concepto de propia imagen, para fines de este artículo es necesario fijar el ámbito de protección de la propia imagen y las lesiones que implica explotar económicamente la imagen de una persona cuando ha sido retratada en una fotografía sin previa autorización. En Colombia la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor, dispone:

Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 88 de esta ley. La

persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios. (Ley 23 de 1982, Art. 87)

En el artículo citado previamente se configura la vertiente negativa del derecho de imagen, ya que, se establece el derecho a impedir que la imagen se exhiba o exponga en el comercio sin consentimiento expreso.

Por otro lado, la vertiente positiva del derecho de imagen deriva del artículo 88 de la ley 23 de 1982 el cual establece “cuando sean varias las personas cuyo consentimiento sea necesario **para poner en el comercio o exhibir** el busto o retrato de un individuo y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad competente” (Congreso de la República, 1982, Ley 23, Art. 88) (negrita fuera del texto original). En este artículo al mencionar que se puede poner en el comercio o exhibir el retrato de un individuo se entiende que de manera implícita se está otorgando la posibilidad de explotación de la propia imagen. A su vez el artículo 89 de la Ley 23 de 1989 dispone que:

El autor de una obra fotográfica, que tenga mérito artístico para ser protegida por la presente ley, tiene derecho a reproducirla, distribuirla, exponerla y ponerla en venta, **respetando las limitaciones de los artículos anteriores (87 y 88)** y sin perjuicio de los derechos de autor cuando se trate de fotografías de otras obras de las artes figurativas (...). (énfasis y paréntesis añadido) (Congreso de la República, 1982, Ley 23, Art. 89)

De la lectura del mencionado artículo 89 se puede establecer que el derecho de imagen tiene un papel preponderante sobre los derechos de autor conferidos al creador de una obra fotográfica, es decir que, cuando el autor en su obra fotográfica haya retratado a personas, deberá primero respetar los derechos de imagen para poder ejercer cualquier tipo de actividad económica con su obra, sin embargo, existen circunstancias en donde la publicación del retrato de una persona es libre y no se requiere el consentimiento de la misma para su publicación, estos eventos se encuentran en el artículo 36 de la ley 23 de 1982, los cuales son: i) cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general; ii) o con hechos o acontecimientos de interés público o iii) que se hubieren desarrollado en público (Congreso de la República, 1982, Ley 23).

Tratándose del Carnaval de Negros y Blancos, en primera medida se puede afirmar que la realización y publicación de fotografías es libre por tratarse de una festividad que se desarrolla en público, sin embargo, como veremos en el capítulo tres de este artículo, la finalidad con la que

se realice la publicación puede desvirtuar la autorización conferida por el artículo 36 de la ley 23 de 1982.

A nivel internacional, la experta en propiedad intelectual Lien Verbauwheide (2006) ha dicho que, un evento para limitar el uso de fotografías es la utilización de la imagen de una persona con fines comerciales, ello deriva del derecho de publicidad de las personas lo cual implica que una persona tiene un valor económico que es el resultado de sus esfuerzos y faculta a las personas a explotar su imagen.

Cabe mencionar que, frente a la protección de la imagen se han generado dos posturas: la postura clásica que sostiene que la afectación del derecho a la propia imagen existe con la afectación al honor, la fama y la vida privada; por ello Flores Avalos (2005) afirma que esta lesión se configura por considerar a la imagen personal como la manifestación del respeto a la privacidad. Respecto a la segunda postura se sostiene que el derecho a la imagen es un derecho autónomo frente a otros derechos, que si bien pueden afectarse con un mismo hecho no significa que necesariamente tengan que confluír para que este derecho se proteja, esta segunda postura ha sido acogida por la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-405 (2007), con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño. Por su parte en la doctrina se considera que:

La justificación de los derechos de imagen debe basarse en las nociones de dignidad humana y enriquecimiento ilícito, ya que los individuos no deben ser explotados aún si la explotación no les cuesta nada, incluso el derecho de imagen otorga a los individuos un beneficio personal sin que implique ningún beneficio económico para la sociedad<sup>3</sup> (Tugendhat, s.f, s.p.). (Traducción propia)

Bajo este entendido, es importante referir algunos casos que permiten entender el desarrollo del derecho a la propia imagen en el sistema jurídico colombiano, en esta línea se encuentra el caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia T-090 de 1996 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en el cual se ve involucrado el derecho a la propia imagen de una mujer que permitió que se grabara su parto para utilizar el material audiovisual en la realización de un documental para rendir homenaje a la vida, sin embargo, dicho video no fue utilizado para los fines acordados. La Corte mencionó que

3. El texto original es “The justification for image rights has to be based on the notions of human dignity and unjust enrichment. Individuals should not be exploited even if the exploitation costs them nothing, and even the image right gives individuals a personal gain with no corresponding economic benefit to the public”.

el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo y que al emitir las imágenes del parto omitiendo la finalidad acordada se generó una utilización no convenida que obliga a otorgar protección constitucional, de tal manera, se tuteló el derecho a la propia imagen, intimidad, al libre desarrollo de la personalidad e identidad de la actora y en consecuencia se ordenó cesar toda transmisión, exposición, reproducción, publicación, emisión y divulgación pública de las imágenes del parto. De este pronunciamiento quedó claro que:

La imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo. (Corte Constitucional de Colombia, 1996, T-090)

En el mismo sentido, se encuentra la sentencia T-471 de 1999 con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández caso en el cual una empresa de aceites contrató a una firma para que realizara unas fotografías que serían utilizadas en etiquetas y material publicitario de la empresa, a su vez dicha firma contrató con una agencia para elegir a la modelo. Una niña menor de edad se presentó al casting pero la agencia le informó que no fue seleccionada, sin embargo, tiempo después los padres de la menor vieron la imagen de su hija en las etiquetas de aceite que se encontraban exhibidos en supermercados, al resolver este caso el Tribunal Constitucional manifestó que en ejercicio del derecho de libertad, se permite que por medio de una relación contractual se autorice el uso de la imagen por parte de un tercero, pero que de ninguna manera ello implica una renuncia al derecho fundamental a la propia imagen, en este caso se concluyó que hubo una explotación no consentida de la imagen y por lo tanto se ordenó retirar de circulación los productos que contengan la imagen de la menor. Frente a la pretensión de compensación económica se señaló que debe tramitarse por la vía ordinaria acreditando los presupuestos de la responsabilidad (Corte Constitucional, 1999, T-471).

En la sentencia T-407 A de 2018 con ponencia de la magistrada Diana Fajardo Rivera, la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer que realizó un video pornográfico como parte de un casting bajo la promesa de no ser divulgado, pese a ello, el propietario de la empresa lo divulgó sin autorización expresa, razón por la cual, la mujer interpuso una acción de tutela para proteger sus derechos a la propia imagen, intimidad y buen nombre. En este caso la Corte reitera lo mencionado

en la sentencia T-634 de 2013 con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa, insistiendo que por respeto y dignidad a la persona es necesario que exista un consentimiento informado lo que implica un conocimiento frente al uso de la imagen y la finalidad de la misma para que terceros puedan hacer uso de esta ya que incluso dentro de un marco contractual la autorización para explotación comercial de la imagen no implica una renuncia al derecho a la propia imagen, de ahí que, cualquier abuso que vulnere el derecho fundamental a la propia imagen es de competencia del juez constitucional (Corte Constitucional, 2018, T-407A).

## 1.2. Derechos de autor

El derecho de autor hace parte del esquema de propiedad intelectual, el cual presenta dos vertientes, el derecho de autor y la propiedad industrial, el primero se encarga de los derechos asociados a las obras de arte, literatura, música, etcétera, por otro lado, la propiedad industrial se refiere a las marcas y patentes.

Para el desarrollo del presente artículo el esquema a trabajar es el de derecho de autor por cuanto se asociará con las fotografías de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto, acerca del derecho de autor es preciso decir que:

Copyright extends to a variety of ‘works’, either literary, artistic, dramatic or scientific. These include, among others, books, stories, poems, plays, motion pictures, music compositions, software, drawings, sound recordings, industrial designs etc. The owner of the copyright typically has the exclusive right to produce copies of the work, decide the terms and conditions for import/export, transmit the work in any manner, perform/display the work, create adaptations or derivations of the existing work and to transfer these rights to any other person, either by assignment or sale<sup>4</sup>. (Chaudhari y Baliga, 2015, s.p.)

Dentro de los derechos de autor existen dos clasificaciones, los derechos morales y los derechos patrimoniales, que serán abordados a continuación.

---

4. “Los derechos de autor se extienden a una variedad de “obras”, ya sea literarias, artísticas, dramáticas o científicas. Estos incluyen, entre otros, libros, cuentos, poemas, obras de teatro, películas, composiciones musicales, software, dibujos, grabaciones de sonido, diseños industriales, etc. El propietario de los derechos de autor típicamente tiene el derecho exclusivo de producir copias de la obra, decide los términos y condiciones para importar / exportar, transmitir el trabajo de cualquier manera, realizar / mostrar el trabajo, crear adaptaciones o derivaciones del trabajo existente y transferir estos derechos a cualquier otra persona, ya sea por asignación o venta” (traducción propia).

### **1.2.1. Derechos morales**

El primer componente de los derechos de autor son los derechos morales, los cuales:

Protegen los intereses no patrimoniales, como el hecho de que se pueda impedir que la creación sea modificada o que determinado derecho sea reivindicado por el creador, teniendo en cuenta que la mera expresión de la obra le otorga dicha prerrogativa. (Bernal Sánchez y Conde Gutiérrez, 2017, p. 55)

Aquellas prerrogativas otorgadas por los derechos morales se pueden extraer del contenido de la Ley 23 de 1982 que regula lo atinente a derechos de autor; para el caso de Colombia, en su artículo 30 encontramos de primera mano un aporte sobre la caracterización del derecho moral como un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable. Posteriormente se enfoca en los derechos atribuibles al autor sobre su obra y menciona cinco puntos importantes: reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra, oponerse a la deformación, conservarla inédita, modificarla y por último retirar su publicación con el fin de garantizar el mencionado derecho moral frente a las obras.

Para efecto de profundizar, es necesario recurrir a convenios internacionales que señalan la independencia de los derechos morales de los derechos patrimoniales de autor; así se encuentra el convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas que establece:

Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (Convenio de Berna, 1886, art. 6).

Lo anterior guarda relación con lo consagrado en el artículo 11 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina acerca del Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, en ella se manifiesta que:

El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor (Comunidad Andina de Naciones, 1993).

En síntesis, los derechos morales de autor comprenden: el derecho de paternidad, derecho de integridad, derecho de conservar la obra inédita y el derecho de modificación, concebidos como derechos fundamentales debido a que “emanan de la misma condición del hombre” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-148, 2015, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado).

### **1.2.2. Derechos patrimoniales**

Se encuentra que uno de los aspectos que contemplan los derechos de autor como tipología de derecho mixto, es el contenido patrimonial de los mismos, así se puede afirmar que los derechos patrimoniales de autor son “prerrogativas de carácter económico, con la potestad de autorizar o prohibir su ejercicio”. (Peña, 2017, p.249). Los derechos patrimoniales se caracterizan por ser aquellos:

Sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica. (Corte Constitucional de Colombia, 1996, C-276)

De acuerdo a lo estipulado en la Decisión Andina 351 de 1993 los derechos patrimoniales de autor componen los derechos exclusivos a realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. (Comunidad Andina de Naciones, 1993, Decisión Andina 351, art. 13)

Es tal la importancia de los derechos patrimoniales de autor que en el artículo 27 (2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) se establece que toda persona tiene derecho a que se protejan sus intereses morales y patrimoniales a los que tenga lugar en razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

En síntesis, en este capítulo se ha dejado claro que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo y personalísimo cuya violación

puede generar la transgresión de otros derechos como la dignidad, intimidad, buen nombre y honra. Además la utilización de la imagen se encuentra regulada por la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 341 de la Comunidad Andina normas sobre derechos de autor que confieren derechos morales y patrimoniales para el titular de la imagen.

## 2. CONCEPTUALIZACIÓN PREVIA DEL CARNAVAL DE NEGROS Y BLANCOS DE PASTO

El carnaval puede ser definido como “la fiesta al revés, o la del mundo invertido” (Ministerio de Cultura, 2010, p. 10). Como lo manifiesta Mihaíl Bajtín (citado por Rodríguez, 2013) los espectadores no solo asisten al carnaval, sino que, lo viven porque el carnaval es para el pueblo, no tiene frontera espacial, se vive de acuerdo a sus leyes, las leyes de la libertad.

Los carnavales tradicionalmente se celebran un par de días antes del inicio de la cuaresma de acuerdo al calendario cristiano, ejemplo de ello es el Carnaval de Oruro en Bolivia, el Carnaval de Barranquilla en Colombia, el Carnaval de Río de Janeiro en Brasil, el Carnaval de Venecia en Italia, entre otros; sin embargo, el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto es una festividad que tiene lugar entre los días 28 de diciembre y 7 de enero de cada año, “se sitúa fuera del calendario tradicional de los carnavales de todo el mundo, enmarcados por las fiestas paganas y cristianas en el periodo de Cuaresma o de la primera luna llena de la primavera” (Ministerio de Cultura, 2010, p. 9).

Es importante mencionar que el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto, tiene su origen en la lucha de los esclavos negros por alcanzar la libertad, para la época se presentaban diversos levantamientos de esclavos entre los más importantes se encuentran los ocurridos en el “Darién 1727, Palenque 1732, Chocó 1748, Tolú y Mompós 1749, Cali 1761, San Juan de los Llanos 1785, Cartago y Pacho 1798 y Chaparral 1805” (Paz, como se citó en Zarama, 1999, p. 19), debido a estos levantamientos y a las reclamaciones de los esclavos, la Corona española accedió a otorgar un día de libertad, aquel día fue el 5 de enero en donde la población de esclavos negros se tomaban las calles “para revivir su música africana; durante ese día en un gesto que expresaba su anhelo de igualdad tiznaban con carbón a los blancos que encontraban a su paso” (Ministerio de Cultura-Dirección de Patrimonio, 2010, p. 10).

El Carnaval de Pasto como fusión de la cultura negra, indígena e hispana propicia un escenario diverso que posee varios componentes: a) El componente indígena precolombino, ritualidades agrarias y cósmicas al inti (sol), a la quilla (luna), al cuichig (arcoíris), b) El componente hispánico: teatro, personajes, íconos y costumbres, c) El componente afroamericano: el juego de la “pintica” que presenta su foco cultural en el Antiguo Cauca. (Muñoz, 1998 citada por Zarama, 1999, p. 19)

El Carnaval de Negros y Blancos es un espacio en donde confluye la cultura, además se enmarca como un escenario propicio para el encuentro de hombres, mujeres, niños, ricos y pobres, de diversas etnias y religiones, es “un compartir social” (Afanador, 2015, p. 82).

Por las características anteriormente descritas y la importancia del Carnaval de Pasto, el mismo fue catalogado como patrimonio cultural de la Nación mediante la Ley 706 de 2001, en donde se manifiesta la importancia de preservar estas expresiones de arte, posteriormente en el año 2009 la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) declaró al Carnaval de Negros y Blancos de Pasto como patrimonio cultural inmaterial de la humanidad.

### **2.1. Muestras de arte efímero del Carnaval de Negros y Blancos**

Dentro de esta categoría se encuentran distintas modalidades, que de acuerdo a lo descrito por Paz (2010) son: el disfraz individual, con el que se personifica un individuo de cualquier ámbito, seguidamente están las comparsas que son grupos conformados entre 7 y 20 personas que poseen temas alusivos al carnaval, ahora disfrutamos de las murgas compuestas por 8 hasta 22 participantes quienes son los encargados de animar al público mediante la interpretación de música andina, posteriormente se observan los grupos coreográficos integrados por 60 y 250 personas entre danzantes y músicos quienes realizan su presentación durante el desfile, la atracción principal son las carrozas de las que existen dos tipos las motorizadas y las no motorizadas, estas difieren entre sí por su tamaño y su técnica pero en las dos podemos encontrar composiciones escultóricas muy bellas.

El carnaval inicia el 28 de diciembre con el evento arcoíris en el asfalto en donde la gente se da cita en las calles para llenarlas de color, el carnaval continua el 31 de diciembre con el tradicional desfile de años viejos, que son figuras de personajes famosos o reconocidos políticos,

con ellos se realiza una sátira a los acontecimientos sociales que han tomado relevancia en el año.

El 2 de enero se realiza el desfile de colonias, en el cual los habitantes que pertenecen a los diferentes sectores rurales y corregimientos cercanos a la ciudad de Pasto, entregan una muestra del vivir en sus comunidades, sus actividades laborales en el campo como la agricultura, la ganadería, sus juegos tradicionales y dulces típicos, entre otros, con el fin de realizar un acercamiento entre la vida rural y urbana.

El día 3 de enero ocurren dos acontecimientos importantes dentro de la realización del carnaval, el primero de ellos es el carnavalesito, en el cual los niños y niñas son artífices principales del carnaval, desfilan por las calles de la ciudad exhibiendo sus obras artísticas y danzando al ritmo de la música andina. El mismo día en horas de la tarde se lleva a cabo el desfile del canto a la tierra en donde se hace apertura a una serie de colectivos coreográficos conformados por danzantes y músicos que llevan un atuendo alegórico, este desfile rinde homenaje a la madre naturaleza o pachamama por ser la fuente de vida, es conmemorada a través de la danza y música Andina.

El día 4 de enero el carnaval le da la bienvenida a la familia Castañeda, lo que representa una tradición arraigada desde los años 1928 en donde “se representan temas históricos locales y fechas memorables para ser representados por agrupaciones que preparan tanto la vestimenta como en muchas ocasiones diálogos y representaciones teatrales para dar a conocer determinados aspectos de la historia” (Daza, 2010, p. 36).

Los días 5 y 6 de enero se consideran los días más importantes del carnaval, esta fecha es la oportunidad para exaltar la igualdad entre los partícipes, durante el juego se matizan los rostros con cosméticos de color negro lo cual no permite identificar característica alguna de los mismos, esta celebración tiene su origen en el día de libertad otorgado por la Corona española a los esclavos para que puedan dar rienda suelta a sus tradiciones africanas.

Finalmente, el día 6 de enero tiene lugar el desfile magno en donde el artesano es el principal protagonista porque exhibe el trabajo que ha sido realizado durante todo el año, en este día confluyen distintos tipos de arte como: carrozas motorizadas y no motorizadas, murgas, comparsas, disfraces individuales, colectivos coreográficos y grupos invitados; todos con un elemento común, las leyendas y mitología andina que

representan el espíritu de nuestro territorio, todas estas expresiones nacen con finalidad del carnaval y culminan junto con el carnaval, esto es el arte efímero.

En medio de este derroche de cultura los participantes llevan atuendos llamativos que complementan con el maquillaje, en estos eventos los participantes son retratados fotográficamente por el público y por fotógrafos profesionales, lo que implica que haya fotografías que pueden ser comercializadas infringiendo los derechos de imagen del participante retratado.

### **3. PROPIA IMAGEN EN EL CARNAVAL DE NEGROS Y BLANCOS DE PASTO**

En este capítulo se expresará el manejo, alcance y protección del derecho de imagen de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto. En primera medida cabe resaltar el problema bajo el cual se ha estructurado este artículo reflexivo, ¿Qué sucede si un participante del Carnaval de Negros y Blancos es retratado fotográficamente y posteriormente su imagen es explotada comercialmente? Se debe entender que esta persona ha perdido los derechos de explotación de su imagen en razón del consentimiento tácito por ser captada en un espacio público, o ¿se entiende que la explotación comercial de su imagen constituye una clara violación de su derecho de imagen?

#### **3.1. El consentimiento tácito para ser retratado fotográficamente**

Considerando que el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto es una muestra cultural que tiene desarrollo en las calles de la ciudad, es decir en un espacio público al que puede concurrir cualquier persona, se parte de la premisa del consentimiento tácito de los participantes del carnaval para ser retratados, en este entendido De Cupis (como se citó en Prada, 2005) manifiesta que:

El sentimiento de la individualidad debe ceder frente a las opuestas exigencias de interés general, cuando la reproducción venga unida a hechos, acontecimientos y ceremonias de interés público, o desarrollados en público. A quien participa en uno de ellos puede también imputarse el tácito consentimiento a la reproducción de la imagen. En tal caso siendo la figura del retratado un elemento de hecho o acontecimiento de interés público o desarrollado en público, existe una necesidad de orden material para la limitación del derecho a la imagen. (párr. 61-62)

En este orden de ideas al encontrarse frente a una festividad desarrollada en un espacio público y que además reviste interés público, se presume que los participantes del carnaval han otorgado su consentimiento para ser retratados y su imagen reproducida, sin embargo, se considera que la reproducción de esta imagen debe entenderse en los términos y límites del artículo 36 de la ley 23 de 1982, el cual dispone que: “La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público” (Ley 23 de 1982, Art. 36) es decir, la imagen solo puede ser publicada en virtud de los fines mencionados, lo que claramente exceptúa una finalidad dirigida a la explotación económica.

¿Podría pensarse que la reproducción de las fotografías que contengan la imagen de los artistas del carnaval se ajusta a la modalidad de finalidad cultural? si bien el carnaval es una expresión cultural, las imágenes captadas solo pueden exponerse con una finalidad informativa (exceptuando una finalidad económica) amparada por el derecho de libertad periodística derivado del artículo 20 de la Constitución Política de Colombia el cual avala el uso de las imágenes tomadas en un lugar o acontecimiento público ya que su finalidad es la de informar, fin que prevalece a los intereses particulares, por ser un elemento de importancia para la sociedad y que garantiza la realización de las libertades en un Estado Democrático (Corte Constitucional de Colombia, 1992, T-609).

De acuerdo con Garrido (2015) en la jurisprudencia española la excepción al consentimiento previo para divulgar la imagen es la prevalencia de la libertad de información respecto del derecho de imagen, siempre que la reproducción de la imagen provenga de una relación entre la noticia y la fotografía y no entre la fotografía y la imagen mostrada en ella, de tal manera que la omisión en la presentación de la fotografía que contiene la imagen carezca de trascendencia para la finalidad de la noticia.

De lo anterior se puede concluir que la legislación colombiana prevé la figura del consentimiento tácito únicamente para ser retratado en aquellos eventos que revistan un carácter de interés público o que se desarrollen en público, por lo que se requiere precisar dos eventualidades que pueden tener lugar: i) que la fotografía tenga como foco de atención la expresión cultural y ii) que la fotografía haga énfasis en la imagen de una persona.

En el primer evento, es decir que la fotografía capte la expresión cultural en general, se dirá que no existe un derecho de imagen que pueda ser tutelado ni susceptible de ser indemnizado por vía de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, ya que el centro de atención no es la imagen de la persona, si bien, en la fotografía puede aparecer la imagen de determinadas personas, se deja por sentado que dicha imagen configura un elemento accidental, ya que el autor de la obra no ha querido dar relevancia a la imagen personal en sí misma, sino que, la intención de la fotografía es representar una expresión cultural, de ahí que, si se suprime la imagen de dichos individuos no se perdería la esencia de la fotografía.

Por lo anterior si el autor de la fotografía quisiera explotarla económicamente no requiere de la autorización previa y expresa de las personas que aparecen en su fotografía, puede disponer de su obra y realizar con ella actividades de explotación.

Por otro lado, en el segundo evento en donde la fotografía gira alrededor de la imagen de una persona siendo este el elemento principal de la fotografía, se sostiene que el autor de la obra no puede disponer de ella libremente, sino que, necesitará de la autorización previa y expresa de la persona retratada para realizar cualquier acto de explotación, de lo contrario, se genera una vulneración del derecho a la propia imagen.

### **3.2. Los elementos de la responsabilidad civil en materia de explotación económica de la imagen**

En este apartado se estudiará la configuración de responsabilidad civil extracontractual por la explotación económica de la imagen de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto; ya se ha precisado en que eventos se puede exponer la imagen libremente sin consentimiento de la persona retratada, por otro lado, se dejó claro que la utilización con fines económicos de la imagen requiere de determinados requisitos que de no ser acatados dan lugar a realizar la reclamación por vía de la responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual encuentra su fundamento en el principio *neminem laedere*, nadie debe causarle daño a otra persona, de tal manera que si llegara a hacerlo se genera la obligación de indemnizar por el daño irrogado, tal como se dispone en el artículo 2341 del código civil, es por ello que, de acuerdo con Pérez (1957):

Cada persona está en la obligación de poner la mayor atención en todas sus actividades cotidianas, ya que hasta los más corrientes hechos pueden comprometer la responsabilidad de su autor si, al realizarlos, ha cometido una negligencia o una simple falta de cuidado que haya causado daño a otro. (p. 56)

La responsabilidad civil extracontractual se genera por el azar ya que no existe un vínculo jurídico preexistente que relacione al autor del daño con la víctima del mismo, de tal manera que, pese a la inexistencia de tal relación jurídica es posible endilgar responsabilidad bajo los criterios que ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria en Sentencia SC2107 (2018) con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, los cuales son: “(i) el perjuicio padecido; (ii) el hecho intencional o culposo atribuible al demandado; y (iii) la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre factores”.

### **3.3. De los elementos necesarios que configuran la responsabilidad civil extracontractual en materia de explotación de la imagen**

En este aparte se demostrará como la explotación económica de la imagen de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos reúne los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana.

#### **3.3.1. El daño**

De acuerdo con Luchet (como se citó en Mazeau, Mazeaud y Tunc, 1961):

En el lenguaje jurídico moderno se emplean como sinónimos las expresiones perjuicio y daño. En un principio no tuvieron el mismo significado: el “*damnum*” de la ley Aquilia era el ataque a la integridad de una cosa. Ese ataque era sancionado sin que se averiguara si le causaba o no le causaba un perjuicio al propietario, y no se sancionaba ningún otro perjuicio. Los jurisconsultos romanos intentaron reemplazar la noción de daño por la de perjuicio. (p. 293)

En consonancia con lo anterior, Tamayo (1983) considera que los términos daño y perjuicio son sinónimos, sin embargo, aboga por la diferencia entre dos conceptos el primero referente al objeto o persona sobre la cual recae la acción dañina y el segundo el perjuicio patrimonial o moral que se deriva de la lesión producida, es por ello que ha definido el daño de la siguiente manera.

El daño en sentido jurídico consiste en el menoscabo de un beneficio patrimonial o moral que una persona obtiene de sí misma, de otro individuo, de una cosa o de una situación. Pero ese daño sólo adquiere relevancia jurídica en la medida en que sea protegido por el derecho. (p. 38)

También se encuentra la definición de daño propuesta por Navia (2000) quien ha dicho que el daño se entiende como “la lesión de un interés jurídicamente tutelado, puede ser, por consiguiente, patrimonial o extrapatrimonial, según que el bien o derecho afectado se ubique en el patrimonio de la persona o fuera de él” (p. 15). Es entonces el daño una afectación negativa sobre un derecho bien sea de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

En Colombia la Corte Suprema de Justicia es partidaria de la diferenciación entre daño y perjuicio, así, desde la sentencia proferida por su extinta sala de Negocios Generales el 13 de diciembre de 1943 se dijo que:

El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio [mientras que] el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó. (Citado por Tolosa, 2018, s.p.)

La configuración del daño y los consecuentes perjuicios generados por la explotación económica no consentida de la imagen de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos se sustenta bajo la premisa del aspecto negativo del derecho de imagen, es decir, al catalogarse el derecho de imagen como un derecho subjetivo de carácter personalísimo implica a su vez el derecho a que la imagen no sea divulgada y a mantener en cabeza de su titular el manejo de la misma, por lo que, al atentarse contra este derecho de carácter subjetivo se puede hacer uso del derecho de acción para la reclamación de perjuicios.

En el caso particular se podría partir de dos supuestos i) que la utilización de la imagen además de la vulneración del derecho de imagen viole derechos como la honra y buen nombre y ii) que la utilización de la imagen no implique vulneración de otros derechos. En el primer evento se afirma que en ejercicio del derecho de acción el sujeto activo de la relación jurídico procesal podrá solicitar la indemnización tanto por la utilización no consentida de su imagen y además por los perjuicios morales que produzca el daño en sus derechos como la honra

y buen nombre, uno de aquellos eventos puede ejemplificarse de la siguiente manera, pensemos en la persona cuya imagen es utilizada en publicidad para promocionar actividades de tipo sexual o perjudiciales para la salud con las que el titular de la imagen no desea ser relacionado, claramente su vinculación con aquellas actividades puede comportar una lesión extrapatrimonial que merece ser indemnizada de manera independiente al perjuicio económico. En el segundo evento cuando la utilización de la imagen no comporta un daño de índole inmaterial aun es viable la reparación por la utilización no consentida de la misma, dado que, negar la procedencia de esta indemnización conduce a pensar que el legislador quiso proteger el derecho de imagen como un bien susceptible de ser explotado bajo determinados parámetros y cuya facultad de explotación le fue atribuida a su titular quien puede optar por explotarla o mantener restringida su publicación, es decir, la esfera positiva y negativa del derecho de imagen de las que ya se ha hecho referencia, si tal indemnización no es procedente por no acreditar un perjuicio de carácter inmaterial el derecho de imagen en su esfera negativa sería un derecho concedido sin una acción jurídica para demandar su protección, una postura totalmente incongruente con la finalidad del Derecho ya que no es acertado que existan derechos sin una acción que haga posible su reparación, de tal manera que en este evento procede el pago de una indemnización por el simple hecho de utilizar una imagen sin los requisitos que la actividad demanda.

### 3.3.2. *La culpa*

Desde el derecho Romano la culpa era uno de los requisitos para que existiera el *damnum injuria datum*. Empero, las exigencias creadas por el adelanto de la técnica y de la economía han producido, hoy como siempre, lo que un jurista llamó: “la revuelta de los hechos contra el código civil”. Y en esta revuelta se han conmovido los viejos sillares sobre los cuales asentaba su señorío de siglos el antiguo aforismo de la *Lex Aquilia*. El embate ha sido duro, pero no obstante la furia de sus enemigos, la culpa continúa siendo el fundamento de la responsabilidad civil, aunque su noción se haya ampliado y se haya tornado dúctil su contenido (Pérez, 1957, p. 57).

Toullier (como se citó en Pérez, 1957) sostiene que incurre en culpa el que haga una cosa a la cual no tenía derecho. Por su parte los hermanos Mazeaud y Tunc (1965) consideran que la culpa es “un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente

colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño” (p. 392).

De acuerdo con Pérez (1957) el contenido o alcance de la culpa se ha transformado debido al surgimiento de las teorías del riesgo creado, de la solidaridad social y del nexo causal. Por su parte en Colombia el elemento de la culpa ha generado que se contemplen presunciones de responsabilidad que influyen en la carga de la prueba para las partes inmersas en un proceso judicial en donde se pretenda la indemnización de perjuicios.

Frente a la explotación económica de la imagen de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos se requiere un régimen de responsabilidad aquiliana por culpa presunta que no solo incide en la prueba del elemento culpa sino también del nexo de causalidad entre el daño y la acción desplegada lo que permite a su vez la imputación de la conducta al sujeto obligado a la indemnización de los perjuicios ocasionados. La culpa presunta en este caso permitirá que la persona que vea afectado su derecho de imagen pueda establecer los elementos necesarios para enjuiciar sus pretensiones con el simple hecho de demostrar la ocurrencia del hecho generador del daño que puede ser la exposición, reproducción o utilización de su imagen en objetos o actividades que representen una ganancia económica para el actor del daño. La culpa presunta como elemento para alivianar la carga de la víctima en el caso de la explotación económica de la imagen parte de la no observancia de una obligación de conducta que para el caso se encuentra en los artículos 87, 88 y 89 de la ley 23 de 1982 referente a la autorización del titular de la imagen.

El régimen de culpa presunta propuesto para este caso concreto encuentra justificación en el principio general de la responsabilidad civil ya que desde la escuela histórica se ha considerado que condenar al pago de daños y perjuicios al sujeto que ha obrado mal, es perpetuar en la responsabilidad civil la idea de castigo propio del ámbito de la responsabilidad penal, por ello no es consecuente dados los esfuerzos por desligar la responsabilidad civil de la responsabilidad penal (Mazeau, Mazeaud y Tunc, 1962).

Al encontrar una clara distinción entre la responsabilidad civil y penal se reconoce que a la víctima se le ha concedido las acciones judiciales en materia civil para obtener la reparación de sus perjuicios y no para ejercer castigo o cobrar venganza al autor del daño, lo que en

otras palabras significa reconocer que un daño cualquiera causado con culpa cualquiera genera la obligación de reparar (Mazeaud, Mazeaud y Tunc, 1961). Es por ello que al margen de poder atribuir culpa en la comisión de la conducta, lo cierto es que existe un daño generado por la vulneración de un derecho subjetivo y por tal motivo surge el deber de indemnizar.

### **3.3.3. Nexo de causalidad**

Este elemento responde a la necesidad de un vínculo de causa y efecto entre el daño sufrido por la víctima y la culpa del autor del daño, pues no basta que la víctima acredite la existencia de un perjuicio o de un hecho cometido con culpa de una manera aislada, sino que, debe demostrar que el daño sufrido es a causa del hecho culposo del autor del mismo.

En cuanto a la explotación económica de la imagen de los participantes del carnaval este elemento es de gran importancia, ya que, como se mencionó en el apartado referente a la culpa, se propone un esquema de responsabilidad por culpa presunta, lo que implica que se releva a la víctima de la carga de probar la existencia de culpa, en ese sentido el demandado dentro de una acción judicial dirigirá sus excepciones a probar la existencia de una causa ajena ya sea culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito o hecho de un tercero, es decir, la discusión de su defensa se mueve en el ámbito del nexo de causalidad.

### **3.4. Responsabilidad solidaria en materia de explotación de la imagen**

Dado el panorama planteado de la explotación no consentida de la imagen, el escenario de la responsabilidad solidaria encuentra sentido con el siguiente ejemplo: se trata de un fotógrafo que retrata al participante del carnaval y posteriormente enajena dicha fotografía ya sea a un particular o a una persona jurídica que se dedican a actividades mercantiles quienes utilizarán dicha fotografía para realizar publicidad de sus bienes o servicios ofrecidos, en este evento se considera que la responsabilidad es solidaria entre el fotógrafo y quien adquiere la fotografía para utilizarla.

En el evento del fotógrafo, el mismo es responsable por no acatar los requisitos para comercializar una obra en la que aparece retratada una persona tales como obtener el consentimiento expreso y además informado que defina claramente la utilización que se hará de la obra,

por su parte quien compra dicha obra fotográfica con la finalidad de explotarla económicamente debe responder civilmente porque no ha sido diligente al asegurarse de contar con la autorización del titular de la imagen, de ahí entonces que en aquellos contratos que tienen como fin la adquisición de material para fines comerciales que impliquen la utilización de los derechos de imagen es un requisito indispensable que se haga conocer que el titular de la imagen efectivamente autorizó su captación y comercialización.

Dado el escenario de una responsabilidad solidaria, será el demandante quien tenga la libertad de dirigir la acción en contra del fotógrafo o de quien adquiere la fotografía para explotarla o en contra de ambos.

### **3.5. Panorama jurisprudencial en Colombia en materia de responsabilidad civil extracontractual por explotación económica de la imagen**

Los casos judiciales que se referenciaron en el primer capítulo de este artículo dan cuenta que el ámbito de protección de la imagen en Colombia es mayormente desde la esfera constitucional, por lo que no se encuentran grandes referentes en materia de la jurisdicción ordinaria, por su parte la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal en materia de la jurisdicción ordinaria no ha resuelto ningún caso por reclamaciones derivadas de la explotación comercial no consentida de la imagen.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se encuentra un pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C del año 2015 mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en el trámite de una acción de reparación directa, en este caso se demanda la responsabilidad extracontractual de la Industria Licorera de Caldas, por la utilización y explotación con fines comerciales de la imagen de una joven que no expresó su consentimiento previo. En el caso mencionado, la imagen de una joven profesional del área de las ciencias de la salud fue exhibida en varias vallas publicitarias de Aguardiente Cristal ubicadas en algunos municipios del departamento de Caldas, pese a lo anterior, no se pudo comprobar que la joven haya otorgado su consentimiento para la explotación de su imagen, además, la accionante mencionó que dicho acontecimiento le generó perjuicios morales porque su imagen se encuentra vinculada con la bebida alcohólica y no con hábitos sanos, situación que a su vez desprestigia su profesión como experta en salud.

Vistas las pretensiones y fundamentos de la accionante, el Consejo de Estado declaró administrativamente responsable a la Industria Lico-rera de Caldas, por los perjuicios causados como consecuencia de la utilización no consentida de la imagen de la accionante y en consecuencia condenó a la demandada a pagar por concepto de perjuicios morales una suma equivalente a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes y condenó en abstracto al pago del lucro cesante a favor de la actora, monto que debió solicitarse a través de un incidente de regulación de perjuicios.

En el pronunciamiento antes referido el Consejo de Estado dio un gran paso en materia de reconocimiento de responsabilidad por la explotación no consentida de la imagen, ya que, si bien manifiesta que existe una diferencia entre un modelo profesional y una persona cuya profesión no lo es, determina que ello no implica que la imagen carezca de valor, porque la misma ha servido como objeto de explotación económica representando un lucro, además deja por sentado que en aquellos eventos en donde de primera mano no sea posible determinar el valor comercial de la imagen por tratarse de una persona no famosa o que no se desempeñe en el medio del modelaje, no existe óbice para no otorgar una contraprestación por el uso de la imagen (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C, 2015, rad. No. 37953).

Sin embargo, en el fallo se puede evidenciar que la protección del derecho de imagen aún continúa ligada con aspectos que afectan el buen nombre y honra de la persona, de ahí que, se reconozca la compensación por perjuicios morales. Empero, la explotación de la imagen de los artistas del carnaval no necesariamente puede implicar un detrimento a sus derechos como el buen nombre o la honra, simplemente se puede realizar una explotación comercial con la finalidad de promocionar un producto o servicio, es en este punto que se plantea que la utilización no consentida de la imagen por parte de los participantes del carnaval debe considerarse suficiente fundamento para acceder al pago de una compensación, es decir no se requiere que haya de por medio la causación de un perjuicio moral.

Entonces se cuestiona ¿qué tipo de reclamaciones son procedentes por la explotación económica no consentida de la imagen? bien, como se mencionó en párrafos precedentes si se llegara a generar perjuicios morales por la explotación de la imagen los mismos pueden ser reclamados y para ello debe demostrarse haciendo uso de los medios pro-

batorios que contempla el Código General del Proceso en su artículo 165 tales como: la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. Por su parte se sostiene que la sola infracción del aspecto negativo del derecho de imagen que se ha concedido a los individuos genera la obligación de indemnizar, sin que ello implique que la víctima necesariamente deba sufrir un detrimento moral, sino que, simplemente la afectación de un derecho subjetivo amparado por la legislación merece que el mismo se compense.

Ahora bien los estándares de tasación del valor de la indemnización deberán ser determinados en razón a la ventaja obtenida por quien utiliza la imagen sin el debido consentimiento, ya que se habla de una explotación económica un perito deberá establecer cuál es la ganancia obtenida por quien utiliza la imagen desde el momento en que la expuso al público y bajo ese criterio se deberá pagar un porcentaje a la víctima como indemnización por la vulneración de su derecho de imagen, el porcentaje sobre el cual se tase la indemnización puede determinarse haciendo uso de un peritaje con agencias de publicidad que determinen cual sería el valor que cobrarían por remuneración en un caso semejante, dicha indemnización se cobra a título de perjuicios patrimoniales en la modalidad de lucro cesante, entendido como el valor que dejó de ingresar al patrimonio de la víctima en razón de la utilización de su imagen, la cual en evento de respetar los parámetros establecidos para hacer uso de ella le hubieran representado un valor económico como retribución.

### **3.6. La indemnización por el uso de la imagen en el ámbito internacional**

En el plano internacional, se evidencia pronunciamientos como el caso Verón v. Arcos Dorados S.A. (McDonald's) proferido por la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, San Isidro de Buenos Aires (2014), los hechos de la reclamación se sintetizan así: el accionante fue trabajador de la empresa McDonald's, en una oportunidad fue requerido para realizar unas fotografías toda vez que sus uniformes cambiaron, la finalidad de las fotografías era la de exhibir los uniformes en el local y para conocimiento de sus compañeros, pero estas fotografías incluso con nombre y apellido del accionante circularon y fueron

aprovechadas para fines publicitarios, finalidad que no fue consentida por el titular de la imagen, el empleado realizó los reclamos correspondientes a su superior, pero estos fueron infructuosos, puesto que, la exhibición continuó sin tener su consentimiento, en razón de ello, se ordenó al accionado pagar 10 mil pesos, a favor del actor ya que no se acreditó en debida forma el consentimiento del mismo para el uso publicitario de su propia imagen.

En España por su parte, el Tribunal Supremo Español, al igual que en Colombia, ha reconocido las dos vertientes del derecho de imagen, por un lado, el aspecto moral cuya protección es de rango fundamental y por otro el valor patrimonial que se deriva del derecho de imagen, que, aunque no afecta derechos fundamentales merece los mecanismos para su protección. Al respecto en la Sentencia 52/2018, proferida por la Audiencia Provincial de Cantabria (España), se condenó al pago de una indemnización de 6.000 euros para cada una de las demandantes, quienes fueron retratadas en una playa y su imagen utilizada en la publicidad de un festival, en este pronunciamiento se dejó claro que, aunque la promotora del festival no fue quien realizó la fotografía, en materia de explotación de la imagen el consentimiento del titular debe ser recabado por quien pretenda la difusión de la fotografía.

En el ámbito del derecho norteamericano, el derecho de imagen se conoce como Right of Publicity el cual, de acuerdo a lo afirmado por Chevres (2016) “no está diseñado para proteger los sentimientos de la persona, puesto que solo ofrece un curso de la acción frente al supuesto en el cual un acusado se ha enriquecido injustamente por apropiación indebida de la imagen” (p. 5), es decir en Colombia la protección de este derecho es netamente moral mientras en Estados Unidos es patrimonial.

Se habla del concepto de Right of Publicity como:

Término acuñado por primera vez en el año 1953, reconocido por el Restatement (Third) of Unfair Competition de 1995 el cual protege el valor comercial de la identidad de la persona humana frente la apropiación de terceros, además de reconocer distintos componentes como, por ejemplo, la voz, el nombre, la firma, fotografías, dependiendo del Estado en el cual se encuentra el individuo. (Villalba, 2018, s.p.)

En consecuencia, en un caso de Right of Publicity el accionante tiene los siguientes recursos: pedir daños compensatorios, daños punitivos o ejemplares y desagravio por mandato judicial (tanto preliminar

como permanente), y aplican los daños punitivos, daños compensatorios o medidas cautelares (Rubin, como se citó en Andrade, 2016).

En ese sentido en los casos *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum* (1953), resuelto por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos y el caso *Marshall et al v. ESPN Inc. et al*, (2014) resuelto por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Tennessee, se manifestó que para la explotación de la imagen se requiere inescindiblemente del consentimiento del titular y además se dijo:

We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statute), a man has a right in the publicity value of his photograph, i. e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made “in gross,” i. e., without an accompanying transfer of a business or of anything else<sup>5</sup> (*Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 1953, s.p.).

Por lo tanto, la libre disposición de la imagen únicamente le corresponde al titular, de ahí que toda utilización de la imagen comporta un esquema de responsabilidad fundada en el hecho de la utilización indebida que a su vez genera la presunción de daño como elemento necesario para la compensación económica, por lo que no será necesario demostrar la causación de perjuicios morales para exigir la reparación dada la importancia patrimonial de la imagen en Estados Unidos, en donde la víctima incluso llega a obtener una reparación más allá de los perjuicios causados debido a la figura punitive damages que trae consigo la condena como un castigo ejemplarizante.

En contraposición al ordenamiento jurídico norteamericano proveniente del *common law*, en Colombia el sistema jurídico propio del *civil law* considera que el baremo de la reparación se encuentra restringida al daño y no más allá del mismo, pues la indemnización busca resarcir los daños ocasionados a la víctima, a fin de regresarla a una situación anterior a la ocurrencia de la lesión y no constituirse en una fuente de enriquecimiento para la víctima (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2018, Rad. No. SC2107).

5. Creemos que, además del derecho de privacidad (que en Nueva York se deriva del estatuto), e independientemente de este derecho de privacidad, un hombre tiene derecho al valor publicitario de su fotografía, el derecho a otorgar el privilegio exclusivo de publicar su fotografía, y que dicha concesión puede hacerse válidamente “en bruto” (por una suma de dinero), sin llevar consigo una transferencia negocial o de otra cosa que lo acompañe. (Traducción propia y paréntesis agregado)

Para concluir el análisis comparativo, es menester citar el caso del Reino Unido, país en el cual el derecho de imagen no cuenta con protección ni para personajes públicos ni para aquellos que no lo son, de tal manera se ha llegado a sostener que: “There is in English law no “image right” or “character right” which allows a celebrity to control the use of his or her name or image”<sup>6</sup> (Robyn Rihanna Fenty v. Arcadia Group Brands Limited and Topshop/Topman Limited, 2015, s.p.).

Pese a lo anterior, se encuentra un caso muy particular en Bailía de Guernsey, una dependencia de la Corona británica que se ubica en el canal de la Mancha y lugar en el cual se ha creado el primer Registro de derechos de imagen del mundo, según lo ha manifestado Evans (2015), de esta manera “se hizo posible la codificación de la personalidad y de los derechos de imagen de manera plenamente operativa mediante su registro” (párr.13) además, añade que el registro acoge distintas categorías de solicitantes, por lo que se puede registrar la personalidad de manera individual, conjunta, jurídica, ficticia y grupal. Es decir, con ello se precisa el contenido y alcance del derecho de imagen con la finalidad de fijar un esquema jurídico en torno a esta temática.

El Registro de derechos de imagen de Guernsey se ha regulado mediante ordenanza de 2012 y su enmienda de 2017, en donde se dispuso como infracciones de los derechos de imagen acciones como: usar una imagen con fines comerciales, beneficio económico o financiero, y se precisa que el uso puede comprender la utilización en una comunicación al público, utilización para fines de marketing de bienes, servicios, actividades o eventos, fijación de la imagen en productos o embalaje de los mismos, ofrecer o suministrar servicios sirviéndose de la imagen, incorporar la imagen en un póster, utilizar la imagen en internet entre otros (States of Guernsey, The Image Rights Ordinance, 2012, article 27).

También se establece que al momento de valorar los daños se debe tener en cuenta diversos factores como: las consecuencias negativas para el titular de la imagen considerando las ganancias perdidas y las ganancias injustas que ha obtenido quien usa la imagen, aspectos de carácter extrapatrimonial como el perjuicio moral causado, y se dispone como parámetro de tasación de los daños, los honorarios o regalías que se

6. No existe hoy en día en Inglaterra un derecho autónomo general de una persona famosa (o cualquier otra persona) a controlar la reproducción de su imagen” traducción de (Evans, 2015).

habrían adeudado al titular de la imagen en caso de haberse concedido una licencia.

Visto lo anterior, se establece que en Colombia como en otras legislaciones se consagra la dualidad que implica el derecho de imagen, sin embargo, se encuentra que en materia de protección del derecho de imagen el panorama jurídico no es muy claro por lo cual incluso en nuestro país la normatividad es precaria, lo cual genera un ambiente de incertidumbre cuando de proteger este derecho desde el ámbito patrimonial se trata, pese a ello, se puede rescatar el desarrollo jurídico de Guernsey ya que se permite el registro de la imagen incluso de manera grupal lo cual sería acertado en relación a los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto quienes conforman murgas, comparsas y colectivos coreográficos que forman una sola identidad.

Con las formas de delimitar la tasación de los perjuicios por infracción de los derechos de imagen estipulados en la normativa de Guernsey en concordancia con el esquema de responsabilidad por culpa presunta propuesto, se puede fijar los lineamientos para la protección judicial efectiva de los derechos de imagen cuando no se acatan los parámetros para su explotación económica.

## CONCLUSIONES

Como corolario de esta reflexión se puede concluir que, en Colombia, el derecho de imagen se ha reconocido en su faceta de derecho fundamental y personalísimo susceptible de protección mediante la acción constitucional de tutela. Su carácter de derecho fundamental se encuentra muy ligado a la protección de derechos como la honra y el buen nombre pese a que la Corte Constitucional reconoce la independencia del derecho de imagen y su posibilidad de protección incluso cuando no se vulneren otros derechos.

Por su parte el estudio del componente económico que implica el derecho de imagen no es un tema de vasto estudio a nivel nacional y tampoco internacional por lo que la reflexión acerca del tema comporta un desafío para el correcto ejercicio y explotación de la imagen como un bien de gran importancia en las relaciones de comercio actuales.

La exposición de los participantes del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto en una expresión desarrollada en público no puede considerarse y mucho menos reemplazar el requisito de consentimiento previo e

informado para realizar actos de explotación económica de su imagen. La exposición en público como parte de una festividad cultural como el Carnaval de Negros y Blancos de Pasto catalogada como patrimonio cultural inmaterial de la humanidad implica el consentimiento tácito de los participantes únicamente para ser retratados y las fotografías utilizadas como parte de reportajes excluyendo toda actividad económica.

Se concluye que dado el análisis armónico de las normas que rigen el derecho de imagen con los postulados jurisprudenciales acerca del mismo, el importante caso resultó por el Consejo de Estado frente al caso Aguardiente Cristal y los postulados de derecho comparado permiten concluir que en Colombia al margen de la causación de perjuicios morales es totalmente viable la reclamación de perjuicios económicos ocasionados por la utilización no consentida de la imagen, ya que el simple hecho de vulnerar la esfera negativa del derecho de imagen (impedir que la imagen se exponga) genera la obligación de reparar, más aun cuando la utilización de la imagen ajena comporta un beneficio para quien lo realiza, un beneficio como consecuencia del desconocimiento de un derecho, del derecho a ejercer control sobre los efectos económicos que produce la imagen.

## REFERENCIAS

- Afanador, C. (2015). *Observatorio del patrimonio cultural y arqueológico*. Recuperado de: <https://opca.uniandes.edu.co/es/index.php/vas-a-jugar-carnavales>
- Alcalá, H. N. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Ius et Praxis*, 13(2), 245-285.
- Audiencia Provincial de Cantabria (29 de enero de 2018). Sentencia 52. España.
- Ávalos, E. L. (2006). Biblioteca Jurídica virtual Universidad Autónoma de México. En J. A. Goddard, *Derecho civil y romano: Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 371-398). Ciudad de México: UNAM.
- Bernal Sánchez, D. y Conde Gutiérrez, C. (2017). Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia. *La Propiedad Inmaterial* (24), 53-66. DOI: 10.18601/16571959.n24.03

- Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, San Isidro, Buenos Aires, 26-08-2014, RC J 6589 (26 de agosto de 2014).
- Chevres, C. A. (2016). La protección eficiente del derecho a la imagen persona: Análisis comparativo entre Colombia y Estados Unidos. *Revista de Derecho comunicaciones y nuevas tecnologías* (15). doi: dx.doi.org/10.15425/redecom.15.2016.03
- Comunidad Andina de Naciones (1993, 13 de diciembre). *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Decisión N° 351 que establece el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Recuperado de: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=223497](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=223497)
- Congreso de la República (1982, 28 de enero). *Ley 23 de 1982 "Sobre derechos de autor"*. Bogotá.
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C. (2015, 26 de noviembre). *Sentencia 37953, 17001-23-31-000-2004-01014-01 (37953)*. [MP Ramiro de Jesús Pazos Guerrero]. Bogotá.
- Cordero, L. I. (1991). *Evolución histórica del Carnaval Andino de Negros y Blancos en San Juan de Pasto*. Pasto: Iadap.
- Cordero, L. I. (1998). Carnaval Andino de Negros y Blancos en Pasto: Juegos profanos en tiempos. En *Manual Historia de Pasto*. San Juan de Pasto: Academia Nariñense de Historia.
- Programación carnavales de Negros y Blancos de Pasto 2017, Corpocarnaval (28 de diciembre de 2017). Recuperado de: <https://www.carnavaldepasto.org/index.php/programacion>
- Corte Constitucional (1992, 14 de diciembre). *Sentencia T-609*. [MP. Fabio Morón Díaz]. Bogotá.
- Corte Constitucional (1996, 06 de marzo). *Sentencia T-090*. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá.
- Corte Constitucional (1996, 20 de junio). *Sentencia C-276*. [MP. Julio César Ortiz]. Bogotá.
- Corte Constitucional (1998, 11 de agosto). *Sentencia T-408*. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2007, 24 de mayo). *Sentencia T-405*. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Bogotá.
- Corte Constitucional (2015, 07 de abril). *Sentencia C-148*. [MP. Gloria Stella Ortiz]. Bogotá.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil y Agraria (2018, 21 de febrero). *Sentencia SC2107, 11001-31-03-032-2011-00736-01*. [MP Luis Armando Tolosa]. Bogotá.
- Daza Alvarado, D. A. (2010). *Memoria del Carnaval de Negros y Blancos de Pasto desde la oralidad* (Tesis de pregrado). Universidad de Nariño: Pasto, Nariño, Colombia.
- Comunidad Andina de Naciones (1993, 13 de diciembre). *Decisión Andina 351*. Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>
- Delgado, D. F. (2016). El contexto actual del derecho de la imagen en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial*(21), 47-77. doi: <https://doi.org/10.18601/16571959.n21.03>
- Duverger, M. (1964). *Introducción a la política* (Edición Castellana, Colección Demos ed.). Barcelona: Ariel.
- Evans, D. (2015). ¿Se puede proteger la imagen igual que se protege una marca? *OMPI Revista*. Recuperado de [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2015/02/article\\_0008.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2015/02/article_0008.html)
- Garzón, D. A. (2019). *Fundación Cultural Ciudad de Pasto, Canto a la tierra*. Recuperado de <https://www.facebook.com/carnavaldenegrosyblancospasto/photos/a.2536219886404654/2536220216404621/?type=3&theater>
- Tamayo Jaramillo, J. (1983). El daño civil y su reparación. *Revista Universidad Pontificia Bolivariana*, 31-70. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5790/5362>
- Marshall et al v. ESPN Inc. et al, 3:2014cv01945 (US District Court for the Middle District of Tennessee 3 de octubre de 2014). <https://dockets.justia.com/docket/tennessee/tmndce/3:2014cv01945/61467>
- Mazeaud, H. Mazeaud, L. Tunc, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. (L. A.-Z. Castillo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., Tunc, A. (1962). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Vol. II). (L. A.-Z. Castillo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mazeaud, H. Mazeaud, L. Tunc, A. (1965). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Ministerio de Cultura (2010). *Carnaval de negros y blancos*. Recuperado de <http://patrimonio.mincultura.gov.co/SiteAssets/Paginas/PES-Carna->

val-de-Blancos-y-Negros/05-Carnaval%20de%20negros%20y%20blancos%20de%20Pasto%20-%20PES.pdf

Organización de las Naciones Unidas (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Navia Arroyo, F. N. (2000). *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Nehaa Chaudhari, V. B. (2015). *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Library*. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002322/232208e.pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (9 de septiembre de 1886). *Propiedad Intelectual*. Recuperado de [http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=283700](http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283700)

Peña, P. A. (2017). Derechos de autor en Colombia: Especial referencia y disposición jurídica en el ámbito universitario. *Revista CES*, 2(8), 242-265. DOI: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n2/v8n2a04.pdf>

Polonio, F. G. (2015). *El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia española: Una perspectiva constitucional*. Tesis Doctoral. Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos, Universidad de Castilla la Mancha. Recuperado de <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17911/TESIS%20Garrido%20Polonio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Paz Romero, A. M. (2010). *Formulación de un plan de marketing para el Carnaval de Negros y Blancos de San Juan de Pasto como empresa cultural eje de desarrollo regional* (Trabajo de pregrado). Universidad Nacional de Colombia: Manizales, Caldas, Colombia.

Prada, V. H. (2005). *vlex.com*. (J. B. Editor, Ed.) Recuperado de <https://2019.vlex.com/#vid/279742>

Tugendhat M. Q.C. (2003). *Exploitation of Image Rights in the UK*. Recuperado de <https://fbis.eu/wp-content/uploads/2013/03/2002-Exploitation-of-Image-Rights-in-the-UK-by-Michael-Tugendhat-QC.pdf>

Rodríguez, R. E. (2013). La carnavalización del mundo como crítica: Risa, acción política y subjetividad en la vida social y en el hablar. *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, 13(2), 121-130. DOI: <https://www.redalyc.org/pdf/537/53728035007.pdf>

Royal Courts of Justice Strand London (2015). *Caso Robyn Rihanna Fenty v. Arcadia Group Brands Limited and Topshop/Topman Limited*, A3/2013/2087

& A3/2013/2955. Recuperado de <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/01/fenty-others-v-arcadia-others1.pdf>

Sánchez, M. D. (2014). El contrato de Cesión de Derechos de Imagen. En: M. Y. Tolsada, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias, Tomo XII* (pp. 35-83). España: Aranzadi S.A.

States of Guernsey (2012). *Guernsey Legal Resources*. Recuperado de <http://www.guernseylegalresources.gg/article/104749/Image-Rights-Bailiwick-of-Guernsey-Ordinance-2012>

Tolosa Villabona, L.A. (2018, 01 de agosto). *Salvamento de voto en sentencia SC3062-2018 de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 99/1994. Sala primera (1994, 11 de abril). <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>

United States Court of Appeals Second Circuit (1953, 6 de enero). *Caso Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum, No. 158, Docket 22564*. Recuperado de <https://www.leagle.com/decision/19531068202f2d8661807>

Verbauwhede, L. (2006). *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Recuperado de [http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/documents/pdf/ip\\_photography.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/es/documents/pdf/ip_photography.pdf)

Villalba, C. V. (2018). *El contexto actual del derecho de la imagen en personas naturales y personas condenadas por el delito de narcotráfico en Colombia*. Repositorio Universidad Católica de Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/20749/1/EL%20CONTEXTO%20ACTUAL%20DEL%20DERECHO%20DE%20LA%20IMAGEN%20EN%20PERSONAS%20NATURALES%20Y%20PERSONAS%20CONDENADAS%20POR%20EL%20DE.pdf>

Vives, Á. P. (1957). *Teoría general de las obligaciones* (Vol. II). Bogotá, Colombia: Talleres Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia.

Zarama Vásquez, G. (1999). *Sombras y luces del Carnaval de Pasto: Carnaval, cultura y desarrollo*. Bogotá, Colombia.

## INDICE DE AUTORES

### **ALEJANDRO ROSERO REALPE**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

### **MANUELA BENAVIDES BUCHELI**

Estudiante egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Numero de contacto: 3013219282.

Correo Electrónico: manuelabucheli23@gmail.com

### **CAROLINA MARTINEZ MONCAYO**

Estudiante egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Numero de contacto: 3174666631

Correo Electrónico: caritomarmo@hotmail.es

### **DAYSY CAROLINA LOPEZ ROMERO**

Abogada egresada del programa de Derecho en la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

Contacto: lopezromerodc@hotmail.com

### **GABRIEL EVELIO ESCOBAR SOTELO**

Abogado egresado del programa de Derecho en la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

Contacto: gabrielesotelo@outlook.com

## 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 presentarse en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.

- 3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½” x 11”)
- 3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3....), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.
- 3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

#### 4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

El autor deberá enviar:

Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)

- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://rcodex.udenar.edu.co))
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co), y en [rcodex.udenar.edu.co](http://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](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

## 8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

## 9. DATOS DE CONTACTO

- Página web: [derecho.udenar.edu.co](http://derecho.udenar.edu.co)
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)
- Teléfono: 57 (602) 7315438

## 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](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

**REVISTA CIENTÍFICA CODEX**  
**CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA**

Nombre y/o Institución:

\_\_\_\_\_

Cédula/NIT/DNI \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

Depto/Estado: \_\_\_\_\_ País: \_\_\_\_\_

A.A. \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

Pertenencia Institucional: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

REVISTA CIENTÍFICA CODEX

Esta obra se imprimió en  
GRAFICOLOR PASTO SAS  
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 731 06 52  
graficolorpasto@hotmail.com  
San Juan de Pasto - Nariño



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904



Centro de Investigaciones  
y Estudios Socio-Jurídicos