



Universidad de **Nariño**

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS



José Rafael Sañudo

Revista Científica
CODEX

Vol. 6 N° 11 Año 2020
ISSN: 2463-1558
ISSN-E: 2463-2031



Universidad de Nariño

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 6 N° 11 - 2020

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031

Revista Científica CODEX

Volumen 6 N° 11 Año 2020

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

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 MOHAMMAND 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 Iltma. Corte Suprema. Magister en Investigación en Educación por la Universidad Autónoma de Barcelona.

ROBERTO MOLINA PALACIOS

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

ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ

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

MONITORA

ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

APOYO

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

FILIACIÓN INSTITUCIONAL

Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria

Torobajo, Bloque D,
Facultad de Derecho

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

Página web revista:

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

email revista: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 6 N° 11. Año 2020

Portada

Homenaje al Maestro

JOSÉ RAFAEL SAÑUDO

Óleo sobre lienzo

Autor: Isaac Santacruz (s.f.)

**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
derecho.udenar.edu.co

VERSIÓN ELECTRÓNICA

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

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO
ELECTRÓNICO**

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

Correo electrónico:

rcodex@udenar.edu.co

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

SISTEMA DE ARBITRAJE

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

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

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

Las directrices pueden consultarse en:

http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.

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

CONTENIDO

EDITORIAL: HOMENAJE A JOSÉ RAFAEL SAÑUDO (1872-1943)	9
LAS LIMITACIONES A LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN EN EL MARCO DEL DECRETO 092 DE 2017.	12
Jairo Cabrera Pantoja	
RESIGNIFICACIÓN Y MEMORIA: LOS RETOS DE LA REPARACIÓN COLECTIVA EN LAS PRÁCTICAS SOCIALES, COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL PARA LA REPARACIÓN. EL PROCESO DE LA CASA DE LA MEMORIA EN TUMACO	33
Santiago Guerrero Zambrano, Natalia Villarreal	
MÁS ALLÁ DE LA PONDERACIÓN. NOTAS CRÍTICAS DECOLONIZADORAS PARA (RE) PENSARNOS EL CONSTITUCIONALISMO EN NUESTRA AMÉRICA	75
Sebastián Alejandro García Caicedo	
ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICADA AL TELETRABAJO EN AMÉRICA LATINA (COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ).	106
Camilo Ignacio Salazar	
ÍNDICE DE AUTORES.	141
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO.	142
MIEMBROS EXTERNOS	142
MIEMBROS INTERNOS.	142
INSTRUCCIONES PARA AUTORES.	143
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA.	151
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA.	152

EDITORIAL

HOMENAJE A JOSÉ RAFAEL SAÑUDO (1872-1943)

El perfil de una época

La vida y obra de este destacado nariñense, es quizá una de las más admiradas y al mismo tiempo, una de las más vilipendiadas. Su pensamiento profundamente religioso, aunado a una práctica ortodoxa, desataron acaloradas controversias entre sus defensores y detractores. El reconocido historiador Alberto Quijano Guerrero lo describió como:

Puritano, misógino, apolítico, católico a macha martillo. Sin telarañas en la conciencia, ni en la mente. Ciudadano del mundo sin haber rebasado los límites de su provincia. Sin vacilaciones en el corazón, tapujos en la pluma, ni frenos en la lengua. Osado en la defensa de sus principios, valiente en el ataque, gallardo en la réplica. Con Sañudo, por primera vez, en los anales de nuestra cultura, el pensamiento meridional se universaliza¹.

La anterior cita permite establecer los rasgos de una personalidad que en buena medida sintetizaba las cualidades del ser nariñense, al igual que las falencias de la cultura de su época.

Sañudo el historiador, jurisconsulto, humanista, profesor distinguido era el más digno representante de un Nariño católico, ortodoxo, austero y moralista. El hilo conductor de su obra intelectual, lo constituyó la elaboración de la teoría de la expiación, tesis que le permitió adoptar una teoría de la historia, una particular filosofía y otros fundamentos teológicos².

El quehacer de José Rafael Sañudo abarcó dos campos del saber, igualmente trascendentales e imbricados, por un lado la historia, y por otro el derecho. En los dos dejó una huella imborrable cuya importancia se acrecienta con el paso del tiempo y con el aparecimiento de estudios académicos referidos a su producción histórica y jurídica. Para Sañudo la historia no era más que una serie de circunstancias que operaban como producto y causa de la ley de la expiación. Para explicar el sentido de esta ley, resulta pertinente citar al autor respecto a su visión de la historia universal y de la expiación como explicación científica de la misma:

1. QUIJANO GUERRERO, Alberto. El pensamiento ecléctico de José Rafael Sañudo. En: Revista Meridiano No. 17 Año 6. Pasto: Universidad de Nariño, 1973. p. 18.
2. GOYES, Isabel. La enseñanza del Derecho en Colombia. 1886-1936. Universidad de Nariño, p. 375.

El principio para explicar la historia de los pueblos, el que la eleva a la categoría de ciencia y fundamenta su filosofía, no parece ser otro que la expiación o premio de los pueblos, por sus vicios y virtudes, de tal modo que, conocida sus faltas, podemos predecir sus castigos infaliblemente, y aun explicar sus desdichas presentes o pasadas, rastreando sus culpas anteriores³.

En el campo jurídico su principal aporte se concretizó en su obra “La Filosofía del derecho”, en la que defiende la tesis sobre las estrechas relaciones entre derecho y moral, siendo esta última el sustento del primero, en una clara identidad con el Iusnaturalismo sacro.

Desde su visión el derecho no era más que un deber de carácter moral que se traduciría en la máxima “puedo practicarlo porque debo hacerlo”. Criticó de manera enfática las ideas de Kant y a Hegel, quienes afirmaron que el hombre era el creador de la verdad, incurriendo según su criterio en “un error monstruoso”. Contra el racionalismo defendió el “tradicionalismo”, según el cual, el derecho “se conoce por revelación, puesto que éste es el único medio de conocer toda verdad”⁴.

Siguiendo a los escolásticos admitió que la autoridad pertenece a la sociedad y sólo por la voluntad directa o indirecta se traslada a un sujeto determinado para alcanzar su perfeccionamiento. Se opuso por lo mismo, a los absolutismos en el ejercicio del poder ya sean de origen divino o humano.

Así las cosas, puede afirmarse que José Rafael Sañudo, fue un fiel representante de su época, la de la Regeneración y la hegemonía conservadora, la de la Constitución de 1886, que hizo posible la fusión del liberalismo Spenceriano con el Tomismo Católico, dando origen a un pensamiento jurídico que sin duda difiere radicalmente del producido en otros contextos.

Siguiendo lo expresado en el texto La enseñanza del derecho en Colombia, José Rafael Sañudo no fue ni iusnaturalista, ni positivista, ni debe valorarse por su mayor o menor cercanía con una u otra escuela; por el contrario, de acuerdo con el profesor López Medina se podría ubicar como un ecléctico que eligió según su criterio, lo que consideró mejor de las teorías vigentes a comienzos del siglo XX, para aplicarlas en su rol de magistrado del Tribunal Superior de Pasto, a la realidad judicial de una sociedad aislada, conservadora y profundamente religiosa, como la nariñense, la misma sociedad que forjó una generación⁵ de intelectuales del nivel de

3. SAÑUDO, Rafael. Estudios sobre la vida de Bolívar, p. 75.

4. SAÑUDO, Rafael. La Filosofía del Derecho, p. 22.

5. Ver al respecto María Teresa Álvarez, Élités en el suroccidente colombiano.

don Julián Bucheli, personajes todos comprometidos con el impulso al desarrollo de las fuerzas productivas y la modernización de las instituciones.

Su legado a las nuevas generaciones se encuentra contenido en obras muy conocidas como “Estudios sobre la vida de Bolívar”, el cual fue recientemente reeditado, “La filosofía del Derecho” objeto de estudio en tesis de maestría y doctorales y en escritos menos conocidos pero igualmente importantes como “Expiación de una madre”, “Breves consideraciones sobre un folleto del doctor Antonio José Restrepo”, “Otro Panamismo, el tratado Colombo-Ecuatoriano”, “Apuntes sobre la historia de Pasto”, entre otros.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, adoptó una forma innovadora de rendir homenaje a aquellas personas que por su producción intelectual sobresaliente, su interacción social proactiva y su actividad docente transformadora, abrieron caminos de superación y trabajo intelectual, dedicando las carátulas de su revista institucional a resaltar dichas trayectorias. En esta oportunidad, la facultad se enorgullece en rendir tributo al doctor José Rafael Sañudo, uno de los docentes y nariñenses más sobresalientes de comienzos del siglo XX a nivel regional, nacional e internacional.

Isabel Goyes Moreno

Docente Tiempo Completo

Directora grupo de Investigación Derecho, Justicia y Región DEJURE

Directora Observatorio de Género de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Universidad de Nariño

LAS LIMITACIONES A LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN EN EL MARCO DEL DECRETO 092 DE 2017

Jairo Cabrera Pantoja¹

Fecha de recepción: 28 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 12 de julio de 2020

Referencia: CABRERA, Jairo, (2020). *Las limitaciones a la suscripción de los convenios de asociación en el marco del decreto 092 de 2017*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol.6. Núm. 11. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Los convenios de asociación, a pesar de su régimen excepcional, se convirtieron en la modalidad contractual más usada por la Administración Pública para lograr la ejecución de sus recursos, sin embargo, ese desbordamiento provocó una nueva normativa que pretende restringir esa tipología contractual, la cual debe ser usada exclusivamente en actividades de beneficio social y no sobre cualquier actividad en el que el contratista sea una organización sin ánimo de lucro, primando el fin último de éste así como su objeto dirigido a la satisfacción de la población más vulnerable inmersa en un Plan de Desarrollo Nacional o territorial.

Palabras claves: Convenio de Asociación, Estado de Bienestar, Prohibición Donaciones, Plan de Desarrollo.

ABSTRACT: Association agreements became the contractual modality most used by the Public Administration to achieve the execution of its resources. However, this overflow led to a new regulation that seeks to restrict

1. Abogado, Master en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Master en Derecho Ambiental y Doctor en Derecho de la Università Degli Studi de Palermo Italia. Docente titular de la Universidad Católica de Colombia. Docente de posgrado de la Universidad de Nariño, del Cauca, Surcolombiana y Libre de Colombia,

this contractual typology, which should be used exclusively in activities of social benefit. This new contractual typology aims to satisfy the vulnerable population immersed in a National or Territorial Development Plan.

Key words: Association Agreement, Welfare State, Prohibition Donations, Development Plan

INTRODUCCIÓN

Los convenios de asociación como forma de contratación directa entre el Estado y las Entidades sin ánimo de lucro, han tomado distinguida relevancia en lo que a contratación estatal se refiere, puesto que han sido bastantes los procesos disciplinarios a funcionarios a nivel nacional que se han desprendido de la debida forma de interpretar y aplicar la normatividad que regula dichos convenios.

La contratación es un tema de gran relevancia para el desarrollo y debido cumplimiento de los fines del Estado, dirigidos a la satisfacción del interés general.

La contratación pública se rige por el Estatuto General de Contratación Ley 80 de 1993, en el cual se consagra como excepcional la modalidad de contratación directa, sin embargo, en la actualidad los mayores porcentajes de contratación en las Entidades Públicas corresponden a dicha tipología contractual, resaltándose por encima de los contratos directos la suscripción de convenios de asociación como regla general para la ejecución de los recursos públicos, de manera desbordada y convirtiendo tal excepcionalidad en una regla común en el actuar administrativo.

Lastimosamente, este alud contractual en la suscripción de los convenios de asociación, ha llevado a que sin importar aspectos de idoneidad, experiencia u objeto contractual, se suscriban con organizaciones sin ánimo de lucro convenios dirigidos a un sin fin de actividades, tales como la dotación de infraestructura productiva, capacitaciones a funcionarios públicos, entrega de alimentos escolares, hasta aspectos más polémicos como la construcción de vías, estaciones de policía, bomberos e incluso la contratación de cantantes para las fiestas del municipio incluidas en la necesidad de desarrollar aspectos culturales y sociales.

La problemática que se ha planteado encuentra su fundamento en la errónea interpretación de la norma y la jurisprudencia al respecto en la aplicación del Decreto 777 de 1991.

Ante la gravedad y desnaturalización del convenio de asociación el Gobierno Nacional decidió expedir el Decreto 092 de 2017, sin embargo, como su implementación está apenas iniciando en el segundo semestre de 2017 y para efectos del presente escrito, se analizará la excepcionalidad de esta norma como fundamento y desarrollo del artículo 355 de la Constitución, para lo cual en primera instancia se desarrollará el papel del Estado Benefactor y la aplicabilidad de éste mandando en beneficio de particulares, en los cuales el Estado está en la obligación y necesidad de donar, dotar o regalar bienes o servicios de manera directa a un grupo poblacional que lo requiere de manera urgente y necesaria con el fin de brindarles mejores condiciones de vida, de lo contrario incumple su papel de Estado Social de Derecho.

En una segunda parte se analizará cuáles deben ser los requisitos mínimos que en fase de planeación debe hacer una Entidad del Estado, con miras a establecer la necesidad y la posibilidad de suscribir convenios de asociación como excepción a la regla de contratar a través de procesos de selección.

1. EL ESTADO BENEFACTOR Y LA FACULTAD DE OTORGAR DONACIONES O AUXILIOS A PARTICULARES.

El debate sobre la intervención del Estado en las diferentes esferas de una sociedad, no es un tema nuevo; sin embargo, durante las últimas décadas se han fortalecido las críticas ante la falta de liderazgo político y especialmente ante las restricciones presupuestales derivadas de las crisis en las economías domésticas de los últimos años que obligan a repensar el alcance de los Estados de Bienestar.

La Constitución política de Colombia reformada en 1991, establece desde el preámbulo mismo, unos valores que deben orientar la acción estatal: la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Estos valores representan, según la Corte Constitucional el catálogo axiológico a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, Sentencia T-406 /92, MP. Ciro Angarita).

En su artículo 1º, la Carta Magna declara entre otras cosas, que Colombia es un Estado Social de Derecho como organización jurídico-política con el propósito de:

Hacer real y efectiva la igualdad mediante la satisfacción de las demandas vitales de los menos favorecidos, la corrección de las estructuras injustas

surgidas del abuso del tener, la tutela eficaz de los bienes colectivos y el encuadramiento de la iniciativa privada y de la libertad de empresa en un marco jurídico que las ponga al servicio del desarrollo integral de la persona (Corte Constitucional, Sentencia T-406 /92, MP. Ciro Angarita).

La Corte Constitucional al referirse al Estado Social de Derecho, ha manifestado que:

A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. De esta forma, el Estado Social de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-1064, 2001).

Al mismo tiempo, la Corte ha ratificado que:

El alcance del Estado Social de Derecho, al amparo de lo regulado en la definición del Estado constitucional colombiano (Constitución Política, 1991, Art. 1) se basa en cuatro principios esenciales, que delinear los aspectos estructurales de la función estatal de cara a los ciudadanos: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad. 1. De acuerdo con el principio fundamental de la dignidad humana, las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente. 2. El principio fundamental del trabajo justifica, entre otras, la intervención del Estado en la economía, para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (Constitución Política, 1991, art. 334 inciso 2). De esta forma, el ESDD, por medio de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, pasa a ser agente de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo (Corte Constitucional, Sentencia C-228, 2011).

La atención prioritaria de lo más vulnerables en Colombia, no es una decisión discrecional de los gobernantes, es un mandato constitucional

que promueve la igualdad material y con ella el establecimiento de condiciones de una vida digna. Si bien, el Estado de Bienestar no es una condición *sine qua non* para la existencia de un Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana, si se erige como uno de sus pilares que debe guiar el qué hacer estatal.

El concepto de Estado Social de Derecho se encuentra íntimamente vinculado con el principio de la solidaridad, considerando que el Estado tiene entre sus deberes postulados que rigen la política social y económica del país los cuales deben incluir la aplicación de la solidaridad dentro del diseño de la intervención del Estado en la economía para disminuir la brecha creciente en la distribución de la riqueza.

Cuando la Administración Pública, pretende realizar acciones dirigidas a poblaciones vulnerables en calidad de Benefactor, es decir a la entrega de bienes, insumos, materiales, dotaciones, infraestructura comunitaria, entre otros, se ve en serias dificultades para adecuar su actuación a los preceptos contemplados en la Ley 80 de 1993, pues en últimas lo que pretende el Estado –y ante la necesidad latente de una comunidad– es donar y entregar estos bienes en aras de satisfacer el interés general y mejorar sus condiciones de vida, las cuales le han sido insuficientes.

Debe dejarse claro que cualquier tipología contractual tiene como fin último la contraprestación directa a favor de la Entidad contratante, es decir, si pretendo entregar un centro de acopio a una comunidad, y se compra en virtud de lo estipulado en el Estatuto Contractual, dicho bien deberá por regla ingresar al patrimonio de la Entidad y quedar registrado en su Inventario, lo cual imposibilitaría la entrega a una comunidad del mismo, pues el único contrato posible sería un comodato, sin perder por un instante que dicho bien, es y sigue siendo de propiedad Estatal con todas y las consecuencias que de ello se derive desde el punto de vista presupuestal, contractual, financiero y jurídico.

Lo anterior tiene asidero Constitucional cuando el artículo 355 de la Carta establece:

Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Así entonces, la Carta Política consagra dos valoraciones estrechamente relacionadas pero conceptualmente diferentes: (I) una prohibición general en la cual, ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado; y, (II) una excepción, la cual, autoriza al Gobierno, en sus diferentes niveles, para financiar, con recursos de los respectivos presupuestos, programas y actividades “de interés público”, acordes con los respectivos planes de desarrollo, cuya ejecución debe llevarse a cabo mediante contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

Al efecto la Corte Constitucional establece las siguientes subreglas jurisprudenciales en relación con la transferencia de recursos a organismos sin ánimo de lucro, así:

- i. La prohibición de otorgar auxilios admite, no sólo la excepción a que se refiere el segundo inciso del artículo 355 citado, sino las que surgen de todos aquellos supuestos que la misma Constitución autoriza, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.
- ii. La Corte al determinar los alcances de la prohibición constitucional de los auxilios y donaciones a concluido que la Constitución no prohíbe, como medida infranqueable, que el Estado pueda transferir recursos públicos a favor de los particulares u organismos mixtos conformados con aportes públicos y privados, si la transferencia está legitimada en la necesidad de desarrollar y aplicar principios o derechos constitucionales establecidos. De este modo se logra una coherencia entre la prohibición de los auxilios y donaciones y los imperativos constitucionales relativos a la atención de los deberes sociales a cargo de las autoridades, y al cumplimiento de las finalidades constitucionales propias del estado social de derecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-159, 1998)

Este aspecto ha sido analizado en innumerables oportunidades por el Alto Tribunal Constitucional, pues a modo de ver, muchas de las decisiones tomadas por el legislativo en la imposición de auxilios o donaciones, podrían estar dirigidas a afectar el sistema democrático o a favorecer intereses particulares.

Sin embargo la jurisprudencia sentó su posición al evidenciar las situaciones en que la Constitución Política en una amplia interpretación del Estado Social de Derecho deberá generar fomento económico a sus ciudadanos, para los cuales la actuación directa de la administración sin contar

con herramientas diferenciadoras para tal ejercicio dificultaría su efectividad y aplicación.

Con el paso del tiempo, y el estudio de nuevos casos en los que se acusaba al Congreso de violar el artículo 355 de la Carta, la jurisprudencia constitucional encontró:

En las disposiciones de la misma Constitución argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, y (2) resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado.

Este tipo de prerrogativas a favor de particulares, son válidas siempre y cuando se trate de cumplimiento de deberes Constitucionales por parte del Estado y no un acto de mera liberalidad, lo cual se encuentra asociado a principios y fundamentos de justicia distributiva.

Finalmente, para el máximo tribunal Constitucional, la Carta Política autoriza y desarrolla de manera expresa y directa subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por si mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tienen mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social. (Corte Constitucional, Sentencia C 027, 2016)

En aplicación de los principios de racionalidad e integralidad, se tiene que el lindero entre los auxilios o subsidios creados en desarrollo de la facultad de intervención en la economía que otorga el artículo 334 superior y los que directamente autoriza la Constitución Política, y, la restricción que expresamente impone el inciso primero del artículo 355, debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente, en función de que el auxilio o subsidio, alcance la finalidad para el cual fue creado y reporte un beneficio social, pues de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata el artículo 355 superior. (Corte Constitucional, Sentencia C 027, 2016)

2. LA ESENCIA Y FIN ÚLTIMO DEL CONVENIO DE ASOCIACIÓN

De acuerdo a lo previsto en la Constitución, en principio, la misma establece de manera taxativa la prohibición de donación de recursos públicos, sin embargo, esta no impide –bajo ciertas condiciones- que el Estado pueda

estructurar e implementar políticas sociales o económicas dirigidas a un sector poblacional, que abarquen la transferencia de bienes o servicios a favor de particulares.

En el marco de un Estado social de Derecho, la Administración tiene diversas obligaciones de apoyo económico o social dirigidas a garantizar el bienestar general de las poblaciones vulnerables en el territorio, no obstante, para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Constitución y a la Ley, se requiere que satisfagan, al menos los siguientes requisitos:

i. Toda asignación de recursos debe respetar el principio de legalidad del gasto.

El presupuesto es un mecanismo de racionalización de la actividad estatal, y en esa medida cumple funciones redistributivas, de política económica, planificación y desarrollo (Constitución Política, 1991, arts. 342 y 346). Pero el presupuesto es igualmente un instrumento de gobierno y de control en las sociedades democráticas, ya que es una expresión de la separación de poderes y una natural consecuencia del sometimiento del Gobierno a la ley, por lo cual, en materia de gastos, el Congreso debe autorizar cómo se deben invertir los dineros del erario público.

ii. Las asignaciones de bienes y recursos públicos deben ajustarse al plan nacional de desarrollo y reflejarse en el correspondiente plan de inversiones.

La Constitución ordena el diseño de un plan nacional de desarrollo. En efecto, el artículo 339 de la Carta señala, de manera imperativa, que en Colombia habrá un Plan Nacional de Desarrollo, conformado por una parte general y por un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. Según esta norma, en la parte general de la Ley del Plan, se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.

iii. Toda autorización para entregar recursos o bienes públicos sin contraprestación debe perseguir una finalidad constitucional clara, suficiente y expresa y no simples finalidades vagas o generales.

Según el artículo 355 de la Constitución, los recursos que administra el Estado no pueden ser objeto de donaciones discrecionales por parte de ninguno de sus agentes. En efecto, quienes transitoriamente ejercen fun-

ciones públicas no son titulares del derecho de dominio sobre los recursos públicos y, en consecuencia, no pueden disponer libremente de ellos. En este mismo sentido, la Corte ha sostenido que, como regla general, la Carta prohíbe los auxilios o donaciones. Sin embargo, la Corte también ha indicado que el Estado puede reconocer subsidios si persigue la satisfacción de un objetivo constitucional claro, expreso y suficiente (como la satisfacción de los derechos sociales, especialmente cuando se trata de los sectores más pobres de la población) y cuando resulte imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado.

IV. En todo caso, la asignación de recursos públicos debe estar sometida al principio de igualdad y no discriminación. Cuando se trata de la entrega de recursos sin contraprestación económica directa, el proceso de asignación debe tener fundamento en una ley y debe contar con garantías suficientes para respetar la igualdad.

En particular, cuando se trata de la asignación de bienes o recursos públicos sin contraprestación, la sociedad tiene derecho a que existan garantías legales claras, expresas y exigibles, que aseguren que el proceso distributivo está guiado de manera estricta por el artículo 13 de la Carta. Cuando se trata de la entrega de recursos públicos en desarrollo de las políticas sociales o económicas del Estado, las condiciones y procedimientos utilizados deben tener fundamento en claros referentes legales que aseguren que tanto en su diseño como en su aplicación, esta política de asignaciones no afectará el principio de igualdad. (Corte Constitucional, Sentencia C-507, 1998. MP. Jaime Córdoba Triviño)

Ahora bien, una vez definido los siguientes acápites, el gobierno en cualquiera de sus niveles, escogerá el plan, proyecto o programa a desarrollar, el cual deberá estar inmerso en el marco de una política pública, evitando a toda costa la discrecionalidad del ejecutivo para disponer y asignar recursos a proyectos que no obedezcan al marco normativo antes citado.

Lo anterior significa que en virtud del principio de conservación del derecho podría sostenerse que donde la ley dice “política pública” debe entenderse –aunque el término técnico no corresponda– a una de las políticas incluidas en la ley del Plan. El gobierno sólo puede ejercer esta facultad en el marco de la ley del plan y la ley de presupuesto, y siempre que estas disposiciones establezcan la respectiva autorización de manera expresa. En otras palabras, para que resultara factible la posibilidad de aplicar el artículo 355 Constitucional en relación con aportes o donaciones a favor de terceros, el plan, programa o proyecto deberá condicionarse a la existencia de una política pública contenida en una Ley –especialmente en la Ley del Plan –que definiera el sector beneficiario y que autorizara expresamente el

monto de la inversión. En este sentido, la decisión del ejecutivo quedaría condicionada a lo dispuesto por el legislador. (Corte Constitucional, Sentencia C-507, 1998. MP. Jaime Córdoba Triviño)

3. EL CONVENIO DE ASOCIACIÓN - REGLAS BÁSICAS PARA SU CONFORMACIÓN

El artículo 355 Constitucional tiene una doble connotación, en primer lugar tiene una prohibición expresa en la que el Estado no puede decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y una segunda connotación en la que se faculta a éste, para que con cargo a su presupuesto pueda celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y/o con los Planes Seccionales de Desarrollo, para lo cual le ordenó al Gobierno Nacional expedir la reglamentación a ese respecto.

Lo anterior, fue reglamentado mediante el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993, y también tuvo desarrollo por el legislador, a través del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, aunque la doctrina las identifica como excepciones diferentes.

Sin embargo, debido a que la mayoría de la contratación pública es realizada de manera directa a través de los denominados convenios de asociación, los cuales, se convirtieron en uno de los principales focos de corrupción, el Gobierno Nacional decidió expedir el Decreto 092 de 2017, haciendo más riguroso el procedimiento de escogencia de la entidad sin ánimo de lucro e incluso estableciendo procesos competitivos para su selección.

El precitado Decreto tiene como objeto:

Reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

Así mismo, establece que será la Agencia de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, la encargada de expedir una guía metodológica que permita orientar la aplicación de la disposición en comento por parte de las diferentes entidades públicas sometidas a este régimen especial de contratación.

Al efecto, Colombia Compra Eficiente establece:

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política reglamentada por el Decreto 092 de 2017 es una contratación especial que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas. Esta contratación tiene origen en la necesidad de continuar con el apoyo de las Entidades Estatales a actividades benéficas en el nuevo marco constitucional sin auxilios parlamentarios. El origen de esta contratación está en la reflexión del Constituyente de 1991 sobre la necesidad de abolir los auxilios parlamentarios pero dejar a salvo el apoyo estatal a las actividades beneméritas en el campo de la solidaridad humana siempre que tales actividades hayan sido previstas en los planes de desarrollo, quienes desarrollen tales actividades sean idóneos y haya mecanismos de verificación del destino de los recursos entregados para el Estado para el efecto. (Colombia Compra, 2017)

En ese mismo escrito, se trae a colación los argumentos esgrimidos en la Asamblea Nacional Constituyente para justificar lo preceptuado en el artículo 355 al afirmar que:

El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores. (Lleras, Arenas & Hernández, 1992) citado por (Colombia Compra, 2017)

Las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal están facultadas para suscribir convenios con entidades sin ánimo de lucro que permitan dar cumplimiento a los postulados que atañen a la función de Estado de Bienestar o Benefactor, sin embargo, la norma, no habla expresamente de las demás entidades diferentes a las de la Rama Ejecutiva, tales como los órganos de control o los órganos autónomos, sin embargo, en el manual que expide para tal efecto la Agencia Colombia Compra, en una interpretación un poco forzada, establece que la norma se refiere a cualquier entidad del Estado y no solo a las pertenecientes a la Rama Ejecutiva tal y como esta taxativamente escrito en la Disposición.

Estos actos jurídicos, a pesar de enmarcarse en el concepto de “contrato” de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran sometidos a disposiciones constitucionales y reglamentarias especiales –Decreto

Reglamentario Constitucional—, no obstante una de las principales novedades que introdujo el Decreto 092 de 2017, corresponde a lo preceptuado en el artículo sexto de dicha norma, en que se vincula las Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades contempladas en la las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 2011, y en normas que modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son de aplicabilidad inmediata a los procesos de contratación que se realice bajo la modalidad de Convenio de Asociación (Decreto 092, 2017).

En el mismo sentido, el artículo séptimo establece que la Contratación regulada por el Decreto 092 de 2017 está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso deberán ser publicados en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (Decreto 092, 2017).

Así las cosas, se puede afirmar que tales disposiciones normativas tienen una reglamentación autónoma parcial, pues solo lo preceptuado en la norma y por remisión a la ley 80 le es aplicable, para lo demás aspectos se considera propio de la naturaleza de un convenio de asociación so pena de desnaturalizar su fin y esencia.

El Consejo de Estado frente a lo expuesto en vigencia del Decreto 777 de 1991, determinó que los convenios de asociación son autónomos:

En cuanto sólo están sometidos a la Constitución y no a la ley y, por tanto, sustraídos del alcance del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues el constituyente tuvo a bien reservar a la competencia del gobierno la regulación de esta materia contractual. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de febrero, 2006)

En consonancia con lo expuesto, el Decreto 092 de 2017 estableció los siguientes criterios que se deberán cumplir para contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, así:

- i. Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana. (Decreto 092, 2017, art. 2 numeral a)

Es importante advertir que dicho numeral fue suspendido provisionalmente por parte del Consejo de Estado (*Consejo de Estado, Auto 19 de octubre de 2017. Expediente 62003. CE. Carlos Zambrano Barrera*), el cual establecía como premisa que para dar cumplimiento a la norma en relación con la suscripción de un convenio de asociación, es que el mismo debe estar previsto como requisito *sine qua non* en el Plan Nacional de Desarrollo o en el Plan Departamental o Municipal, es decir, la limitación a las actividades objeto de contrato solo pueden estar supeditas a lo que se establezca en la Ley del Plan o en sus planes territoriales, siempre y cuando sean dirigidas a actividades de interés social.

Lastimosamente a la fecha, dicha norma al encontrarse suspendida, no es exigible dentro de los estudios previos ni como requisito fundamental para acudir a esta modalidad de selección.

La suspensión de la norma, abre un serio boquete en la limitación que el Decreto 092 pretendía establecer, pues al enmarcarse en un plan de desarrollo, se tenía mayor certeza que la actividad a contratar buscaba la satisfacción de ese interés social en favorecimiento de las personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, de lo contrario en una interpretación laxa de la norma, cualquier actividad podría incluirse como manifestación artística, cultural o deportiva y se podría obviar lo preceptuado en la Ley 80 de 1993, desnaturalizando la esencia del convenio de asociación.

Así por ejemplo, las fiestas anuales que se realizan en muchos municipios Colombianos, en los cuales se debe disponer de carpas, sonido, refrigerios, contratación de artistas entre otros, se realizan a través de convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro que tengan en su objeto la realización de este tipo de eventos, sin embargo, la naturaleza del convenio es que dicha prerrogativa se hizo con la posibilidad de que ciertos sujetos de derecho privado desarrollen actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal (Lleras, Arenas & Hernández, 1992).

La actividad benemérita significa digna del apoyo estatal, pues cumplirá el fin último de Estado Benefactor en que un grupo de ciudadanos o una comunidad en particular se encuentren en situación de vulnerabilidad y se permita que la misma sea apalancada con recursos públicos a través de un convenio de asociación.

Así las cosas, si bien las fiestas del municipio podrían encasillarse en actividades culturales, las mismas, no cumplen un fin social benéfico a poblaciones vulnerables específicas, contrariando el fin para el cual la nor-

ma fue creada, aunando lo anterior, se trataría de actividades que podrían contratarse a través de un operador logístico siguiendo las reglas y procedimientos previstos en la Ley 80 de 1993 y demás normas que reglamenten y/o complementen la materia.

Situación diferente sería aquellas actividades deportivas, recreativas o culturales dirigidas a una población específica tales como a niños, ancianos, adolescentes, etc., de las cuales se tengan unas metas y unos lineamientos claros en el plan nacional o territorial de desarrollo y cuya contratación –vía convenio de asociación– genera impacto positivo en sus vidas, disminuyendo brechas y mejorando su calidad de vida como una de las principales prerrogativas del Estado de Bienestar o Benefactor.

No obstante todo lo expuesto, la suspensión provisional del numeral a) del Decreto 092 de 2017, es un duro revés a la política de transparencia de la contratación pública, pues le quita un limitante fundamental para la realización de convenios de asociación, que precisamente trato de contener el Decreto precisamente para evitar interpretaciones laxas en las administraciones que permitan contratar casi todo tipo de objeto contractual a través de la figura de convenio de asociación.

- ii. Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato. (Decreto 092, 2017, art.2 numeral b)

Se debe eliminar dos grandes mitos al respecto que son de práctica común en muchas entidades del Estado que acuden a la modalidad contractual de convenio de asociación, el primero es que la necesidad del Convenio parta de la Entidad, lo cual a todas luces transforma la naturaleza del Contrato, toda vez que es la Entidad sin ánimo de lucro quien viene desarrollando actividades sociales o benéficas y que requiere del apoyo Estatal, las cuales deben estar alineadas a una política pública, plan, programa o proyecto enmarcado en un plan de desarrollo, es decir no puede ser utilizado al arbitrio para cualquier objeto. El segundo mito, es que los recursos asignados en el contrato, son para cumplir las instrucciones dadas por la Entidad al contratista y que este se convierta en un mero operador de los recursos, pues como ya se ha mencionado, el convenio es para aunar esfuerzos generados por el particular en beneficio de una comunidad o causa social, cultural, deportiva y/o ambiental, que no genere una contraprestación directa a favor de la entidad y que sea meritoria de ser apoyada por el Estado.

En este escenario es importante, dejar claridad que al advertirse que no debe existir una contraprestación directa a favor de la Entidad, significa que el bien u objeto a contratar no puede tener como beneficiario directo al Estado, sino debe ser dirigido a cumplir el fin benéfico o benefactor a favor de particulares.

En ese orden de ideas por ejemplo, la contratación de la construcción de una estación de bomberos en virtud de un convenio de asociación implicaría una contraprestación directa a favor de la entidad, por cuanto la estación hace parte del patrimonio del municipio, y este está en la obligación de mantenerla, cuidarla y dotarla, razón que el beneficiario directo es éste y el beneficiario final sería la comunidad, esto nos llevaría a concluir que en estos casos la modalidad contractual de asociación estaría prohibida.

Diferente escenario, es cuando un grupo poblacional requiere de medidas de atención del Estado y se necesita de elementos de dotación o donación, los cuales van dirigidos de manera directa a ellos, lo cual permite cumplir con lo trazado en el plan de desarrollo de ejercer acciones para el cierre de brechas, mejorar condiciones de vida o brindar oportunidades para el mejoramiento de su calidad de vida.

Así por ejemplo si se requiere entregar insumos agrícolas, maquinaria, infraestructura social, estufas eficientes, dotaciones y mejoras habitacionales, entre otros, dirigidos a poblaciones vulnerables, encajan en la naturaleza del convenio de asociación, pues las mismas son las excepciones a la regla consagrada en el artículo 355 de la Constitución Política, pues éstas tienen un fin loable y benéfico de una población específica y beneficiaria del proyecto.

- iii. Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos. (Decreto 092, 2017, art. 2 numeral c)

Este requisito, si bien estaba explícito en la jurisprudencia desarrollada en virtud del Decreto 777 de 1991, no se encontraba de manera clara en la norma anterior, sin embargo, se inserta de manera adecuada en la nueva estructuración del Decreto 092 de 2017, al recalcar que una vez cumplidos los dos requisitos anteriores, deberá realizarse un juicio de valor con

el ánimo de determinar las ventajas que podría tener la suscripción de un convenio de asociación para generar bienestar en una población específica, alcanzando con este modelo contractual eficacia y eficiencia en el logro final del objetivo

Para la Agencia Colombia Compra Eficiente:

La norma citada reconoce la existencia de condiciones fácticas en las cuales las entidades sin ánimo de lucro tienen ventajas para alcanzar eficiencia y eficacia sin sacrificar el bienestar de la población atendida. Ellas se presentan, cuando (i) es difícil pactar de manera precisa y determinable los resultados del contrato, esta situación se presenta cuando los resultados esperados del contrato tienen apreciaciones sobre la calidad o satisfacción de la población; (ii) los usuarios y la Entidad Estatal tienen dificultades para determinar la calidad del servicio prestado, evento que se presentan en servicios donde el prestador cuenta con un conocimiento especializado que no es fácilmente adquirible por los beneficiarios y (iii) el proveedor privado cuenta con incentivos para reducir costos en detrimento de los ciudadanos. Cuando esas circunstancias se presentan el Sistema de Compra Pública no es la mejor herramienta para satisfacer una necesidad con esas características. Por el contrario, cuando las características enumeradas anteriormente con (i), (ii) y (iii) se presentan, las entidades sin ánimo de lucro se convierten en los mejores colaboradores del sector público para cumplir sus fines. La Entidad Estatal debe documentar la medida en que las entidades sin ánimo de lucro ofrecen un mejor desempeño, desde la perspectiva de alcanzar los fines públicos para la actividad que desean financiar. (Colombia Compra Eficiente, 2017, p. 11)

Sin embargo, pese a la explicación dada por la Entidad Rectora en materia de contratación, al igual que el literal primero del artículo segundo del Decreto 092 de 2017 fue suspendido por parte del Consejo de Estado mediante Auto del 6 de septiembre del año 2019.

Al igual que lo expuesto en líneas anteriores, es lamentable la suspensión por parte del Consejo de Estado, por cuanto este se convertía en otro requisito importante de cumplimiento antes de dar inicio a la contratación directa a través de un convenio de asociación. De acuerdo a nuestra experiencia, se considera importante, que la Entidad Estatal para dar cumplimiento a este requisito, debía recordar el fin último del contrato y limitar su suscripción a aquellos aspectos relacionados con el papel de Estado Benefactor, como excepción a la regla consagrada en el precitado artículo 355 Constitucional, es decir, si la actividad a desarrollar tenía como objeto beneficiar de manera directa a una población particular a través de la entidad sin ánimo de lucro, esto implica que van a existir bienes o servicios

en calidad de donación con recursos del Estado, tal como se explicó en párrafos anteriores, así por ejemplo, si se pretende beneficiar un Consejo Comunitario con el mejoramiento y dotación de un trapiche, esto implica una donación tanto en recursos y en especie que permita hacer la entrega del proyecto, el cual obviamente beneficiará a toda la comunidad que vive alrededor de la siembra de caña de azúcar, obsérvese que en este punto, no podría realizarse el juicio de valor propuesto por Colombia Compra Eficiente, pues la única manera que puede el Estado de donar sin contrariar a la Constitución es por intermedio del Convenio de asociación y así cumplir con los preceptos de excepcionalidad previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Si por ejemplo, la entidad quisiera hacer procesos de selección para comprar los insumos que hacen parte de un trapiche, el proceso contractual regido por la Ley 80 de 1993 se adelantaría sin mayores inconvenientes, logrando procesos de selección objetiva y obteniendo resultados de eficacia y eficiencia con los recursos, sin embargo, al tratarse de procesos contractuales a cargos de la Entidad, los bienes y servicios no pueden ser entregados o donados a un tercero, pues fueron comprados directamente por la Entidad Estatal, requiriéndose su ingreso al inventario de la misma, siendo patrimonio de ésta e imposibilitando la entrega o donación a terceros, por lo cual la figura contractual prevista en la Ley 80 de 1993 sería ineficaz para este tipo de actividades, de ahí la necesidad de suscribir un contrato de asociación, no por razón de eficacia y eficiencia, sino que para dicho objeto no existe otra tipología contractual distinta para lograrlo.

El Decreto 092 trató precisamente de limitar la actuación desproporcionada que la administración realiza de manera directa, no obstante, la suspensión del articulado, nuevamente pone en la subjetividad de la interpretación de las entidades públicas la contratación por intermedio de un convenio, dejando vigente los apartes de que si se va a contratar debe ser con una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para lo cual se debe entender que “es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar” (Decreto 092, 2017, art. 3 párrafo 1).

Por lo tanto, amparado en los pronunciamientos jurisprudenciales, y atendiendo el espíritu de la norma consagrada en el artículo 355 de la Constitución, los convenios de asociación, solo deben ser suscritos, cuando se trate de cumplir las actividades propias del Estado Benefactor como excepción a la regla en la que el Estado no puede donar ni otorgar beneficios de manera directa a la población vulnerable del país, con este precepto,

solamente bajo esta línea de acción sería procedente la suscripción de convenios de asociación, limitando su accionar a solo actividades benéficas y no a cualquier objeto como se venía realizando en vigencia del Decreto 777 de 1991, sin embargo, la suspensión del Consejo de Estado al Decreto generó más dudas que respuestas, aunado a que flexibilizó la contratación de esta figura, que como se sabe es la más utilizada para disfrazar objetos contractuales que deberían ser propios de figuras contractuales de selección objetiva, sin embargo, al suspender varios de estos apartes, permite a los diversos entes nuevamente suscribir convenios justificando mínimas razones de idoneidad y experiencia, pero sin cumplir el fin último de estado benefactor como piedra angular y origen de un convenio de asociación.

CONCLUSIONES

El contenido y alcance del artículo 355 constitucional ha sido estudiado, no solo por las altas Cortes, sino por la doctrina, bajo un criterio unánime y pacífico, en el entendido que se orientó a eliminar los denominados auxilios parlamentarios a entidades privadas, que operaron por largo tiempo en detrimento del beneficio general, como un práctica abusiva, por tanto, la filosofía del constituyente para la expedición del artículo 355 Constitucional irradia el contenido normativo del Decreto 092 de 2017.

Quedó establecido que el Decreto 092 de 2017 consagra un régimen de contratación autónomo e independiente del régimen general de contratación pública, si bien en los dos han de atenderse los principios de la función administrativa, la forma de satisfacerlos para el caso de los convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro no puede basarse en el régimen general de contratación sino en el régimen especial que su vez remite al derecho privado, en cuanto a requisitos y formalidades.

Los convenios de asociación podrán celebrarse entre entidades públicas y personas jurídicas particulares únicamente para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo del nivel nacional o territorial.

Los convenios de asociación tratan de desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de aquella, sin embargo, ese beneficio no es el resultado de una contraprestación directa que recibe la entidad pública a cambio de unos recursos que paga a la persona jurídica particular, sino de la unión verdadera de esfuerzos entre las partes contratantes para adelantar un proyecto de interés social.

El objeto de la celebración de Convenios no puede ser otro que el apoyo a programas de beneficencia social y esto constituye un límite a la utilización de esta modalidad de contratación, es decir, no puede utilizarse ésta figura contractual, como se venía haciendo para un sinnúmero de actividades, prevaleciendo la partes del contrato (sin ánimo de lucro) por encima del fin, el objeto y la población específica beneficiaria directa de la actividad.

Los convenios de asociación son la única figura contractual existente, que le permite al Estado actuar en calidad de benefactor de comunidades en situación de vulnerabilidad, estableciendo la excepción a la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución.

La decisión del Consejo de Estado de suspender varios apartes del Decreto, nuevamente flexibilizó la interpretación de ejecución de convenios de asociación por diferentes motivos y causas que no necesariamente atañen al cumplimiento del estado benefactor que se plantea en el presente escrito, antes de favorecer al principio de transparencia y selección objetiva generó un retroceso similar al que se tenía bajo el marco normativo del Decreto 777 de 1991.

REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Contratación Pública (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_esal.pdf
- Alvarez Jaramillo, Luis Fernando (3 de diciembre de 2007) Sentencia 10010326000 20030001401. Bogotá: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconferre.asp?mind1=2007&mind2=>
- Arciniegas, F. D. (2007). Contratación estatal: Aspectos controversiales. Bogotá: Unian-des, Blanco, J. V. (14 de Abril de 2006). *Diferencia entre contratos y convenios. Colombia.*
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2012) *Contratos mercantiles: teoría general del negocio mercantil.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y LEGIS.
- Aponte Vanegas, J., Morales Benitez, O., Vidal Perdomo, J., & Younes Moreno, D. (2008). *Carlos Lleras Restrepo, Cien Años de Historia: Estudios PolíticoJurídicos.* Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez Academia Colombiana de Abogacía.

- Barrera Carbonell, Antonio (19 de julio de 1995) Sentencia C-316. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-316-95.htm
- Beltrán Sierra, Alfredo (9 de septiembre de 1999) Sentencia C-671. Recuperado de: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm
- Benavides, José Luis (2004) El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Los convenios un régimen jurídico diferente a los contratos estatales.
- Congreso de la República de Colombia (18 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Congreso de la República de Colombia (29 de diciembre de 1998). Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0489_1998.html
- Congreso de la República de Colombia (16 de julio de 2007). Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2007/ley_1150_2007.html
- CorreaPalacio, Ruth Stella (3 de diciembre de 2007) Sentencia 1001032600020030001401. Bogotá: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconfere.asp?mindi1=2007&mindi2=>
- Consejo de Estado (2006). Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 11001-03-06-000-2005-01710-00(1710). C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Consejo de Estado (2008) Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado 11001-03-06-000-2008-00040-00(1911). C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.
- Corte Constitucional (1992). Sentencia 406 de 1992. M.P. Ciro Angarita.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia 159 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia 1064 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional (1994). Sentencia 372 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional (1996). Sentencia 251 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional (1998). Sentencia 507 de 1998. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional (2001). Sentencia 1064 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2001). Sentencia 1168 de 2001. M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-027. M.P María Victoria Correa Calle.

Chávez Marín, A. R. (2015). *Los convenios de la administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Dávila Vinueza, Luis Guillermo (1997). Aspectos fundamentales del régimen actual de contratación estatal. En *Estudios de profundización en contratación estatal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Cámara de Comercio de Bogotá.

Estrada Sánchez, Juan Pablo (2009). Contratación directa, convenios interadministrativos y contratos de cooperación internacional. En *Contratación estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2005*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Expósito Vélez, Juan Carlos (2003) *La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fajardo Gómez, Mauricio (30 de enero de 2008). Sentencia 52001233100020050051201. Bogotá: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª. Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconfere.asp?mind1=2008&mind2=>

Lleras de la Fuente, C., & Tangarife Torres, M. (1996). *Constitución Política de Colombia: Origen, evolución y vigencia* (primera ed.). Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Pino Ricci, Jorge (2005) *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Presidente de la República de Colombia (16 de mayo de 1992). Decreto 777 de 1992. Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1992/decreto_0777_1992.html

Presidente de la República de Colombia (29 de enero 2017). Decreto 092 de 2017. Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. Recuperado de: http://www.bogotaturismo.gov.co/sites/default/files/decreto_92_del_23_enero_de_2017.pdf

RESIGNIFICACIÓN Y MEMORIA: LOS RETOS DE LA REPARACIÓN COLECTIVA EN LAS PRÁCTICAS SOCIALES, COMO MECANISMO EXTRAJUDICIAL PARA LA REPARACIÓN. EL PROCESO DE LA CASA DE LA MEMORIA EN TUMACO

Santiago Guerrero Zambrano¹, Natalia Villarreal²

Fecha de recepción: 05 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 13 de agosto de 2020

Referencia: GUERRERO, Santiago. VILLARREAL, Natalia (2020). *Resignificación y memoria: los retos de la reparación colectiva en las prácticas sociales, como mecanismo extrajudicial para la reparación. El proceso de la Casa de la Memoria en Tumaco*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 11. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Colombia se convirtió en un país con un panorama alarmante, donde la violencia generalizada se tornó en algo habitual, la convergencia de grupos armados ilegales y la actitud pasiva e incluso cómplice del Estado, se traduce en una violación permanente de Derechos Humanos; en ese contexto, los jueces en su labor de administrar justicia en el marco del conflicto, han emprendido la tarea de acercarse al dolor de las víctimas, para encontrar una forma sensible de reparación mediante actos judiciales; no obstante, diversas son las situaciones que impiden otorgar verdaderas formas de reparación con criterios de especificidad, integralidad y plenitud. Ante ello, las mismas víctimas son quienes buscan nuevas formas de reparación nacidas desde su propia convicción. Tal es el caso de la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense del municipio de Tumaco, que es lo que ausculta el presente artículo. Para su desarrollo, se acudió a una investiga-

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

ción cualitativa con enfoque crítico social, en donde se abordaron conceptos claves desde una bibliografía multidisciplinaria, que contrastará con la documentación de todo un proceso de reparación observado a través de quienes conforman la Casa, así mismo se relacionaron pronunciamientos judiciales y se compararon las decisiones tomadas en estos con la realidad y el sentir de las víctimas, como producto de la inmersión práctica en el proyecto para finalmente entender qué actos son en efecto reparadores y los retos a enfrentar.

Palabras claves: Mecanismos extrajudiciales, memoria, reparación colectiva, autoreparación, resignificación, víctima.

ABSTRACT: Colombia has turned in a country with an alarming panorama, where generalized violence became in something regular, the convergence of illegal armed groups, the complicity and passive attitude of the state translates in a permanent violation of human rights, in that context, in their labor of manage justice in the conflict frame, judges have undertaken the task to approach to the victim's pain to find a sensitive way of reparation trough judicial acts, however, various are the situations that prevent giving truly reparation with specificity criteria, integrity and plenitude, as consequence, victims are those who seek new ways of reparation born from their own conviction. That's the case of the "Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense" from Tumaco's municipality, this is what this article is about. For its development, we came up with a quantitative investigation with focus on social criteria that approach to key concepts from a multidisciplinary bibliography, that contrast with the documentation of a whole process of reparation that has been observed through those that conformed "La Casa", likewise, judicial pronouncements were related, and taken decisions were compared with reality and the feeling of the victims as product of the practical immersion in the project to finally understand which acts are repairer effects and the challenges to confront.

Key words: Extrajudicial mechanisms, memory, collective reparation, self-repair, resignification, victim.

INTRODUCCIÓN

Gabriel García Márquez en su novela Cien años de soledad, narra cómo una noche, tal vez la peor enfermedad existente, apareció en Macondo. Rebeca se encontraba sentada en su mecedor chupándose el dedo y con los ojos alumbrados como los de un gato en la oscuridad. Visitación pasmada de terror, reconoció los síntomas de la enfermedad que la había obligado a

desterrarse para siempre de su reino. Había llegado a Macondo la peste del sueño. Nadie entendía en la casa la alarma de Visitación. “Si no volvemos a dormir, mejor” decía José Arcadio Buendía de buen humor, “así nos rendirá más la vida” (Márquez, 1967, p. 60). Pero la india le explicó que lo más temible de la enfermedad del insomnio no era la imposibilidad de dormir, pues el cuerpo no sentía cansancio alguno, sino su inexorable evolución hacia una manifestación más crítica: el olvido (Márquez, 1967).

Así como en *Cien años de soledad*, la peor enfermedad atacó a la sociedad colombiana, que acostumbrada a que la violencia se convirtiera en algo rutinario, terminó naturalizando los peores actos de abuso en contra de los derechos de muchos colombianos víctimas de una guerra que lleva más de 50 años, desterrando sus historias sufridas al olvido; la violencia inundó las ciudades y pueblos, llevando consigo una ola monstruosa de atropellos y brutalidad, dejando atrás un sinnúmero de muertos y desaparecidos sin historia y sin nombre, que hasta hoy siguen sin poder ser recordados. Esto es lo que logra un contexto de conflicto armado, la adaptación de la sociedad a una cultura de violencia y su silenciosa propagación (López 2017).

La violencia por causas políticas, por la tenencia desigual de la tierra y por la mala distribución de la riqueza, ha llevado a un callejón sin salida, donde sus manifestaciones se han convertido en pan de cada día. La indiferencia ante las masacres paramilitares, las tomas guerrilleras, los crímenes de Estado, el exterminio de todo un partido político (como sucedió con la Unión Patriótica) es evidencia de que la guerra llevó a normalizar el conflicto, conduciendo a la sociedad colombiana a procesos de olvido generalizado. Es decir, se empezó a ver al conflicto como algo rutinario y que fácilmente se olvida.

Esto podría ser producto de un olvido de borrado represivo, que según Connerton (2008) citado por Torres (2018, p. 42) “hace referencia a la destrucción de la evidencia de la existencia de una sociedad, cultura e individuo” esto respondiendo a intereses particulares, especialmente políticos, que influye directamente sobre lo que es recordado y lo que no. Por eso “las familias tuvieron que luchar contra el olvido social y la indiferencia, producto del acostumbramiento” (Grupo de Memoria Histórica, 2013. p. 303).

Es así como los jueces, en un exiguo intento por tomar parte como efectivos administradores de justicia en el marco del conflicto, se dieron a la tarea de tratar de reparar los daños físicos y emocionales causados a las víctimas mediante actos judiciales; tarea que no resulta fácil toda vez que son “derechos complejos, interrelacionados entre sí que tiene como fin proteger la dignidad e integridad de las víctimas y que consiste en la im-

plementación de medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición” (Congreso de la República, 10 de junio de 2011). El problema surge cuando no se reconoce la calidad de víctima de una persona, cuando no se tienen en cuenta ninguna de las especificidades de cada individuo para ser reparado, cuando se siguen vulnerando sus derechos, y la víctima es revictimizada por sus victimarios o incluso por su propio entorno social, cuando los hechos victimizantes son justificados, minimizados u ocultados de alguna forma, y finalmente la reparación no logra satisfacer los estándares de justicia y verdad para la víctima es decir resulta desproporcionada o inadecuada y se le niega a la víctima la posibilidad de sanar sus heridas físicas y emocionales (Guerrero, 2007).

En este contexto el presente trabajo analizará en prácticas de la Casa de la Memoria de Tumaco, ubicada en una región que ha sufrido el flagelo de la violencia y el olvido de todo un país, pero que mediante este proyecto comunitario han generado acompañamiento a cientos de víctimas. La misma comunidad es la que se encamina hacia la reparación de víctimas, a través del desarrollo de acciones en diversos ámbitos, como ha ocurrido en otras instituciones de Memoria Histórica alrededor del país. Se resalta que “estas acciones deben tener carácter político y ético, acompañadas de medidas jurídicas, psicosociales, económicas y políticas, permitiendo resignificar (dar una nueva idea referente a algo) el dolor y el miedo, y fortalecer su identidad individual y colectiva” (Centro Nacional de Memoria Histórica y Cinep, 2015, p. 10).

Entonces esta investigación tiene como fin último dar a conocer la lucha de las víctimas, evidenciar el trabajo que se ha llevado desde la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense para ellas, y elevar una voz de protesta crítica que permita dar a conocer las formas colectivas de autoreparación de forma que se resalte su relevancia para que se vean apoyadas por autoridades judiciales y administrativas. Todo esto porque en proyectos comunitarios como el que estudia este artículo, están las respuestas para llegar a una efectiva reparación y salvaguarda de los derechos de las víctimas.

El presente artículo se sirve de una metodología enmarcada en la investigación cualitativa, puesto que no pretende obtener un mero descubrimiento sino que se propone enriquecer la temática en materia de reparación simbólica, de manera que se sirve de la observación de características o patrones sociales como respuesta al contexto que se plantea, para ser analizados con posterioridad. Así, se centra en un enfoque alejado de la sistematización como lo es el crítico social, mediante el cual se estudia el

actuar de los individuos y la colectividad sirviéndose de disciplinas y áreas afines a la ciencia jurídica, para ser interpretado atribuyéndole un mensaje concreto o una conclusión de la realidad que se observa, como lo es el fenómeno del conflicto armado en Colombia aterrizado a las víctimas; para ello se documenta y describe casos concretos, sin los cuales esa realidad no puede ser contemplada plenamente. Entonces se realiza una selección de los sujetos que serán el centro de estudio, presentando a la Casa de la Memoria de Tumaco como el epicentro de una exploración más profunda de lo que constituye la reparación a una persona que se ha convertido en víctima a causa del contexto que vive.

Todo esto se presentará mediante el desarrollo de tres hilos temáticos, siendo el primero un recuento teórico desde la resignificación colectiva y sus términos afines, hasta los derechos de las víctimas y su campo de acción y participación en los procesos de reivindicación de esos derechos. Por otro lado se abordará la historia y funcionamiento de la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, y su preponderancia en la construcción de la memoria histórica de todo un pueblo. Finalmente y a través de la documentación de las experiencias de quienes conforman la Casa y de las mismas víctimas se presenta un paralelo entre los planteamientos teóricos y la realidad en cuanto al acceso a la justicia y fundamentalmente la reparación.

1. Resignificación Colectiva y resiliencia: un análisis teórico

La resignificación como concepto general implica el surgimiento de un nuevo sentido a una situación concreta; se trata de una forma de “volver”, pero no hablando de un espacio físico, sino el retorno a una historia de vida que tras haber sufrido quiebres se tratará de reconfigurar (Martínez, 2010). Cuando se trata de víctimas este es una de las nociones más importantes, resaltando que es un término de significados diversos. Para Pablo Cazau (2013), la resignificación tiene varias formas de entenderla: puede ser resignificar el presente en función del pasado, resignificar el pasado en función del presente, resignificar el presente en función del futuro, resignificar el futuro en función del presente. En este entendido, existe un factor común dentro de la resignificación que es otorgar un nuevo sentido a algo, partiendo de la pre-existencia de un significado inicial. Siendo esto un comportamiento cotidiano, una etapa que toda persona atraviesa a lo largo de su vida, sea por situaciones positivas o negativas.

No obstante, cuando se trata de víctimas en contextos de conflicto armado, lo anterior no puede ser determinado con tanta facilidad, en tanto

aquel suceso que atravesó la persona generó un estado de conmoción que le puso en una situación en la cual no tenía el deber de soportar. La crueldad de los crímenes que se cometen en el marco de una guerra, deja una huella imborrable en aquellos que de un momento a otro se convirtieron en víctimas, dejándolos sin razón o sentido para direccionar su proyecto de vida. La pérdida de sus seres queridos, sus hogares y su forma de vida se traducen en una existencia carente de dignidad, que se limita a la supervivencia. Indudablemente:

(...) ante una pérdida, el individuo que la padece, experimenta diversas emociones, sensaciones y otras emociones intensas, que llevan a la persona a tener dificultad para pensar y recordar, es decir, se trastorna el funcionamiento integral de la persona. (Castro y Velázquez, 2016, p. 37)

Con todo esto, la solución general que prima en el país a este desentendimiento de la vida por parte de una víctima, tristemente termina siendo el olvido, lo cual resulta ser una solución y un problema a la vez, ya que generalmente olvidar implica que se suprima completamente el hecho o se manipule como aliciente de la superación del dolor, pero sin que se constituya en una razón para reparar (Torres, 2018). Se parte del hecho de que resulta imposible regresar en el tiempo hasta el momento en el que se dio el episodio de violencia, y desaparecerlo por completo. Es precisamente por esto que la reparación de las víctimas toma un significado mucho más amplio que “la existencia de diversas maneras que permiten volver a su estado anterior lo que ha sido dañado” (Henaó, 2015). La necesidad que se desprende en este sentido es evidente: traer al presente ese hecho, no como una forma agobiante de vivir en el dolor que causa, sino con el objetivo de que se le otorgue un nuevo significado, y de esa manera resignificar también una vida que carecía de sentido alguno. Al respecto, Martínez (2009) en su análisis del desplazamiento forzado en el marco de la guerra como hecho victimizante, afirma:

Sin embargo, tal irrupción no significa una interrupción de su historia de vida, ni una pérdida definitiva de su identidad, sino más bien la inminencia de una resignificación que, a su vez, se convierte en la única posibilidad de actualizar el pasado (lo que se era antes del acontecimiento) en las condiciones que posibilita el presente, con el fin de proyectarse de nuevo en lo porvenir. (p. 43)

Aun así, traer al presente los hechos victimizantes puede ser un reto de compleja ejecución, dado que implica exclusivamente la esfera interna de una persona, impulsada por factores externos como el entorno, las personas y las circunstancias que actualmente intervengan en su día a día, y

que le faciliten el proceso trayendo como conclusión una nueva noción de su propia vida. A pesar de que se trata de un análisis eminentemente individual y personalísimo de cada víctima, no siempre resulta útil para ciertas realidades. Si bien existen víctimas estrictamente individuales, la mayoría de homicidios, atentados, masacres, desapariciones forzadas y desplazamientos son situaciones que afrontan comunidades completas.

Tal es el caso que ocurrió el 1 de febrero de 2012, donde el frente 29 de las FARC utilizó una moto bomba que explotó al frente de la estación de Policía de Tumaco, dejando un saldo de 11 personas muertas, alrededor de 60 heridos y toda una población afectada (Escobar, 2017). Situaciones tan desgarradoras como esta, generan una conmoción colectiva capaz de trastocar las esferas más delicadas de las subjetividades humanas.

Es precisamente eso lo que permite plantear la necesidad de una resignificación de carácter colectivo. Ya no solamente se trata de que una persona encuentre nuevo sentido a un hecho ocurrido, sino que un grupo de personas, como comunidad de víctimas, resignifique aquel suceso de violencia que en un momento implicó un desapego hacia su propia vida, con el fin de construir un futuro esperanzador mediante la unión del pasado y el presente a través de un complejo proceso de resignificación que además permite que los individuos y los grupos sociales establezcan nuevos puntos de referencia y reconstituyan sus cosmovisiones; todo esto debe ser tenido en cuenta cuando se trata de transformaciones identitarias en contexto de guerra (Martínez, 2010).

Es así, como los procesos comunitarios de resignificación se relacionan con la ejecución de acciones reparadoras cuyo fin es ayudar a reestructurar los proyectos de vida de las víctimas, en un comienzo desde el plano personal para llevarlo a un plano colectivo. Por ejemplo, a través de actos simbólicos de perdón y reconciliación, alabaos (cantos fúnebres propios del pacífico colombiano), oración, reuniones en grupos de víctimas entre otros. Se trata entonces de un trabajo comunal que no necesariamente implica que las víctimas revivirán constantemente los hechos victimizantes, sino de actividades donde cada individuo logra reconciliar el pasado con su presente para construir un nuevo futuro.

Cabe mencionar que este tipo de reparaciones solamente dependerá de cada individuo y su capacidad de resiliencia, que les permita sobre llevar lo sucedido, reconstruir su proyecto de vida, sus relaciones interpersonales y recuperar su identidad (Martínez, 2009). Y esa resiliencia se refiere a la aptitud de una persona o grupo de personas para hacer frente y recuperarse ante un hecho traumático, para posteriormente generar una

adaptación, pero más enfocada a la transformación de su propia vida que a la resignación (Forés, 2008), de manera que las cargas se aligeren y se pueda dar paso al desarrollo de un proyecto de vida, siendo dicha transformación fundamental en la resignificación.

En este sentido, los procesos de resignificación contienen unas cualidades reparadoras, en tanto llevan a la persona a desarrollar una postura de fortaleza respecto del hecho victimizante. Por ejemplo, se puede nombrar la asimilación de los hechos que causan dolor, el acto de perdón hacia el victimario, la resocialización y aceptación de su entorno, la reconciliación con el pasado y la construcción de un futuro mejor, con una estabilidad económica como punto de partida; Martínez (2009) entiende que: “el efecto reparador que subyace a este proceso de resignificación de sí mismos, puede ser comprendido inicialmente como la posibilidad de reconstruir un mínimo de condiciones vivenciales y de recuperación de un proyecto de vida y una concepción de futuro” (p. 78).

En este punto, ante los crímenes de la guerra, el primer llamado a reparar es el Estado y son las acciones de las instituciones estatales las que van a direccionar la posible resignificación en las víctimas del conflicto; sin embargo, este aspecto sería irrelevante si las medidas tomadas no son aptas o no llegan directamente a las víctimas generando esa reparación.

1.1. Acción y participación: derechos de las víctimas en el proceso de resignificación y reconstrucción social.

Todos los colombianos han sido testigos de algunos de los sucesos que tristemente hacen parte de nuestra historia. Las masacres paramilitares, los desplazamientos forzados y muchos otros hechos victimizantes, según el registro único de víctimas “RUV” dejan cerca de 8.650.169 de víctimas directas e indirectas, de las cuales solamente 650.000, es decir un poco menos del 8% del total de víctimas han sido reparadas (Registro Único de Víctimas, 2018). Las víctimas generalmente eran consideradas como “ocupantes sin lugar es decir que está detrás de los procesos transicionales pero que no tiene un lugar específico en los mecanismos judiciales para hacer valer su voz dentro de los procesos de justicia” (Guerrero, 2007, p. 223).

En Colombia las víctimas no existían, no se contaban, y estaban sumidas en la indiferencia plena de una sociedad indolente. No les eran reconocidos derechos y en muchos casos eran incluso señalados como culpables de su situación. Su reconocimiento es reciente. Con el proceso de paz con los paramilitares y posteriormente con el proceso que se llevó con las guerrillas, se empezaron a escuchar algunas voces de protesta que exigían

atención y que buscaban romper con la indiferencia de la sociedad y el Estado colombiano; esas voces eran las de las víctimas que clamaban por ser escuchadas. Y fueron ellas mismas las que se abrieron paso para dar pie a nuevos criterios de reparación acordes a lo que ellas necesitaban; pues ya no se trataría de imponer la reparación, ni tampoco crear una memoria histórica obligada y saturada, sino constituir algo en colectivo, que efectivamente ayude a avanzar a una sociedad trastocada (Torres, 2018).

Actualmente gracias a la estructuración de nuevas formas de entender la justicia, las víctimas dejaron atrás su posición pasiva para convertirse en parte activa y de transformación dentro de los procesos en los que intervienen, donde ya no se las reconoce como simple interviniente sino como sobrevivientes y sujetos de orgullo y dignidad que, a su vez, son testigos históricos de excepción y portadores de memoria (Delgado Barón, 2011). Hoy en día, se considera que juegan un papel preponderante en todos los procesos de justicia, ya que son ellos quienes saben de primera mano todo lo que ha ocurrido.

En Colombia toda violación de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario da lugar al derecho de la víctima y de sus familiares a ser reparadas, ya que constituye una obligación del Estado orientada a resarcir todos los daños causados por su acción u omisión. Dichas obligaciones y las medidas que tome el Estado para reparar están guiadas por una serie de principios que se encuentran señalados en el informe de la Organización de Naciones Unidas sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos de 1997 –más conocido como informe Joinet–, el cual señala unos principios básicos:

Principio 33. *Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar.* Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derecho habientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor. (Joinet, 2007, p. 100)

Principio 36. *Ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación.* El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación. (Joinet, 2007, p. 101)

Principio 37. *Ámbitos a que se refieren las garantías de no repetición.* El Estado deberá adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones que vulneren su dignidad. (Joinet, 2007, p. 101)

Estos principios que han sido tomados por los jueces en sus decisiones, buscan reparar a las víctimas de una violación grave de derechos humanos. Se destaca la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) que tenía en cuenta dichos principios, incluso mucho antes de que fueran señalados en el informe anteriormente mencionado; por ejemplo en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (1987); aquí la Corte señaló que la reparación del daño ocasionado a una víctima por una violación de derechos humanos consistía en el *Restitutio in integrum*, que incluye el restablecimiento de la víctima a la situación anterior al hecho victimizante, la reparación de las consecuencias que la infracción le produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 1987).

Y esto se replica en casos posteriores como *Las Palmeras vs Colombia* (2001), *el Mozote vs El Salvador* (2012) y *Mapiripan vs Colombia* (2005): “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mapiripan Vs. Colombia*, 2005, p. 244).

En ese entendido, se hablará a continuación de los derechos de las víctimas, poniendo en primer lugar a la reparación, ya mencionada en los principios Joinet. El derecho a la reparación, que tiene como finalidad atender a la o las víctimas. “Su objeto es revertir, en la medida de lo posible, los efectos de la violación y, en su defecto, tomar las medidas que aminoren los resultados de dicha violación y eviten que se repita” (Rodríguez, Baéz, Talamás & Pulido, 2007, p. 116).

La necesidad y el fin de la reparación se ven reflejados en el planteamiento de Rodríguez (2007), quien afirma que: “como consecuencia del principio pro-persona y del fin de la reparación, las medidas reparatorias deben adaptarse al caso concreto y a la situación de la o las víctimas” (p. 118) Es por ello que en materia de reparación no solo hay que analizar el hecho victimizante, sino las circunstancias en las que se encontraba la víctima antes de que sucediera, su contexto social, cultural, religioso, económico, y los sucesos posteriores tales como el desarraigo, la pérdida de oportunidades, o la sobrevivencia en condiciones carentes de dignidad.

Esa adaptación que se menciona es tratada en la jurisprudencia colombiana, en donde se observan medidas de reparación a las víctimas que

se apartan de la línea meramente indemnizatoria trazada con anterioridad. Son casos en los que además de los actos de disculpas públicas, se ordena la construcción de monumentos, parques y demás lugares de memoria, que constituyen actos de reparación simbólica. Ejemplo de ello es el Parque Monumento en el municipio de Bojayá, construido en honor a los 48 niños y niñas que fallecieron en la masacre del 2 de mayo de 2002, cuya construcción se ordenó a la Presidencia de la República, Ministerio de Justicia, de Cultura y a la Gobernación de Chocó, como medida de reparación, estableciendo que “deberá concertarse en todos sus componentes con las comunidades, la Diócesis de Quibdó y demás organizaciones sociales a las cuales aquellas les reconocen legitimidad para el efecto” además dando a dichas entidades la directriz de “atender efectivamente las solicitudes de la población sobreviviente, orientadas a adecuar el casco urbano de Bellavista -Viejo- como santuario y/o lugar de memoria” (Grupo de Memoria Histórica, 2010, p. 113).

En cuanto a las medidas de reparación simbólica, la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Víctimas, en su artículo 8 habla del derecho a la reparación y la define como:

Toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

La reparación simbólica pasa a satisfacer aquellos aspectos que la indemnización no alcanza, pues se trata de abordar la esfera subjetiva de la persona, partiendo del relato de verdad y su socialización para que esta sea reconocida por la comunidad. Esto sustentando en que gran parte del problema del conflicto y la violencia es la indiferencia de la sociedad en general, que ocasiona consecuencias adversas por el negacionismo ante la existencia del hecho dañoso y de los afectados del mismo, ignorando por completo el dolor de las víctimas y llevándoles a una situación de revictimización. Esto, sumado a la indolencia del Estado que restringe para la víctima el acceso a sus derechos, especialmente a la reparación y las consecuentes garantías de no repetición.

Se pasa por comprender que la reparación simbólica es muchas veces más importante que la reparación económica, ya que en diversas ocasiones vale más para una víctima un acto de reconocimiento de culpas y perdón, que el pago de una suma determinada de dinero. En ocasiones es de tener en cuenta que “las disculpas (de las historias más verídicas, acompañadas

por otras medidas), por ejemplo son defendidas frecuentemente como medio para lograr la reconciliación”³ (De Greiff, 2008, p. 120).

No es en vano que se haga hincapié en el reconocimiento de las víctimas y en los hechos que les afectaron, pues el mayor logro de la reparación simbólica, es la construcción de una memoria que en últimas lleva al desarrollo de facultades como la resiliencia, ya que a través de estas acciones las víctimas se dan a conocer, son escuchadas y apuntan a superar el hecho traumático para continuar con su vida. Los símbolos que adoptan las personas y las comunidades que han sido víctimas del conflicto tendrán un alto valor y estarán dotados de un alto grado de resignificación, ya sean estos propuestos como medidas de reparación estatal o directamente por las comunidades. “Precisamente, su resignificación como hecho social es lo que permitiría a las personas afectadas restablecer la fortaleza de su actuación personal y el control sobre su propia vida” (CELS, 2007, p. 415).

Entonces, los actos de reparación simbólica cobran suma importancia cuando se trata de reparar a una víctima, pues están encaminados a que quienes se encontraban atrapados en un limbo de dolor y sufrimiento, puedan continuar con sus vidas en condiciones dignas y devuelvan el sentido perdido a su existencia.

Aunado a la reparación se encuentra el segundo derecho del cual son titulares las víctimas: la verdad, que se tratará a profundidad posteriormente y que hace referencia a un derecho inalienable y al deber de recordar, esto de acuerdo con conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos; la Corte Constitucional (2006) en la sentencia C-454 rescata dichos principios⁴, mencionando que el segundo indica que la historia de la opresión de un pueblo hace parte de su patrimonio, por ello se debe conocer y recordar como es debido, siendo esto una obligación del Estado, y el tercer principio menciona la imprescriptibilidad del derecho a la verdad, sin importar las acciones llevadas a cabo ante la justicia, para conocer las circunstancias de las violaciones y la suerte de las personas cuando se trata de desaparición o fallecimiento.

Igualmente, en diferentes pronunciamientos, la Corte ha considerado que el derecho a acceder a la verdad presenta dos dimensiones: “una individual que se traduce en el derecho que tienen todas las víctimas a

3. Texto original: “Apologies (on most credible accounts, accompanied by other measures), for example are frequently defended as means to achieving reconciliation”.

4. La Corte Constitucional en este caso tuvo en cuenta el informe de Diane Orentlicher, experta independiente que se encargó de actualizar en 2004 el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad (Informe Joinet) mencionado anteriormente.

saber cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho a un recurso judicial efectivo” (Corte Constitucional, sentencia C-228, 2002) y la segunda dimensión que “obedece a un ámbito colectivo entendido como el derecho inalienable a la verdad y deber de toda comunidad a recordar para jamás olvidar” (Corte Constitucional, sentencia C-454, 2006). El desconocimiento de la verdad y de la historia de una comunidad conlleva a que se imponga una ley de *perdón y olvido*, bajo la cual se deja atrás los relatos de verdad destruyendo así la memoria histórica de cada pueblo.

Por último, se encuentra el derecho de cada pueblo a que se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad, el cual implica la obligación del Estado de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de las conductas delictivas y así evitar la exención todo bajo la óptica del recurso judicial efectivo. Asimismo, la Corte Constitucional en sentencia C-180 de 2014 advierte que el derecho a la justicia de las víctimas implica:

El establecimiento de mecanismos jurídicos idóneos para llegar al descubrimiento de los hechos y la condena de los responsables, por lo que son inadmisibles toda clase de amnistías, preclusiones y excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir las sanciones a los responsables, el deber de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos, el derecho de las víctimas a un recurso judicial adecuado y efectivo; y el deber de respetar las garantías del debido proceso. (Corte Constitucional, sentencia C-180, 2014)

El problema en la efectividad de este derecho radica muchas veces en la lentitud de los procesos de justicia y desconocimiento del real contexto de las comunidades sujetos de la reparación, sumado el excesivo formalismo que pone en tela de juicio todo el sistema que busca el reconocimiento y reparación de las víctimas; por esto lastimosamente Colombia ostenta el séptimo lugar de las justicias más lentas a nivel mundial, superado solo por países como Afganistán, por lo que la desconfianza en el sistema judicial es latente (Libre Mercado, 2018). Son muchos los limitantes en la versión de verdad que deriva de los procesos judiciales, pero uno de los principales es la “insensibilidad con respecto a las necesidades particulares de las víctimas” (Uprimny et al., 2006, p. 155), pues si bien existe un claro propósito de buscar la verdad y la justicia, esto se mira obstruido y no parece hacerse efectivo en la realidad, dejando sin voz a las víctimas relegándolas a su antigua posición pasiva dentro de los procesos de reparación, frustrando su propósito de buscar verdad, justicia y reparación.

Para concluir, como una parte importante de los derechos mencionados, se puede hablar de la no repetición, también abordada en los principios Joinet, donde la memoria juega un papel vital como una construcción social que se debe estudiar desde el plano individual y colectivo, inclinándose por la teoría de una dimensión de la memoria colectiva (Halbwachs, 2004). A través de los actos de reparación y de la construcción de memoria se genera una garantía en el contexto que se plantea y además conlleva al reconocimiento de las víctimas y de sus derechos, dado que a causa de los atropellos han experimentado daños y sufrido diversas consecuencias en sus cuerpos y mentes que han llegado a afectar gravemente a sus familias, sus vínculos cercanos y la vida de la comunidad a la que pertenecen (Lira, 2010).

1.2. La verdad para las víctimas y la creación de memoria histórica

Como parte de las etapas por las que deben atravesar las víctimas en un proceso de reparación y resignificación, siempre debe estar presente como elemento primordial: la verdad, toda vez que no existe justicia sin verdad, ni reparación sin justicia, constituyéndose como un derecho, un elemento fundamental y un principio que debe ser el eje transversal de cualquier proceso de reparación; para las víctimas el hecho de esclarecer la verdad de lo sucedido resulta esencial para su proceso de reparación, pero no es igual para el Estado o la sociedad en general, pues desconocen la ocurrencia de los hechos victimizantes y con ello pueden llegar a señalar a las víctimas como culpables de su situación.

La resignificación tratada en el primer acápite, también depende en cierta medida del derecho a la verdad, pues sin la claridad sobre los hechos victimizantes no sería posible resignificarlos para otorgarles un sentido nuevo que les lleve a las víctimas a avanzar; de aquí la importancia del derecho de conocer los hechos que generaron tal estatus en las víctimas. Marcellán (2010) establece que:

Para la construcción de la verdad, se pueden emplear dos vías. La judicial, que pretende, a través de las labores de investigación y enjuiciamiento de los responsables por violaciones de derechos humanos, reconstruir los hechos que dieron lugar a los graves crímenes cometidos. La no judicial, que conlleva la recopilación de información sobre las violaciones de derechos humanos vía testimonios de supervivientes y familiares de las víctimas, bases de datos de instituciones públicas y de organizaciones de la sociedad civil, análisis de expertos y académicos; el mecanismo más conocido para ello son las Comisiones de Verdad (pp. 19-20).

Respecto de estas comisiones de verdad, Natalia Tejada (2018) comenta que son uno de los mecanismos de la justicia transicional que pueden conllevar a la reconciliación nacional, “porque las comisiones de la verdad crean una plataforma donde los elementos claves a converger (por ejemplo, diferentes narrativas, víctimas, perpetradores, y cuentas públicas), tienen el potencial de permitir el uso de tareas psicosociales que fomentan la reconciliación nacional”⁵ (p. 156).

En otra postura Uprimny et al. (2006) habla de uno de los mecanismos para reconstruir la verdad, como son “las verdades sociales no institucionalizadas, es decir, todas aquellas formas de reconstrucción de la verdad y preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales, tales como historiadores, periodistas, literatos y científicos sociales, entre otros” (p. 148); este difiere en cierta medida de la verdad judicial y la institucionalizada (comisiones de verdad) ya que se vale de los mismos medios pero sí sirve de complemento a estas.

En suma, de alguna u otra forma se pretende que los relatos de verdad lleguen a toda la sociedad, donde los primeros a obtenerla son las víctimas, quienes tienen una enorme necesidad de ella. Esto, en función de la efectividad de la verdad en el reconocimiento del dolor y sufrimiento por parte de ellas, que la constituyen como una forma de reparación simbólica cuyo campo de acción está precisamente ubicado en los casos de graves violaciones de derechos humanos. “El derecho a la verdad es parte, entonces, de un más amplio derecho a la justicia que tienen las víctimas de este tipo de crímenes” (Méndez, 1997, p. 6). Garantizar la efectividad de estos derechos hace parte de las obligaciones del Estado, como son el esclarecimiento de la verdad, que se procese a los implicados, el resarcimiento de los daños y también tomar las medidas pertinentes cuando fueron sus agentes quienes consintieron de alguna manera lo ocurrido; estas no son alternativas sino imperativos para el Estado, y es de aclarar que la obligación respecto de la verdad sigue latente cuando está incompleta, a pesar de haberse aplicado justicia sobre los perpetradores (Méndez, 1997); en ciertos casos puede que ya exista una sentencia condenatoria que responsabiliza a un individuo o grupo por un hecho dañoso, pero se sigue ahondando en lo ocurrido si la verdad está inconclusa, pues es prevalente satisfacer este derecho de las víctimas, para que en consecuencia se hagan efectivos los demás: justicia y reparación.

5. Texto original: “because truth commissions create a platform where key elements to converge (for example, different narratives, victims and perpetrators, and public accounts), they have the potential to enable the use of specific psychosocial tasks that foster national reconciliation”

Asimismo, la verdad es el punto de partida para la construcción de una memoria histórica individual y colectiva que permite rescatar las luchas por la dignidad humana y a la vez, es la base de la identidad nacional. (Guerra, 2005). Se busca que estas luchas se reivindicquen ya que los hechos victimizantes implican una violación a este principio de dignidad humana, que es un valor intrínseco a la persona y no es equiparable con ninguna otra cosa, y mucho menos tiene un precio (Kant, 1921). La verdad pasará entonces por el resarcimiento a ese daño en la dignidad de la persona, pues se habla de narraciones que pueden significar estructuración de memoria y con ello la reparación de una víctima que en un principio no se pensó posible.

La memoria histórica será vital en este punto y por ello hay que puntualizar un concepto de la misma siendo resultado de:

un proceso colectivo, de la creación de un lenguaje y significación común a los miembros de una sociedad de forma tal que, cuando vuelvan al pasado, lo hagan de forma combinada, dotándose a sí mismos de un sentido compartido de ciertos eventos que, poco a poco, se van constituyendo como parte fundamental de su identidad. (Aguirre, 2015, párr. 10)

Es posible edificar la memoria histórica a través de las acciones propias de las víctimas en comunidad, donde ellas trabajan en escenarios donde se esclarecen verdades sobre los hechos atroces del conflicto y donde se deja por sentado el hecho de que son víctimas y deben ser reparadas. Aún así, constituye un reto; como lo afirma Barrero y Salas (2010) la memoria histórica es una batalla contra el olvido que intenta acabar con los pilares de la identidad social, la verdad pública y la esperanza de la sociedad.

Como conclusión de este capítulo se puede decir que, en diversas ocasiones son las propias víctimas las que optan por dejar de lado la actitud marginada y pasiva e ir en búsqueda de nuevas formas de acción y participación (Delgado Barón, 2011), no solo dentro de los procesos judiciales de reparación, sino también a través de diversas formas de resarcimiento que nacen de la propia comunidad. Ese es precisamente el caso de la Casa de la Memoria de Tumaco, que se ha instituido como un ejemplo claro de un espacio creado por la misma comunidad y que “constituye un escenario propicio para la resignificación y dignificación que se enmarca en la construcción de una memoria reivindicativa que pone de manifiesto el dolor y el sufrimiento en la escena pública” (Carrizosa Isaza, 2010, pp. 36-56). En lo sucesivo se analizará dicho proceso de memoria histórica y resignificación.

2. La Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, un frente a la violencia en Tumaco

El Departamento de Nariño, es tal vez uno de los departamentos más golpeados por la violencia en Colombia. Ubicado en el suroccidente colombiano en la frontera con Ecuador, representa un territorio rico en recursos naturales y lastimosamente un provechoso puerto que abre paso al narcotráfico y el tráfico de armas. Tumaco es un pequeño municipio ubicado en este Departamento, el cual, sin duda, tiene una de las poblaciones más violentas en el país. Su cercanía con el Pacífico, la espesa selva tropical y la riqueza de sus recursos naturales es un caldo de cultivo de bandas criminales que explotan la ubicación estratégica del municipio para la siembra y el procesamiento de coca, la explotación ilegal de oro, caucho, madera, el tráfico de armas, la extorsión, el secuestro entre muchos otros flagelos que aquejan a esta comunidad.

Todo esto llevó a Tumaco a convertirse en uno de los principales focos de violencia del conflicto armado en el territorio nacional, con presencia de grupos armados como disidencias de las FARC, bandas criminales organizadas y paramilitares, que controlan la explotación de minería ilegal, el narcotráfico y la extorsión en la zona desde hace décadas. Sumado a esto, se tienen los constantes enfrentamientos entre los mencionados grupos armados y el latente abandono estatal, que

llevaron a Tumaco a convertirse en el municipio con la tasa más alta de homicidios, casi tres veces la tasa a nivel nacional (130hph), tenía un elevado número víctimas por minas antipersonal y de micro-extorsión sistemática. Además, se convirtió en el municipio con mayor número de hectáreas sembradas de coca a nivel nacional. (Biel, 2018, p. 13)

A comienzos del año 2000 Tumaco se vio inmerso en la violencia, con ocasión de las disputas territoriales por las rutas para el narcotráfico que se daban entre los paramilitares y la guerrilla; eso empeoró para el año 2009 cuando las FARC en alianza con bandas delincuenciales se propusieron recuperar estas rutas mediante el plan *renacer*. Para hacer frente a esta situación, en el 2012 el Ejército Nacional ejecuta el *plan de guerra Espada de Honor* que generó un aumento de la tasa de homicidios para 2016, de setenta por cada cien mil habitantes, siendo exponencialmente más alta que la cifra nacional (Biel, 2018). Las cifras han sido alarmantes, pues se desencadenó una cultura de violencia en la que los más vulnerables quedaron atrapados, sin opciones y clamando por un amparo estatal que no llegaría. No solo los habitantes del municipio naturalizaron la violencia generalizada que se presentaba dentro del territorio, sino las poblaciones

aledañas que se acostumbraron a ver a los habitantes de Tumaco como una cifra de víctimas más (Verdad Abierta, 9 de septiembre de 2016).

De conformidad con las cifras oficiales dadas por el Registro Único de Víctimas, a mediados del año 2016, en el municipio de Tumaco había 89.921 víctimas registradas, de las cuales cerca del 90%, es decir 86.504 eran víctimas del conflicto; asimismo 77.833 eran víctimas sujetas de atención y 8.671 eran víctimas de distintos hechos victimizantes como desaparición forzada, homicidio o fallecidas que no están activas para atención. Por otro lado, cerca de 3.417 víctimas han sido reconocidas en sentencias judiciales. Estas cifras resultan alarmantes, considerando que, de acuerdo con las proyecciones de población reportadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, a 2016 el número de habitantes de Tumaco es 203.971, lo que indica que el 44% de la población ha sufrido algún acto victimizante (Molina, 2017).

La difícil situación de violencia que afronta hasta la actualidad el municipio de Tumaco, ha llevado a la comunidad a exigir justicia y reparación a un Estado que no ha hecho lo suficiente para detener la crisis de un territorio, donde aproximadamente la mitad de su población ha sufrido de manera directa o indirecta los flagelos del conflicto armado y de la violencia generalizada. Es por ello que desde la misma comunidad nacen iniciativas de reivindicación de derechos, justicia y autoreparación, esta última como determinación propia de las víctimas de emprender actividades para su reparación; espacios donde las víctimas pueden contar sus historias de dolor y sanar en compañía de otras personas que han vivido situaciones similares. Quizá el ejemplo más claro de ello es la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, que surge como un espacio de “construcción de paz y de educación en el respeto a los Derechos Humanos. Permite a las víctimas empezar a reconocerse como sujetos de derechos, en un lugar donde encuentran acogida y espacios para conversar” (Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, 2018).

La Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense nace el 19 de septiembre de 2013, como una iniciativa de memoria histórica impulsada por la Diócesis de Tumaco después de 14 años trabajando por la memoria y la reparación con las víctimas del pacífico. La Diócesis de Tumaco a través de la Pastoral Social, tiene vasta experiencia en el trabajo comunitario, considerando que Tumaco es uno de los municipios más golpeados por la violencia, el trabajo que realiza la diócesis del municipio es realmente destacable.

Por lo anterior, es importante traer a colación que fue la pastoral social a través de la Comisión de Verdad y Justicia, quienes impulsaron el proyecto de la Casa Museo de la Memoria del Pacífico Nariñense en el año 2013, cuyo objetivo primordial es crear un espacio abierto a la comunidad que promueva una cultura de construcción de paz, respeto y defensa por los derechos humanos.

Cabe resaltar que la persona a cargo de la pastoral social que impulso este proyecto fue la hermana Yolanda Cerón, una mujer entregada al trabajo por la comunidad y dedicada a una ardua labor de promoción de derechos humanos y cultura de paz, quien se encargaría de denunciar las constantes violaciones de derechos en el territorio, los homicidios, secuestros, desapariciones, amenazas, atentados, y por supuesto la realización de un constante trabajo con las numerosas víctimas que dejaban los actores del conflicto y de la violencia; los mismos que atentaron contra su vida y le provocaron la muerte en el año 2013 en un intento por apagar la luz de esperanza que poco a poco se había plasmado en los habitantes de Tumaco. El acto se atribuyó al Bloque Libertadores del Sur de las AUC a la cabeza de Guillermo Pérez Alzate alias “Pablo Sevillano” y las investigaciones aún persisten en tanto desde el Ministerio Público se consideró que dentro del proceso no se esclareció a cabalidad la verdad de los hechos (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, 110016000253200680450, 2014).

No obstante, este hecho violento no logró su cometido y contrario a ello sentó con más fuerza las bases de un proyecto que actualmente es un símbolo de fortaleza para una comunidad azotada por la violencia generalizada. Así es como surge y se establece el primer proyecto de memoria del pacífico nariñense con una serie de objetivos dispuestos para hacer frente a la difícil situación de los habitantes del territorio.

2.1. El papel de la Casa de la Memoria en la comunidad

La Casa se ha convertido en un lugar de cultura, donde habitualmente se realizan actos simbólicos que nacen de la misma comunidad y que son el medio que han encontrado las víctimas para ser escuchadas y sanar sus heridas. Es importante resaltar que es un proceso que tiene como comienzo la restauración de un sentido de pertenencia hacia las propias raíces del pueblo tumaqueño, valorizando la riqueza cultural y las reivindicaciones de las comunidades afro, generando así un entendimiento del contexto y del conflicto que afrontan para atender las consecuencias de ello. Con lo anterior, es menester traer a colación que la Diócesis de Tumaco, y la Casa de la Memoria han trabajado fuertemente en:

La reivindicación de las víctimas, el fortalecimiento de los lazos comunitarios y el rescate de las tradiciones, como estrategias de resistencia y lucha. A través de una serie de iniciativas de las que destacan: la galería de la memoria (exposición de fotografías de víctimas), las calles de las cruces o cementerios (monumentos), las misas, los faroles por la memoria, la maratón por la paz, obras de teatro, la sentencia a favor de Yolanda Cerón y la ayuda emocional a las víctimas. (Molina, 2017, p. 137)

Todas estas labores no podrían llevarse a cabo sin una organización dentro de la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, que está distribuida entre los voluntarios que trabajan para los diferentes proyectos, algunos como gestores de Memoria. Hay dos grupos principales: primero está el grupo de jóvenes de la Casa de la Memoria, que son jóvenes estudiantes que llegan a cumplir su servicio social obligatorio. Muchos de los jóvenes que participan ayudando a la comunidad encuentran esta actividad como una mejor manera de invertir su tiempo, y algunos se quedan dentro del proyecto para trabajar de forma permanente con la Casa.

El otro grupo que funciona dentro de la Casa y tal vez el que más impacto genera dentro de la comunidad, es el grupo de *Amigos de la Casa de la Memoria*, al que pertenecen varias víctimas de la violencia en el municipio y a quienes se debe tal relevancia. Estas personas llegaron por diferentes razones, algunos habitaban las veredas y zonas rurales de Tumaco y las localidades aledañas, acudiendo a la Casa cuando fueron desplazados de sus hogares después de haber sufrido hechos victimizantes. Es un grupo pequeño, de apoyo y solidaridad entre sus integrantes, motivados por la iniciativa de ayudar a los demás. Igualmente existe un pequeño grupo de mujeres tejedoras que son todas víctimas que han perdido a sus familias a causa de la violencia y que hoy se apoyan emocionalmente entre sí, y además generan proyectos para su sustento económico, que les empodera y les ayuda a seguir adelante (Casa de la Memoria, 25 de enero de 2019).

En suma, actualmente este lugar de memoria es mucho más que un museo; se ha convertido en un espacio para recibir a toda la población donde se genera un compartir de ideas, sentimientos y proyectos para la comunidad.

Los espacios de la casa están diseñados para abarcar distintas dimensiones de la vida en Tumaco: hay un espacio que le rinde tributo a la cultura pacífica, su historia y tradiciones culturales, en un segundo espacio se encuentran las fotografías de las víctimas del conflicto armado en la región, allí familiares y amigos se acercan a dejar las fotografías de quien quieren conservar la memoria, por último la Casa rinde un homenaje a los líderes y lideresas que

han trabajado para hacer de Tumaco un verdadero paraíso a la orilla del mar. (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018)

La primera sala de la casa está dedicada a la cultura afro, en aquella sala se evoca la importancia de no perder las raíces, las mismas que se han visto gravemente deterioradas por el mismo conflicto armado y por la cultura del dinero fácil producto del narcotráfico. Lo que se busca con esta sala es precisamente evidenciar a través de murales y constantes actos culturales, la importancia de rescatar las tradiciones de la región como la partería tradicional, como la conchería, peinados afrocolombianos, los arrullos, la marimba de chonta y tradiciones que, aunque están vivas, tienden a desaparecer. También se realizan actos culturales como velorios, conmemoraciones del día de la abolición de la esclavitud, del día de la afrocolombianidad y otros semejantes (Pastoral Social, 2019).

La sala está encabezada por una serie de murales que hacen alusión a la cultura afro, asentada en el territorio desde mucho tiempo atrás, pintando sus luchas y lo que han logrado desde entonces como una comunidad fuerte que sobrelleva la adversidad y la supera sin titubear. Igualmente, se resalta la concepción de familia extensa como aquella unida por lazos más allá de los vínculos consanguíneos. Todo esto con el fin de empoderar a todo el que entra, enseñándole que es fuerte y, sobre todo, que no está solo. Y es que se debe resaltar que el acto de enaltecer la cultura afro es por sí mismo un acto de resistencia, toda vez que es indudable como esta cultura fue golpeada por el conflicto, por la violencia generalizada y por el narcotráfico, en un escenario donde los grupos armados muchas veces se llegaron a prohibir la realización de actos culturales como arrullos y velorios:

Para mí un arrullo es algo muy poderoso, el bombo y los cantos nos convocan, nos reúnen, nos llenan de energía y de espiritualidad. Yo creo que por eso los paramilitares prohibieron los velorios y los arrullos, porque sabían que eran nuestra fortaleza. Lina Peña, 2019. (Pastoral Social, 2019, p. 13)

Los murales pintados en la primera sala evocan sin duda la cultura afro; buscaron a través de ellos representar “lo nuestro”, el primero de ellos cuenta en un mismo mural el mito fundacional de Tumaco, en el cual se narra cómo surgió el territorio; asimismo relata el suceso conocido como el Tumacazo donde la población, cansada del olvido y abandono por parte del Estado exigieron la independencia de Tumaco; el mismo mural cuenta también el inicio del carnaval del fuego, celebración que inició con la llegada de la primera máquina de bomberos al municipio; igualmente se exponen las actividades campesinas tradicionales de pesca, agricultura y

minería artesanal. A través de los murales que se busca reactivar el sentimiento de apropiación, la emocionalidad que implica reconocer algo como propio, como parte de uno mismo. Se puede mencionar otros dos murales que fueron pintados en la casa; el primero refleja los

saberes tradicionales como los de la partería, los sobanderos y yerbateras se instalan en el imaginario colectivo como los poseedores y representantes de la ancestralidad. En esta pintura se representa también el entierro del ombligo, ceremonia que se realiza al nacimiento del niño y que vincula a cada individuo de la comunidad con el territorio. (Randazzo, 2019, p. 78)

Enseguida se observa el gran árbol de la familia cuyo objetivo es mostrar y explicar el concepto de familia extensa, unida por aquellos lazos que no dependen de la consanguinidad, sino que se constituyen a partir de los actos o ceremonias que se realizan desde el nacimiento, y que lastimosamente se han truncado por fenómenos como el desplazamiento y desterritorialización de la población, pero que se vuelven la fortaleza de la gente en tiempo de dificultad (Randazzo, 2019).

Siguiendo el recorrido, se encuentra el segundo cuarto que es uno de los pilares de la Casa, y la razón por la que todos la conocen y quieren visitarla; son las más de setecientas fotografías de las víctimas de la violencia: los rostros de los inocentes que no lograron volver. Resulta impactante a la vista el sólo hecho de cruzar la puerta y encontrarse con ello y más aún el mensaje de conciencia que se genera, que siembra una reflexión en todo visitante de la Casa, y se trata de romper el pensamiento colectivo de indiferencia asumiendo el dolor de los demás como propio y de esa manera contribuir a sanar las heridas de todo un pueblo.

El propósito de la exposición de las fotografías es brindarles a las víctimas de la violencia un espacio de reparación simbólica, un lugar de apoyo moral para los familiares de los caídos, y un espacio de resignificación y dignificación de las personas que han sido víctimas de la guerra y el narcotráfico.

Por último, está la sala de la conciencia, que es un lugar donde las personas que visitan la sala pueden digerir todo lo que han visto hasta el momento en la Casa, hacer conciencia, encontrar conclusiones reales acerca del conflicto y sus víctimas. La sala está encabezada por una casa literalmente *patas arriba*, cuyo objetivo es cuestionar al visitante y despertar el sentimiento de que este nivel de violencia que vive Tumaco no es normal.

Conforme a lo anterior se encuentra que, las labores de la Casa especialmente van dirigidas hacia la construcción de la memoria colectiva de

toda una región, empezando por su vínculo con el territorio que habitan y seguido del estudio de sus raíces y las reivindicaciones que poco a poco su pueblo ha conseguido; todo esto en razón de la paulatina desnaturalización de su propia identidad producto de la violencia generalizada que hoy sigue siendo característica de Tumaco. De ello deriva que la mayoría de las actividades de la Casa están dirigidas y realizadas por y para los jóvenes del municipio, para generar en ellos no solo conciencia de lo que diariamente ocurre, sino para que adquieran la iniciativa de trabajo por su comunidad. Actividades como la adecuación de las instalaciones de la Casa e incluso las jornadas de limpieza de las playas y las zonas verdes de la localidad, gestan en quienes las realizan y en la comunidad en general un sentido de pertenencia con los lugares que diariamente transitan, y ello reconstruye su identidad.

La Casa de la Memoria se ha convertido en un ejemplo de trabajo con víctimas de la violencia y que convoca a la comunidad y a distintas organizaciones a conocer sobre las graves violaciones de derechos humanos que se han presentado en Tumaco y municipios aledaños. Es a través del trabajo inclusivo especialmente con mujeres y jóvenes lo que ha permitido desarrollar los objetivos de dar visibilidad y sensibilizar a la sociedad acerca de los hechos victimizantes además de dar a conocer los testimonios de las víctimas, contribuyendo a la construcción de una conciencia para la no repetición (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2018). Sin duda una labor contundente dentro de la construcción de la memoria histórica de toda una región.

2.2. La misión de verdad y memoria

Uno de los quehaceres más relevantes dentro de la Casa siempre será el trabajo directamente con las víctimas, empezando por la ardua labor de esclarecer la verdad de los hechos victimizantes; la mayoría de las víctimas de la violencia en Tumaco viven en una constante incertidumbre pues tienen conocimiento de que existió un acto violento que les arrebató a sus seres queridos y su hogar, pero no saben el por qué o quienes fueron los autores, lo que les pone en un estado de vilo constante. Al respecto, Radzik y Murphy (2015) en su trabajo sobre la reconciliación explican la relevancia de la verdad cuando se trata de víctimas:

Sobrevivientes y víctimas individuales repetidamente son incapaces de moverse en su incertidumbre sobre hechos cruciales en el pasado. ¿Qué les pasó precisamente a sus seres amados?, ¿Sufrió?, ¿Quién exactamente cometió el

acto de violencia?, ¿Quién dio la orden?, ¿Dónde está el cuerpo enterrado?⁶
(p. 11)

Así, dentro de la Casa los grupos de apoyo poco a poco han reconstruido las historias de cada uno de los que participan en ellos, partiendo de los relatos de las experiencias personales que se compilan en todo un contexto histórico de la región. Este proceso muchas veces se lleva a cabo sin ayuda estatal o intervenciones de entidades con funciones afines, simplemente se da en los encuentros que se llevan a cabo en la Casa, con la ayuda de los voluntarios o gestores de memoria. Aquí no solo se habla de los hechos victimizantes, sino que se da un diálogo entre el presente y el pasado, y cómo se sobrellevan en un nuevo contexto de vida, dando paso a una efectiva reconciliación, teniendo en cuenta que:

La reconciliación no es un hecho aislado, pero si una constante en preparación para dejar la tiranía de la violencia y el miedo atrás, no es un evento sino un proceso, y como tal uno difícil, largo e impredecible, que incluye varios pasos y niveles⁷. (Bloomfield, Barnes, Huyse, 2003, p. 19)

En un análisis un poco más teórico, dentro de esos pasos se habla de la importancia de la verdad en el camino hacia la empatía, estableciendo que “Contar la verdad también es una condición previa para la reconciliación, porque crea oportunidades objetivas para que las personas vean el pasado en términos de sufrimiento compartido y responsabilidad colectiva”⁸ (Bloomfield et al, 2003, p. 21).

Muchas de las víctimas no tuvieron la oportunidad de saber las razones y la verdad de los cometidos, aún en el marco del proceso de Justicia y Paz de 2002⁹, por ello el desarrollo de este diálogo resulta vital para que hoy puedan sobrellevar el dolor; si bien no es una comisión de la verdad, se acerca a cumplir una de las funciones de estas, como es el esclareci-

-
6. Texto original: Individual victims and survivors often find themselves unable to move on when they are uncertain about crucial facts of the past. What precisely happened to their loved one? Did she suffer? Who exactly committed the violent act? Who gave the order? Where is the body buried?
 7. Texto original: Reconciliation is not an isolated act, but a constant readiness to leave the tyranny of violence and fear behind. It is not an event but a process, and as such usually a difficult, long and unpredictable one, involving various steps and stages
 8. Texto original: Truth-telling is also a pre condition of reconciliation because it creates objective opportunities for people to see the past in terms of shared suffering and collective responsibility
 9. El proceso de Justicia y Paz hace referencia al mecanismo de justicia transicional establecida en el marco de la desmovilización de los grupos paramilitares en Colombia, producto de los diálogos iniciados en el año 2002, iniciando el período presidencial de Álvaro Uribe Vélez que culminó con la expedición de la Ley 975 de 2005 que en inicio buscaba satisfacer los derechos de verdad, justicia y reparación para las víctimas de los paramilitares, no obstante la falta de garantías judiciales dejó completamente en un plano relegado a las mismas, razón por la cual los puntos débiles del proceso tienen repercusiones hasta la actualidad (Sanches, 2011). Ver Informe Justicia y Paz los silencios y los olvidos de la verdad del Centro de Memoria Histórica.

miento de la verdad de los hechos victimizantes, contribuyendo a que las personas injustamente puestas en situación de vulnerabilidad construyan un nuevo proyecto de vida. A partir del trabajo de formación de una verdad para las víctimas es como se abre camino para la cimentación de una memoria desde las experiencias de quienes participan del trabajo de la Casa de la Memoria. Los encuentros, charlas y demás actividades encaminadas a la resignificación y a la reparación de las víctimas y de la comunidad en general, ocasionan en un primer momento una memoria desde el plano individual que permea en la sociedad y adquiere un carácter colectivo.

Es por ello por lo que la tarea de la Casa de la Memoria de Tumaco resulta fundamental en el proceso de resignificación y reparación de las víctimas de la violencia. La participación de todos los integrantes de la Casa ha llevado a cabo docenas de actividades cada año, que generan gran impacto en la comunidad, desde servicio comunitario, hasta actos públicos de contenido simbólico y educativo, que son los pilares de este lugar de memoria, toda vez que es ahí donde se tejen los lazos comunitarios que se deben fortalecer en aras de encontrar formas eficaces de resarcimiento de sus derechos individuales y colectivos. La simple existencia de la Casa es una firme muestra de que los hechos, las personas y lo que representaban no serán dejados en el olvido, sino que se tendrán presentes por todos aquellos que cruzan sus puertas.

El trabajo de memoria ha rescatado también las tradiciones culturales que han sido y representan las fortalezas de la comunidad y su resiliencia durante los años del conflicto armado. Este trabajo busca cumplir el deseo de sostener la cultura y las tradiciones de la región Pacífica. Esto se ha ido desarrollando mediante convocatorias de grupos de danza, de arrullos, poesía, artistas juveniles modernos, orquestas y muestras de instrumentos tradicionales. También se han resaltado a través exposiciones fotográficas las acciones por la paz que muchas organizaciones de la región han hecho en el territorio. Todo eso ha contribuido al fortalecimiento del sentido de pertenencia y la identidad en la comunidad. Los ejercicios de memoria que se apoyan y fortalecen mediante la Casa de la Memoria han contribuido también a reconocer nuestra responsabilidad sobre lo que sucedió en pro de la reconciliación. (Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, 2018)

La memoria se edifica entonces desde el mero acto de exhibición de las fotografías de cientos de víctimas en un espacio que evoca el respeto de los visitantes, hasta los actos sentidos en los que participa la comunidad en general. Esto produce mucho más que la resiliencia a nivel personal, sino que dota de un nuevo sentido los episodios traumáticos generando una memoria de carácter colectivo. Es así como queda establecida una clara

labor en la construcción de la verdad en aras de enaltecer el derecho de las víctimas y de la población a la memoria, como camino hacia una garantía de no repetición de actos victimizantes. Pero en este punto surge un interrogante, y es si todo este trabajo tiene realmente un contenido reparador y resignificador para las víctimas, en contraste con las actuaciones estatales dirigidas al mismo objetivo y la eventualidad de acudir a la rama judicial, que será la discusión del siguiente acápite.

3. Experiencias reparadoras y su incidencia en la comunidad

Dentro de la Casa de Memoria del Pacífico Nariñense, como un lugar dedicado a las víctimas de la violencia en Tumaco, los actos de reparación están en la cotidianidad. En este punto es necesario abordar concretamente las acciones encaminadas a la reparación que se han llevado a cabo tanto al interior de la Casa, como las que se exteriorizan a las diferentes localidades. Es menester entonces, analizar a partir de las experiencias de quienes integran la Casa, las vivencias reparadoras a nivel individual y colectivo, así como su incidencia en la capacidad de pervivencia y fortaleza de las personas y la construcción de nuevos proyectos de vida personales y dentro de una comunidad.

En esta parte, el presente trabajo confronta la realidad de la comunidad tumaqueña, en cuya cotidianidad se halla esta Casa de la Memoria, ubicada en un barrio un poco apartado del centro del municipio, cerca de las zonas de pesca y el comercio de materiales industriales, son muchos y muchas los que diariamente pasan frente a la Casa, mirando de reojo su interior que llama la atención de grandes y chicos. A cada saludo de llegada, una o dos personas reciben a los nuevos visitantes con una sonrisa y brindan un recorrido por las instalaciones, mientras que aquellos que la frecuentan, entran y se ponen cómodos, como si se tratara de su propio hogar.

En el momento en el que se empezó a gestar la Casa de la Memoria, lo que se estableció desde un comienzo fue buscar la manera en que la comunidad creara lazos de cercanía y apropiación, es por ello que se adoptó la metodología de los museos comunitarios, ya que de esta forma se permite a las personas que han venido contribuyendo al proyecto, crear un vínculo directo y un sentimiento de cercanía y familiaridad con la casa.

Realizamos cinco talleres con víctimas y jóvenes durante los años 2013 y 2014. En los talleres se construyeron maquetas con los temas, colores y formas de casa sala; los participantes donaron fotografías, objetos e historias

que hoy son el patrimonio del museo. Zuly Y. Olaya, 2019. (Pastoral Social, 2019, p. 12)

A través de los talleres realizados se logró que la comunidad sintiera como propio el proyecto de la Casa de la Memoria, ya que fue por medio del trabajo encaminado por los mismos pobladores como se decidió estructurar la temática de la casa. Cabe mencionar que quienes integran la Casa han decidido no denominarla un museo, en tanto este término evoca la representación de un pasado inmóvil, situación completamente diferente al panorama de la sociedad tumaqueña cuya situación de violencia aún es latente (Pastoral Social, 2019). Así se pasa a comprender por qué este lugar de memoria se ha denominado como *casa*, pues quienes la conforman afirman que:

La palabra casa evoca un espacio familiar que alberga a diferentes personas, como jóvenes y víctimas, donde se reúnen de manera habitual para procesos de formación; dicha evocación además subraya la importancia de tener un espacio vivo y dinámico. Aunque una de las estrategias de la Casa de la Memoria son las exposiciones museales, no son la parte principal, ni su accionar se agota en ellas. (Pastoral Social, 2019, p. 12)

Es por ello que la estructura de la Casa, descrita anteriormente, logra que, al entrar en ella se sienta un ambiente de familiaridad y respeto, pero también de mucha sobriedad y culto. El rescate de la cultura afro y de las tradiciones resulta vital para entender y avanzar desde su propia historia. Para Marcela Randazzo, joven voluntaria de la Casa, este tipo de actos tratan de “Como tratar de derrotar esa violencia con nuestras raíces, nuestra alegría, con los bailes con la música... O sea que no se mire simplemente como Tumaco un municipio de violencia sino contrastar con esas cosas malas...” (Pastoral Social 2019, p. 13). De la misma manera, actúa el emblema de la Casa, el salón de las fotografías, pues lo que se busca es ayudar a las personas que no han sido víctimas a empatizar y colocarse en los zapatos de las personas que sí lo son, para que tomen conciencia de lo que ha sucedido en Tumaco y de esta forma concientizar que la violencia toca a todos; así, “las fotografías son necesarias en la Casa de la Memoria para que reposen allí, porque es una parte donde todo el mundo va a recordar, todo el mundo la va a ver como una persona de bien. Martha Camacho 2017” (Pastoral Social, 2019, p. 14).

Dentro de todas las fotografías expuestas, reluce la de Miller Angulo, quien fue representante de la Mesa Municipal de Víctimas de Tumaco y representante a la Mesa Nacional de Víctimas por Nariño. Fue asesinado

en el 2013 y su vida reposa en la Casa de la Memoria; este es el relato de su madre Nereida:

A mí me da mucha satisfacción saber que mi hijo está aquí en la Casa de la Memoria, que en algún lugar se recuerda lo que él hizo por Tumaco, mucha gente lo quiere y cuando lo ven a veces vienen y me cuentan que ellos también lo conocieron y eso es bonito. (Pastoral Social, 2019, p. 14)

Para los visitantes que no han sido víctimas, este espacio permite una sensibilización ante el dolor de las víctimas y sus familiares y para los actores armados del conflicto se abre un espacio de entendimiento hacia ese *otro* que en medio de la guerra ha sido deshumanizado:

Hace un tiempo visitaron la CM unos militares y cuando llegaron a la sala de las víctimas llegaron con un poco de desconfianza. Dijeron: “bueno aquí hay muchas víctimas, pero muchos serían guerrilleros”. Pero tras ver los rostros de más de 700 personas y escuchar los relatos, incluidos varios de niños asesinados, expresaron “Hijoeputa, cuanto dolor, esta guerra tiene que parar. Ellos quedaron sensibilizados. Zuly Johana Olaya, 2019”. (Pastoral Social, 2019, p. 15)

Es preciso que a través de las experiencias mencionadas se destaque la importancia de esta sala, ya que se puede dimensionar las pérdidas que ha dejado la violencia en Tumaco, no a través de cifras o gráficas, sino a través de los rostros de las personas que cayeron víctimas de la guerra. Este es un espacio de recogimiento y profundo respeto donde las víctimas dejan ofrendas y los relatos de quienes fueron esas personas en vida y que su retrato hoy reposa en la Casa de la Memoria; es en esta sala donde los comentarios como “algo habrá hecho”, “por algo sería”, “seguro era guerrillero”, quedan sin ningún valor. Ello lo evidencian Fonsilla & Betancourt (2016) citados por (Randazzo, 2019), en algunas declaraciones de víctimas:

Quiero que el recuerdo de mi hijo esté expuesto en un lugar bonito, esta casa de la memoria es lo mejor que podían haber inventado (...) Me gusta que la foto de mi hijo esté aquí porque sé que aquí será recordado y eso me consuela. Veo su foto, así como él era, no es como en el cementerio donde sólo están los huesitos, la foto es como si estuviera vivo (p. 82).

Finalmente cabe mencionar la experiencia de transitar por la sala donde reposa la *casa patas arriba*, aquella encargada de generar conciencia en cada visitante:

La parte que tu sales de la sala de la violencia y entras como a esa casa patas arriba, creo que fue como algo que me conmovió mucho porque digamos es

como la violencia en serio da un giro de 180 grados de todos lo que la padecen, la sufren y la viven (...) muestra el trastorno que ha generado en las víctimas o sobrevivientes de la violencia y en cualquier colombiano el hecho de normalizar prácticas violentas. Entrevista a visitantes de Marcela Randazzo, 2019. (Pastoral Social, 2019, p. 15)

Otro visitante expresa: “La casa me indica que la cotidianidad fue alterada, la gente sigue viviendo, pero en medio de balaceras, de amenazas y asesinatos, lo que ha cambiado las relaciones cotidianas, como la confianza y el conversar libremente. Ulrike Purrer, 2019” (Pastoral Social, 2019, p. 15).

En sí mismo lo que busca la Casa, no solo es sensibilizar a las personas que la visitan sino invitarlas a tomar conciencia y a actuar de frente para detener la guerra, para parar la violencia, para deslegitimar a los violentos y al fin encontrar la paz,

(...) nuestro énfasis principal es “¿qué hacer frente a esto? ¡Movilicémosnos! hagámos algo! Actuemos, no nos quedemos parados, construyamos la paz no seamos indiferentes” (...) esta sala que estamos aquí muestra todas esas luchas (...) todos los consejos, las mujeres, los artistas, los movimientos cívicos, los movimientos campesinos, todos esos movimientos, es como un querer decir: “miren cuanta gente hay movilizándose por la paz”. (Randazzo, 2019, p. 83)

Indudablemente todo visitante que llega a la Casa experimenta un conjunto de situaciones que le imprimen la idea de ser parte de una ciudadanía promotora y respetuosa de derechos humanos y consciente de los peligros y consecuencias del empleo de vías violentas, así como critica y activa al cambio (Pastoral Social, 2019). Y para las víctimas es un segundo hogar mediante el cual han encontrado otra perspectiva de vida:

Para mí la Casa de la Memoria es como mi casa, es un lugar donde siento ánimo, me gusta que la foto de mi hijo esté allí, me gustó escribir su historia para que todos conozcan quién fue él. Pero sobre todo siento que allí hay personas que me escuchan y un grupo de amigos con los que me reúno cada quince días, e incluso una abogada que me ha ayudado para los temas de reparación. Alejandra, víctima. (Pastoral Social, 2019, p. 13)

De eso mismo es que se trata todo el proyecto: de reparar y hacerlo de manera que abarque a cada individuo, pero también a toda la comunidad; es así como la reparación colectiva debe comprender todos los componentes que constituyen la reparación integral. Esto es verdad y justicia, lo que “implica identificar el daño sufrido y los impactos económicos, sociales,

políticos, culturales y ambientales; establecer lazos comunitarios y formas de organización y reconstrucción del tejido social, recuperar la confianza individual y colectiva” (Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2014, p. 8).

Entre tanto, se tiene también a Paola Gómez quien es socióloga y fue gestora de memoria en la Casa; ella ha trabajado en la realización de diferentes actividades encaminadas precisamente a la construcción de memoria y al fortalecimiento de los lazos comunitarios:

Cada año buscamos conmemorar diferentes fechas, por ejemplo el 9 de abril, día en el que se hace una actividad en algún sitio de Tumaco con el objetivo de conmemorar el día de la memoria y solidaridad con las víctimas; una de las actividades más bonitas fue aquella que se llevó en el sector de La Playita, cerca al morro; toda la preparación duró un mes y en acompañamiento de muchos grupos de víctimas amigos de la casa que participaron realizando un farolito; ese farolito tenía escrito mensajes, canciones, fotografías, y el objetivo era lanzarlos al mar como una forma de duelo, y de sensibilización, para que las personas cuando la vean se den cuenta que esta violencia ha sido dura y nos ha tocado a todos como tumaqueños, la experiencia fue muy impactante, pero bonita y con mucho significado, porque además de las agrupaciones y los amigos de la casa, también llegaron personas de las comunidades que no tenían víctimas pero que querían participar y acompañar. También el 21 de mayo el día de la afrocolombianidad realizamos un arrullo, se toca instrumentos, se baila, pero a las 12 se conmemora a los líderes que han sido asesinados, entre ellos la hermana Yolanda, Felipe Cerón, Francisco Hurtado, quienes fueron líderes que lucharon especialmente por la titulación colectiva alto mira y frontera y así distintos líderes que han sido asesinados y que fueron muy fuertes en su lucha. Y uno los escucha y nos dicen que estos actos los llena porque hasta el momento ellos de cierta manera se sienten ignorados por la sociedad quien muchas veces es indolente y se muestra parca ante la violencia sistematizada y normalizada en Colombia y especialmente en Tumaco. (P. Gómez, comunicación personal, 27 de febrero de 2019)

De acuerdo a lo relatado por Paola, la casa se convirtió en un espacio pedagógico de sensibilización para las personas que apenas conocen del proceso, y para quienes trabajan y participan en él con grandes y pequeñas acciones. Se vuelve parte de la vida de quienes trabajan en ella, al punto de ya no querer dejarla, pues los cambios que se observan a nivel de la población hacen que todo el trabajo duro rinda frutos. Es claro que, para llegar a estos grandes actos, siempre existe un comienzo a escala más pequeña, que forjó el camino de la reparación y todos los que hoy comparten sus experiencias de superación, tuvieron que pasar por un largo proceso en el que reconstruyeron sus vidas. Estas personas fueron o son miembros

del grupo de apoyo a las víctimas, los “Amigos de la Casa de la Memoria” y fue a partir del pequeño grupo que se dio inicio a los actos reparadores que hoy están extendidos por toda la comunidad. Una de las experiencias más relevantes la narra Lina Viviana Peña, estudiante de psicología y gestora dentro de la Casa:

Un nueve de abril, en una ocasión, sin la presencia de muchas personas, únicamente entre el grupo hicimos la reparación de un “potro” (una canoa) (está ubicada en la sala de reunión de la Casa), fue muy bonito porque ese potro tiene mucha historia, le perteneció al esposo de una integrante del grupo, ellos perdieron a 4 de sus hijos de forma violenta; y ese potro lo había acompañado por muchísimo tiempo cuando vivían en su vereda. Estaba dañada y por eso lo donaron para repararlo con el grupo. Más que el hecho de repararlo era la simbología, esa reparación simbólica de poder “reconstruirnos juntos”. Fue muy chévere porque ellos pudieron haberlo hecho solos con su familia, pero lo hicimos con todo el grupo, cantando, bailando y aportando lo que cada uno podía, incluso aprendiendo, como en mi caso. Esto fue muy bonito porque nos abrió paso para hablar de la reparación simbólica en concreto, porque, aunque la vivimos, no teníamos los conceptos claros. Hoy es una pieza para el museo. (L. Peña, comunicación personal, 27 de febrero de 2019)

Este es un claro ejemplo de actos simbólicos dotados de un alto contenido significativo y reparador para quienes los presencian; como afirman las personas que trabajan en la casa, y también muchos de sus visitantes “los grandes cambios comienzan con los pequeños gestos” y ello fue el motivo para llevar esos actos íntimos de reparación a gran escala, por lo que la Casa se puede considerar como el centro para la reparación individual y colectiva de Tumaco, y encajar así en la categoría de *litigio estético*¹⁰ que implica “la incorporación del patrimonio cultural propio de las víctimas, que se manifestaba a través de prácticas culturales propias de la comunidad” (Sierra León, 2018, p. 12). Los procesos de reparación simbólica son de gran impacto en la comunidad y demuestran que el trabajo organizado desde la Casa en apoyo con organizaciones sociales y personas que trabajan en pro de la construcción de paz y verdad logran alcanzar su objetivo de construir y fortalecer la unión comunitaria, resignificar y reparar a las víctimas y de cierta manera sensibilizar a las personas respecto del fuerte

10. Yolanda Sierra León introduce los términos de *litigio estético* y *litigio artístico* dentro de la reparación simbólica, dando preponderancia al papel del arte en este tipo de acción reparadora; así el litigio estético implica la existencia de un patrimonio cultural (declarado o no por el Estado) edificado por las víctimas mediante sus actos, expresiones, símbolos y tradiciones. El litigio artístico implica la existencia de una obra de arte que retrate las vulneraciones de derechos humanos, vistas no desde los ojos de las víctimas, sino desde la perspectiva de un artista de cualquier disciplina.

impacto de la violencia, en donde, no es posible que ello quede en el olvido.

La reparación colectiva viene cargada de significado y se le atribuye su relación con la dignidad, la sanación del dolor, la verdad, la resignificación de las víctimas y el reconocimiento público de la responsabilidad de los actores, la justicia, la verdad, enfatizando que, si bien se puede reparar y resignificar algunos hechos, la muerte, o la desaparición forzada de un ser querido no tiene vuelta de hoja.

3.1. Justicia y reparación en la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense: acceso de los grupos de víctimas a la jurisdicción

En tanto ya se ha dejado por sentado que la reparación y el acceso a la justicia son derechos de las víctimas, cabe analizar si dentro de la Casa existen casos que hayan sido llevados ante un juez, y de esta forma analizar qué mecanismos se utilizaron en pro de la reparación integral de las víctimas y si resultan realmente eficaces y aterrizados al contexto en el que se encuentran.

Para tratar este último aspecto se debe abordar uno de los principales problemas encontrados, el cual se centra en establecer si realmente las víctimas de la Casa de la Memoria sienten que las providencias judiciales que se dictan por jueces de la República en realidad son contextualizadas y obedecen a las verdaderas necesidades y enfoques étnico-culturales de las víctimas y su comunidad. En este aspecto se debe tener en cuenta que las tradiciones del pueblo tumaqueño se han visto afectadas por la violencia generalizada y es por ello que dentro de los procesos de reparación impulsados dentro y fuera de la Casa de la Memoria, como los que se han mencionado con anterioridad, se ve reflejado el esfuerzo por rescatar esa parte de la cultura, no obstante no se evidencia lo mismo en las providencias judiciales.

Los enfoques de reparación de las sentencias no son étnicos y también desconocen muchas veces los procesos que ya hay en los territorios y que esas reparaciones podrían apoyar, pero se quedan en cosas puntuales, descontextualizadas étnicamente, con poco conocimiento de cuál es la cultura étnica y por lo tanto que es lo que una reparación podría ser en esa cultura. (J. Fonsillas, comunicación personal, 30 de julio de 2019)

Otra problemática radica en el acceso a la justicia y en este punto hay que traer a colación que la Diócesis de Tumaco es quien se ha encargado en contadas ocasiones de realizar campañas de asesorías jurídicas a la población, de estas jornadas lastimosamente solo quedó una voluntaria

que generalmente los días sábados acude a la Casa y brinda asesoría a las víctimas. De acuerdo con los gestores de memoria, son dos o tres las víctimas que actualmente han llevado sus casos ante la justicia mediante el mecanismo de reparación administrativa, sin conocer aún resultados o algún avance del proceso que cursa en los juzgados administrativos del municipio de Tumaco, siendo de poco conocimiento al público por petición de las mismas víctimas. De ello se puede evidenciar que son muy pocas las víctimas que acuden a la judicatura, aun cuando es su derecho y las autoridades competentes debieren brindar los medios para garantizarlo a cabalidad.

Aun así, de los pocos casos que los miembros de la Casa conocen, siendo la mayoría producto del proceso de Justicia y Paz que acompañó la desmovilización de los grupos paramilitares, ninguno de ellos ha sido dotado de un mecanismo diferente a la simple reparación pecuniaria o un acto simbólico que realmente llegue a la comunidad. Respecto de ello, Lina Peña comenta:

Claro, es importante la reparación económica, pero no es lo único y que hay otras acciones mucho más importantes para las víctimas; por ejemplo, en el caso de los asesinatos, sabemos que no va a volver esa persona, pero también está el hecho de la memoria y de la forma como se la recuerda que es tan importante, escuchar su historia es muy importante para ellas y para nosotros. (L. Peña, comunicación personal, 27 de febrero de 2019)

Existen entonces claras falencias respecto del acceso a la justicia de las víctimas, por lo que muchas de ellas no han recibido una reparación siquiera económica por parte del Estado y probablemente no la recibirán, puesto que la falta de confianza en el sistema judicial les lleva a mantenerse al margen de los procesos e incluso a abstenerse de iniciarlos. De otro lado, está la emisión de sentencias descontextualizadas que lejos de brindar una reparación integral a las víctimas, se convierten en letra muerta una vez emitidas. Un ejemplo de ello es la misma sentencia que condenó al bloque libertadores del sur, entre otros por el homicidio de la hermana Yolanda Cerón, en la que se exhorta a la Gobernación de Nariño, Alcaldía de Tumaco y Ministerio de Cultura al sostenimiento de la Casa de la Memoria, además de las disposiciones de la Corte Constitucional respecto del lugar de memoria; pues en poco o nada se han involucrado estas instituciones, por lo que hoy en día el 95% de los recursos para el sostenimiento de la Casa provienen de proyectos de cooperación internacional, lo que implica que la Casa y quienes trabajan en ella, siguen dependiendo plenamente de

la Diócesis de Tumaco y de algunas fundaciones y organizaciones internacionales que envían su apoyo esporádicamente.

Entre las agencias de cooperación internacional que apoyan la Casa se encuentran: La Asociación de Cooperación para el Desarrollo (AGEH), que es un grupo especializado de católicos alemanes que trabajan para la cooperación internacional; el Servicio Civil para la Paz (SCP) fomentado por el Gobierno Federal Alemán para la prevención de la violencia y promoción de paz en sitios de conflicto; y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo que opera en el país y hace parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España (J. Fonsillas, comunicación personal, 30 de julio de 2019).

A pesar de que la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense es una medida de reparación, uno de esos procesos que se construye diariamente mediante actos simbólicos y formativos que nació desde y para la comunidad, y así lo contempla la mencionada sentencia, no se tuvieron en cuenta previsiones adecuadas para que las autoridades municipales cooperen con el desarrollo del proyecto, lo que técnicamente le resta efectividad a una providencia judicial en esencia reparadora.

Para José Luis Fonsillas, director de la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense, quien trabaja en el proyecto desde sus inicios junto con Johana Quiñones, la reparación no es solamente un acto puntual como la construcción de un monumento que al poco tiempo se olvida y deteriora, sino que es todo un proceso cuyo desarrollo no se detiene, que nace desde las víctimas, quienes trabajan día a día en ello¹¹; así los actos simbólicos dotados de contenido reparador y resignificador no pueden ser tomados como aislados, sino como partes dentro de ese proceso.

Ese acto de las balsitas si fue bonito, pero resaltar actos puntuales que duran 3 horas no me parece coherente con lo que dije antes, se recomiendan procesos y creo firmemente en eso; yo resaltaría uno, y es con el grupo de víctimas y allí muestra como personas que han sido muy, muy afectadas por la violencia, en estos procesos recobran su dignidad, se vuelven actores de cambio, protagonistas de sus vidas y protagonistas también de hacer actos como el de las velitas, organizándolo ellas, no siendo simplemente invitadas. Entonces con la organización activa de actos simbólicos ellas se convierten en gestoras

11. Dentro del trabajo con víctimas destaca la iniciativa de mujeres que se convirtieron en gestoras de paz y adelantan acciones en pro de reivindicar sus derechos y los de otras y otros que sufrieron al igual que ellas el flagelo de la guerra; este tema se aborda en el trabajo *Iniciativas de mujeres gestoras de paz en Colombia*, tesis elaborada por Mónica Rodríguez para la Universidad del Rosario. Igualmente destacan algunos textos de la Ruta Pacífica de las Mujeres, movimiento de gestoras de paz a nivel nacional: *La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia* (2013), *Corazón, cuerpo y palabra* (2017).

y no en víctimas pasivas, ya sea del hecho violento o personas pasivas receptoras de ayuda. (J. Fonsillas, comunicación personal, 30 de julio de 2019)

Son todos estos aspectos los que convierten a este lugar de memoria en algo más grande, que desborda todos los alcances que se pensó en un inicio podría llegar a tener, pues hoy en día es el monumento para la comunidad Tumaqueña; una escuela que forma defensores de derechos humanos y jóvenes dispuestos a trabajar por su territorio, un museo que guarda la memoria colectiva de todo un pueblo, un lugar de ayuda para quienes lo necesitan y un símbolo de reparación, una forma de reparación individual y colectiva, dotada de símbolos representativos, que rescata, dignifica, resignifica y reconstruye los cimientos de todo un territorio que ya no está dispuesto a agachar la cabeza ante el flagelo de la violencia.

CONCLUSIONES

Resignificación y memoria son los ejes principales de la Casa de Memoria del Pacífico Nariñense; en el presente trabajo se profundizó en lo que significa la construcción de un nuevo proyecto de vida para una víctima desde las cenizas de un pasado violento y cómo mediante procesos que van desde la introspección hasta el diálogo comunitario se es capaz de generar y transmitir una resiliente lucha por la paz y contra la impunidad. De igual manera se trata el tema de la verdad, como uno de los derechos de las víctimas, y se puede concluir que es el más importante, en tanto de este se deriva la existencia de una efectiva justicia y esencialmente la reparación.

No se puede dejar de lado la trascendencia de la verdad en la construcción de una memoria histórica y colectiva que finalmente es el patrimonio de un pueblo y representa el camino a la garantía de que los hechos que trastocaron la sociedad no vuelvan a ocurrir; también teniendo en cuenta que el olvido hace parte de la memoria, y que la manera como este se manifieste determina la suerte del recordar, con el llamado a que no se convierta en un enemigo de la paz que todo un pueblo espera.

Todo esto se encuentra en la Casa, que es hoy un símbolo para la comunidad del municipio de Tumaco, se ha vuelto parte de la gente, al punto que cualquier persona en las calles conoce la ubicación de este recinto de memoria y al menos una vez han asistido a alguna actividad relacionada con este. Los actos simbólicos de reparación son una de las prioridades de la Casa, los cuales inciden en el plano individual y se extienden a la comunidad generando una reparación colectiva de una población considerada una víctima plural de la violencia generalizada en Tumaco.

Tales actos de reparación simbólica, no solo consisten en el hecho de tener exhibida una fotografía de la víctima, sino que va más allá, el escuchar a las víctimas, que puedan contar con un espacio que es para ellas, donde se sientan parte del el, donde sientan que su voz tiene valor donde su historia no es ignorada ni olvidada. En la Casa de la Memoria se recibe el dolor de todos, sin distinción, para convertirlo en esperanza; porque son muchas las almas que han cobrado la guerra y la violencia en general, y cualquiera sea el lugar de donde provenga, el bando al que pertenecía, todas estas personas tienen a alguien que les recuerda.

El impacto a nivel de la población se evidencia en cómo las personas conciben la figura de la Casa, como un lugar de cultura, educación, memoria y reparación que pertenece a todos y que por ello velarán por su protección y conservación; y eso mismo hace que la Casa de la Memoria sea una medida de reparación en sí, que como proceso en constante desarrollo abarca todos los aspectos que se expusieron con anterioridad. De ello deriva la valía del trabajo que realiza la Casa a través de la reparación colectiva, en tanto está última está cargada de significado para las víctimas y se le atribuye su relación con la dignidad, la sanación del dolor, la verdad, la resignificación e incluso el reconocimiento público de las culpas, la justicia y la verdad.

A la reparación y reconciliación social solo se llega a través de los procesos comunitarios de reparación y sanación colectiva, donde se construye memoria histórica y se resignifica la memoria de las víctimas. Es por ello que el papel de la Casa de la Memoria es protagónico y de gran importancia para la región pacífica, por lo que las instituciones gubernamentales están llamadas a proteger y apoyar el proyecto, dejando a un lado el vago concepto de que las reparaciones económicas entregadas por el Estado son definitivas y suficientes, pues si bien logran un reconocimiento del hecho victimizante y constituyen una ayuda para las víctimas, esto no resulta completamente resarcitorio del daño causado. No se puede olvidar que para una víctima, de ninguna manera la pérdida de un ser querido puede ser compensada con dinero, mucho menos si lo mataron supuestamente porque era guerrillero o porque era líder social pero sí es posible que se apoyen aquellas iniciativas comunitarias que finalmente llevan a las víctimas a participar nuevamente de forma activa en la sociedad.

Sin duda, los procesos de reparación simbólica son de gran impacto en la comunidad y demuestran que el trabajo organizado desde la Casa en apoyo con organizaciones sociales y personas que trabajan en pro de la construcción de paz y verdad, logran alcanzar su objetivo de construir y

fortalecer la unión comunitaria, resignificar, reparar a las víctimas y sensibilizar a las personas de que la violencia en Tumaco golpeó fuerte y que eso no se debe olvidar. Por otra parte, no se puede dejar de lado que el olvido por parte del Estado ha llevado a la comunidad a buscar formas de reparación colectiva, lo que denota una incapacidad de las autoridades gubernamentales de dar soluciones eficientes en el tema de reparación a las víctimas lo que conlleva a que ellas mismas crean más en los actos de reparación que nacen desde la misma comunidad, que en los actos llevados a cabo por organizaciones gubernamentales u ordenadas en sentencias judiciales.

En pocas palabras, lo que Colombia necesita es encontrar la cura contra la peste del sueño que ha llevado al olvido. Se necesita dormir para volver a soñar con una nueva sociedad que sabe y reconoce su historia para no repetirla; se debe abrir los ojos y dilucidar que lo que le da fuerza a la guerra en Colombia es la indiferencia y la incapacidad de todos los colombianos de reconocer y recordar que la violencia no es algo normal y que la guerra algún día tiene que terminar. Como sucedió en Macondo, en algún momento, la sociedad colombiana se curará de la peste del sueño que le impide soñar con un futuro mejor y llevar consigo su propia historia y es muy probable que sean los procesos de resignificación y lucha comunitaria la verdadera cura para la indiferencia y el olvido; tal vez la paz no esté tan lejos.

REFERENCIAS

- Aguirre, A. (3 de abril de 2015). ¿Por qué es importante la memoria histórica en Colombia? *Revista Nova Et Vetera*. Recuperado de: <https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Vol-1-Ed-3/Cultura/Por-que-es-importante-la-memoria-historica-en-Col/>
- Ardila del Toro, A. C., Tilagüy Téllez, A., & Mesa Roa, K. S. (2013). *Cantos ancestrales como práctica de transformación subjetiva que emprenden dos mujeres afrocolombianas en situación de desplazamiento forzado* (Tesis de pregrado). Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Barrero, E., & Salas, J. R. J. (2010). *Memoria, silencio y acción psicosocial: Reflexiones sobre por qué recordar en Colombia*. Bogotá: Cátedra Libre Martín-Baró and Fundación Manuel Cepeda Vargas.
- Beristain, C. M. (2005). *Reconciliación luego de conflictos violentos: Un marco teórico. Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, 20-38.

- Bloomfield, D., Barnes, T., & Huyse, L. (Eds.). (2003). *Reconciliation after violent conflict: A handbook. International Idea* [Reconciliación después de un conflicto violento: Un manual. Idea internacional].
- Bravo, D. L. (2017). De la naturalización de la violencia a la banalidad del mal. *Revista Ratio Juris*, 12 (24), 111-126.
- Camacho, M. A. M., & Rico, M. E. D. (2016). Posturas en la atención psicosocial a víctimas del conflicto armado en Colombia. *Revista Agora USB*, 16 (1), 193-213.
- Casa de la Memoria (25 de enero de 2019). *El grupo de sobrevivientes de la Casa de la Memoria*. Recuperado de: <https://casamemoriatumaco.org/el-grupo-de-sobrevivientes-de-la-casa-de-la-memoria/>
- Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense (14 de febrero de 2018). *Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense*. Obtenido de Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense website: www.casamemoriatumaco.org.co
- Castro-Vega, A. M. y Velázquez-Barrera, N. (2016). *Las pérdidas de la vida cotidiana y su resignificación*. Trabajo de obtención de grado, Maestría en Desarrollo Humano. Tlaquepaque, Jalisco: Iteso. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/11117/3952>
- Carrizosa Isaza, C. (2010). *El trabajo de la memoria como vehículo de empoderamiento político: La experiencia del Salón del Nunca Más*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Cazau, P. (2013), *Vocabulario de psicología*. Biblioteca Redpsicología, Buenos Aires: Biblioteca de psicología y ciencias afines.
- Equipo de Salud Mental del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). (2007). *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio. Aportes Psicosociales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (14 de febrero de 2018). *Centro Nacional de Memoria Histórica*. Obtenido de Centro Nacional de Memoria Histórica website: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/en/narino/casa-de-la-memoria-de-tumaco-y-la-costa-pacifico-narinense>
- Centro Nacional de Memoria Histórica & Cinep, Centro de Investigación y Educación Popular (2015). *Restablecer la dignidad de las víctimas y difundir la verdad sobre lo sucedido: Construcción del Museo Nacional de la Memoria*. Recuperado de: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinep/20161101042346/20150405.Reestablecer_dignidad_victimas.pdf
- Colombia, Corte Constitucional (27 de marzo de 2014). *Sentencia C-180 de 2014*. M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Colombia, Corte Constitucional (3 de abril de 2002). *Sentencia C-228 de 2002*. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynnet.
- Colombia, Corte Constitucional (7 de junio de 2006). *Sentencia C-454 de 2006*. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de junio de 1987). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (06 de diciembre de 2001). *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de septiembre de 2005). *Caso Mapiripán Vs. Colombia*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de octubre de 2012). *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*.
- De Greiff, P. (Ed.). (2008). *The handbook of reparations* [El manual de reparaciones]. Oxford University Press.
- De Greiff, P. (2008). *The role of apologies in national reconciliation processes: On making trustworthy institutions trusted* [El papel de las disculpas en los procesos de reconciliación nacional: En hacer que las instituciones sean confiables], 120-134.
- Delgado Barón, M. (2011). *Las víctimas como sujetos políticos en el proceso de justicia y paz en Colombia*. México.
- Escobar, J. (2 de febrero de 2017). Víctimas de moto bomba en Tumaco, olvidadas. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/victimas-de-moto-bomba-tumaco-olvidadas-articulo-678026-0>
- Fischer, M. (2011). *Transitional justice and reconciliation: Theory and practice* [Justicia transicional y reconciliación: Teoría y práctica].
- Forés, A. (2008). *La resiliencia*. Plataforma.
- García Márquez, G. (1967). *Cien años de soledad*. Bogotá: De bolsillo.
- Gibney, M., Howard-Hassmann, R. E., Coicaud, J. M., & Steiner, N. (Eds.). (2008). *The age of apology: Facing up to the past* [La era de las disculpas: Enfrentarse al pasado]. University of Pennsylvania Press.
- Grupo de Memoria Histórica (2013). Basta ya, informe final. Recuperado de: centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes2013/.../basta-ya-cap1_30-109. p.
- Grupo de Memoria Histórica (2010). Bojayá: La guerra sin límites. Editorial Alfaguara. Septiembre.
- Guerra, R. R. (Ed.). (2005). *Entre la memoria y la justicia: Experiencias latinoamericanas sobre guerra sucia y defensa de derechos humanos*. UNAM.
- Guerrero, V. (2 de febrero de 2007). *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Bogotá: Guillermo Hoyos Vásquez.
- Halbwachs, M. (2004). *La memoria colectiva* (Vol. 6). Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- Henao, J. C. (2015). Formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, *Las. Rev. Derecho Privado*, 28, 277. Recuperado de: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133/4743>

- Iglesias, E. L. L. (2011). Visibilización de la memoria de las víctimas de la violencia en el departamento del Magdalena. *Revista Prolegómenos*, 14 (27), 199-212.
- Israel Biel, T. B. (2018). De las Zonas Veredales Transitorias de Normalización a la Paz Territorial en San Andrés de Tumaco, Nariño: Un análisis de la conflictiva implementación de los Acuerdos de Paz. *Ideas Verdes*, 12-21.
- Jaramillo, M. M. (2006). Los alabaos, los arrullos y los chigualos como oficios de difunto y ritos de cohesión social en el Litoral Pacífico colombiano. *Inti: Revista de literatura hispánica*, 1 (63), 17.
- Joinet, L. (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Comisión Colombiana de Juristas, 31-497.
- Kant, E. (1998). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Vol. 648). No-Books Editorial.
- Lira, E. (2010). Trauma, duelo, reparación y memoria. *Revista de Estudios Sociales*, (36), 14-28.
- Marcellán, A. (2010). Sobre el conocimiento de la verdad y la construcción de la memoria histórica tras graves violaciones de derechos humanos. *Revista Comunicación y Ciudadanía* (4).
- Martínez Quintero, F. (2009). *Identidad y desplazamiento forzado: El tránsito y la resignificación de sí mismo y de los otros próximos*. Centro de Estudios Avanzados en Niñez y Juventud alianza de la Universidad de Manizales y el Cinde. Recuperado de: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20130321050333/Te sisFelipeMartinez.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20130321050333/Te%20sisFelipeMartinez.pdf)
- Martínez Quintero, F. (2010). *Identidad y desplazamiento forzado: El tránsito y la resignificación de sí mismos y de los otros próximos* (artículo). Universidad Tecnológica de Pereira.
- Méndez, J. (1997). *Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 517-540.
- Michellini, D. J. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 12 (1), 41-49.
- Molina, M. M. (2017). *Reparación para las víctimas del municipio de Tumaco. Dossier: Balance de las negociaciones con las FARC y retos del Postacuerdo en Colombia*, 121-139.
- Tejada, N. (2018). Enhancing reconciliation in the Colombian Truth Commission by embracing psychosocial tasks [Mejorando la reconciliación en la Comisión de la Verdad colombiana, abrazando tareas psicosociales]. En Pabón, F. A. D. (Ed.). *Truth, justice and reconciliation in Colombia: Transitioning from violence* [Verdad, justicia y reconciliación en Colombia: Transición de la violencia]. (pp.154-168). Routledge.

- Torres Garzón, J. F. (2018). *Memoria y olvido: Una aproximación al conflicto armado en Colombia y sus estrategias de afrontamiento desde la memoria histórica y la prohibición del olvido en los Montes de María* (Trabajo de grado). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://bdigital.uxternado.edu.co/handle/001/1446>
- Orentlicher, D. (2005). *Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*. E/CN, 4(2005), 102.
- Pastoral Social-Diócesis de Tumaco (2019). *Acciones de resistencia en Tumaco*. Documento de la Casa de la Memoria del Pacífico Nariñense para la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad.
- Quiñones, D. (2010). *Cantos ancestrales de la Costa Pacífica en la identidad de las nuevas generaciones*. Recuperado de: http://www.danzaenred.com/sites/default/files/documentos/cantos-ancestrales_d-quinones.pdf
- Radzik, L., & Murphy, C. (2015). *Reconciliation* [Reconciliación]. Recuperado de: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/reconciliation>
- Randazzo, M. (2019). *Museología social y lugares de memoria en Colombia como reparación y resistencia: La Casa de Memoria del Pacífico Nariñense y el Museo Itinerante de la Memoria y la Identidad de los Montes de María* [tesis de maestría]. Universidad de Barcelona.
- Registro Único de Víctimas (Abril de 2018). Obtenido de RUV: <https://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>
- Rodríguez, G., Alonso, I., Talamás, M., & Pulido, M. (2007). *Responsabilidad y reparación, un enfoque de Derechos Humanos*. Fundar Centro de Análisis.
- Rodríguez, J., Rojas, D. (2011). *Caminos hacia las reparaciones colectivas de las comunidades indígenas víctimas del conflicto armado colombiano: Caso comunidad indígena Wayúu de Bahía Portete-Guajira* [tesis de pregrado]. Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia. <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2011/142078.pdf>
- Rodríguez, M. (2010). *Iniciativas de mujeres gestoras de paz en Colombia* [tesis de grado]. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.
- Ruta Pacífica de las Mujeres (2013). *La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ruta Pacífica de las Mujeres.
- Ruta Pacífica de las Mujeres (2017). *Corazón, cuerpo y palabra*. Bogotá, Colombia: Ruta Pacífica de las Mujeres.
- Sánchez, D. (26 de febrero de 2017). *¿Qué países tienen los mejores y peores sistemas judiciales? Libre Mercado*. Recuperado de: <https://www.libremercado.com/2017-02-26/que-paises-tienen-los-mejores-y-peores-sistemas-judiciales-1276593434/>
- Sánchez, G. (2011). *Justicia y paz, los silencios y los olvidos de la verdad*. Centro de la Memoria Histórica.

- Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2014). *Voces y miradas de la reparación colectiva*. Bogotá: Usaid.
- Sierra León, Y. (2018). Reparación simbólica, litigio estético y litigio artístico: Reflexiones en torno al arte, la cultura y la justicia restaurativa en Colombia. En Sierra León, Y. (Ed.). *Reparación simbólica: Jurisprudencia, cantos y tejidos* (pp. 17-42). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny, R., Marino, C., Restrepo, E., & Saffon, M. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*.
- Velásquez, C. M. (2010). Reparación de las víctimas de la violencia dentro del proceso de justicia y paz en Colombia. *Pensamiento Americano*, 8.
- Verdad Abierta (9 de septiembre de 2016). *Tumaco, convulsionado por la violencia*. VerdadAbierta.com. Recuperado de: <https://verdadabierta.com/tumaco-convulsionado-por-la-violencia/>

MÁS ALLÁ DE LA PONDERACIÓN. NOTAS CRÍTICAS DECOLONIZADORAS PARA (RE) PENSARNOS EL CONSTITUCIONALISMO EN NUESTRA AMÉRICA

Sebastián Alejandro García Caicedo¹

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 25 de julio de 2020

Referencia: GARCÍA, Sebastián (2020). *Más allá de la ponderación. Notas críticas decolonizadoras para (re) pensarnos el constitucionalismo en nuestra América*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 11. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Las presentes reflexiones acometen presentar una crítica a la figura de la ponderación o test de proporcionalidad, desde los postulados de una visión decolonial y con fundamento en algunas nociones muy generales de la filosofía de la liberación, esbozando algunos argumentos más afines a una postura materialista del derecho, desde donde se disputa el sentido y fundamento ideológico de dicha herramienta hermenéutica. Así, el eje fundamental de este artículo gira en torno al develamiento de las consecuencias que, el uso automatizado de la ponderación genera, en un contexto donde el derecho constitucional, sus contenidos y formas interpretativas han caído en ideologizaciones, encriptaciones y fetichizaciones, al no tener en cuenta su historia colonial persistente. Por lo tanto, como una posible alternativa ante lo disfuncional que puede resultar ser la ponderación, se propone incorporar en las controversias de derechos y principios al método de la historización de los conceptos como una herramienta iluminadora para la liberación de los pueblos latinoamericanos, que funja

1. Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestrando en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigador miembro del Grupo de Trabajo "Crítica jurídica y conflictos socio políticos" del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso).

a su vez como un camino para repensarnos la hermenéutica constitucional de manera más situada y contextualizada.

Palabras claves: Ponderación, historización, colonialidad, materialidad.

ABSTRACT: The present reflections undertake to present a critique of the figure of the Weighting or proportionality test, from the postulates of a decolonial vision and based on some very general notions of the philosophy of liberation, outlining some arguments more akin to a materialist position of the right, from where the meaning and ideological foundation of said hermeneutical tool is disputed. Thus, the fundamental axis of this article revolves around the unveiling of the consequences that the automated use of weighting generates, in a context where constitutional law, its contents and interpretative forms have fallen into ideologizations, encryptions and fetishizations, by not Take into account its lingering colonial history. Therefore, as a possible alternative to how dysfunctional Weighing can be, it is proposed to incorporate in the controversies of rights and principles the method of the historicization of concepts as an illuminating tool for the liberation of Latin American peoples, which works at the same time as a way to rethink constitutional hermeneutics in a more situated and contextualized way.

Keywords: Legal weighting, historization, coloniality, materiality.

INTRODUCCIÓN

En 1982, Gabriel García Márquez recibió el premio nobel de literatura por su fantástica y bien conocida obra *Cien años de soledad*, con la que se destacó como quizá el máximo exponente del realismo mágico en el mundo. Al recibir su condecoración, con su sutil estilo crítico para narrar las realidades y vivencias que lo inspiraban, en su discurso de agradecimiento puso sobre la mesa la cruda realidad de América Latina. Se cuestionaba sobre la imposibilidad con que contamos los latinoamericanos de pensar-nos la justicia social que tanto se predica de los países europeos, pero con nuestras propias herramientas, métodos, mecanismos y de acuerdo con nuestro contexto. Argüía encontrar el tamaño de la soledad de nuestros pueblos, en el camino vetado que tenemos de vivir nuestra vida y nuestro destino sin la interferencia de los que creen ser dueños del mundo y la verdad. Sentenció: “América Latina no quiere ni tiene por qué ser un alfil sin albedrío, ni tiene nada de quimérico que sus designios de independenciamiento y originalidad se conviertan en una aspiración occidental” (Márquez, 1982).

Pues bien, sin la intención de discutir sobre temas técnicos, formales o lógicos propios de la ponderación, como esa herramienta metodológica de la hermenéutica y argumentación jurídica occidental, en el presente documento se la trata de cuestionar precisamente a la luz de una mirada decolonial y liberadora propio de un esfuerzo intelectual serio que apunta por la deconstrucción de la matriz de colonialidad con la que seguimos pensando nuestras instituciones y aplicando nuestro derecho. No se trata, por lo tanto, de desprestigiar los méritos que puedan predicarse de aquella herramienta, sino de poner en tela de juicio su aplicabilidad al constitucionalismo latinoamericano que hoy más que nunca exige vitalidad y formas de construcción más allá de Europa, proponiendo para ello un código de interpretación popular situado en América Latina y el Sur global, como ese espacio de interpelación y juzgamiento del carácter moderno-colonial-capitalista de nuestras instauraciones constituyentes y constitucionales.

Ello pasa por una crítica, la cual más que dirigida a la recepción pasiva de esta figura por parte de nuestros operadores jurídicos colonizados o del lugar residual que eventualmente pueda ocupar en el marco de un constitucionalismo transformador, argumenta en la ingenuidad de tal recepción y de la herramienta en sí misma. Pero no se trata de un señalamiento de ingenuidad despectivo o en contra de su rigor metodológico, sino más bien que se plantea en un sentido ideológico y epistémico: la ponderación es una figura por antonomasia moderno-colonial-capitalista que difícilmente puede contribuir con la liberación de nuestros pueblos por el grado de abstracción con que se plantea y por su formulación absolutamente alejada de nuestro contexto, historia y realidad. Por el contrario, lo que se observa es que con ella se promueve, justifica, legitima y eternizan asimetrías fácticas de poder que forman un marco de contención en las luchas por la liberación, cayendo en su inevitable ideologización y fetichización.

Pese a fundamentarse en una hermenéutica que puede considerarse como analógica en virtud de la necesidad de evitar univocismos y equívocismos a la hora de interpretar, se edifica como una figura desde la totalidad para la totalidad. Por esa razón, más allá de una concepción positivista, realista, garantista o neoconstitucionalista, se trata muy precariamente de denunciar las máscaras y el uso ideologizado de esta figura al interior de nuestros sistemas jurídicos, ubicándonos en una posición más cercana al iusmaterialismo que nos permite abrir el velo de sus limitaciones, contradicciones y vacíos. Se denuncia la utilización abstracta que hace de los derechos, dándolos como *a priori*s verdaderos y efectivos en sí mismos, sin pasar por su verificación en su contexto, es decir, en el sentido y en los efectos que la praxis concreta da de ellos.

Para ello, en primer lugar, se hace un esbozo aproximado para comprender qué es la ponderación, así como su fundamento filosófico y las críticas más relevantes que se le han hecho a esta figura. Posteriormente, se pone de manifiesto la realidad colonial de América Latina, como un abrebocas para la tercera parte del escrito, consistente en una crítica decolonial y material de la ponderación, desde donde emerge la propuesta de historización de los conceptos de Ignacio Ellacuría como una alternativa hermenéutica para la liberación.

1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA PONDERACIÓN O TEST DE PROPORCIONALIDAD

Gadamer consideraba que la hermenéutica se había erigido como una ciencia, pero también como un arte. Ciencia por ser un conjunto ordenado de principios y tesis sometidas a la verificación y refutación, y la constitución de un método en constante construcción y posibilidad de falsación. Arte, por las reglas de procedimiento que exige y la necesidad de una sensibilidad e intuición en el hermeneuta a la hora de hacer una interpretación (Beuchot, 2010). Como buen discípulo de las enseñanzas de Heidegger, pero yendo un poco más allá, consideraba a la hermenéutica como una mezcla de horizontes predeterminados con consecuencias prácticas desde el mismo inicio de la comprensión que supone la hermenéutica. Puso las bases para dar un pequeño giro a la ya histórica discusión sobre la posibilidad de separación del intérprete y el objeto de interpretación, así como de las posibilidades de objetividad en cualquier ejercicio hermenéutico.

El derecho no ha sido ajeno a ninguna de esas discusiones filosóficas y ha dado cabida a que emerjan posiciones casi que opuestas: las objetivistas más propias del positivismo y la exégesis, en lo que puede concebirse es una postura univocista; y, los subjetivistas o relativistas que creen en la imposibilidad de una interpretación objetiva, cayendo más del lado de posturas equivocistas (Beuchot, 2010). No obstante, en el medio se observan otras posiciones que, más afines a las filosofías analíticas y del discurso, creen llegar a puntos de racionalidad intermedia o analógica. En ese contexto se encuentra la figura de la ponderación, cuya construcción no es nueva, sino que se remonta inclusive a algunas posturas que la doctrina judicial y académica estadounidense, principalmente realista, asumió

desde entrado el siglo XX en contraposición a los métodos formalistas de interpretación dominantes hasta ese momento (González, 2020)².

Sin embargo, su más notable desarrollo en lo que se enmarca como el principio de proporcionalidad se dio en Alemania, en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn expedida al finalizar la Segunda Guerra Mundial en 1949, con base en los antecedentes que el derecho administrativo decimonónico de ese país ofrecía. Se comenzó a desarrollar por el Tribunal Constitucional Alemán, teniendo gran acogida dentro de diferentes países alrededor del mundo y de alguna parte de la doctrina filosófica del derecho (Ferrere, 2020). Quizá uno de los más interesados y que más han desarrollado esta figura hasta el momento, es sin duda el filósofo del derecho, Robert Alexy, quien dota de método y crea un sistema referencial en torno a la ponderación.

Al hacer parte de una hermenéutica analógica, la ponderación parte del supuesto de que el lenguaje jurídico no es más que una manifestación del lenguaje ordinario o normal. De esa manera, su ubicación, fundamento y justificación se encuentra en el marco de la teoría general de argumentación jurídica esgrimida por Alexy, que encuentra como una de sus bases y fundamentos a la teoría de argumentación práctica general con una influencia notable de los postulados de Habermas. Así, está en medio de la consideración del discurso jurídico y, por ende, de la argumentación jurídica, como una rama del discurso práctico y por lo tanto de la moral (Atienza, 2005). En ese sentido, parte de la idea de que existen algunos procedimientos jurídicos discursivos propios y distintivos del discurso práctico general: creación estatal derecho, discurso jurídico en estricto sentido y el proceso judicial. En ellos toma relevancia la creación estatal de normas jurídicas, en el entendido que ellas pueden ser incompatibles entre sí dentro de un sistema con incoherencias, toda vez que la creación normativa jurídica positiva selecciona solo algunos discursos posibles y de que es imposible solucionar todos los casos jurídicos con las tradicionales reglas de subsunción de hechos en normas; el mismo discurso jurídico se impone límites, por lo que es necesario un procedimiento adicional para solventar esos vacíos, que permita entrever la mejor respuesta entre todas las discursivamente posibles, donde emerge el papel de los jueces como los agentes predilectos para tal fin (Atienza, 2005).

2. Como la intención del presente documento no se centra en el análisis de construcción histórica ni tampoco de los elementos teóricos o metodológicos de la ponderación, se recomienda revisar el siguiente texto que sí lo hace desde esa perspectiva: González, A. (2020). La ponderación en la aplicación judicial del derecho (pequeño boceto histórico y teórico). *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), pp. 558-655.

En líneas generales, puede decirse que la ponderación es una forma de decidir con base en el carácter obligatorio de los principios en los actuales Estados Constitucionales, con fundamento en un método racional de argumentación. Así, “individuos cuyo interés es lesionado por una ley pueden acudir a las cortes para requerir del gobierno una justificación de sus acciones con base en razones sustantivas aceptables” (Ferrerres, 2020, p. 162). Lo característico de la ponderación es que resulta ser más una metáfora de asignación de peso a normas en forma de principios constitucionales en pugna; es decir, es una ficción o asignación figurativa que consiste en asignar mayor o menor peso a un principio constitucional que está en conflicto con otro en la solución de un caso concreto, a partir de unas reglas y metodología específica para tal fin, con el objetivo de evitar la arbitrariedad judicial y propender por la corrección de una decisión jurisdiccional en el plano constitucional.

Principalmente se aplica sobre principios constitucionales, siguiendo la distinción formulada por Robert Alexy para diferenciar a este tipo de normas con las reglas, en el entendido que los primeros hacen referencia a normas de textura abierta que operan como mandatos de optimización, cuya aplicación, resultado y cumplimiento no es absoluto como en las reglas (se cumple todo o nada), sino gradual o en la mayor medida de lo posible, cuyos límites los pone el mismo sistema constitucional o la realidad material. No se trata entonces de una apuesta universal, sino que su aplicación se somete a las particularidades de cada caso. Así las cosas, la ponderación es un procedimiento y criterio de racionalidad al interior de un sistema jurídico constitucional que congrega reglas y principios. Solo se puede hablar de argumentación jurídica en medio de una teoría general del Estado y del derecho, donde el sistema jurídico es tanto normas como procedimientos. El derecho es concebido como sistema de normas diferenciales, donde los principios, al ser los mandatos de optimización del sistema con características de gradualidad no jerárquica, son los adecuados para aplicar la ponderación.

En sentido cabal, el modelo de ponderación desarrollado por Alexy (1993), se conoce técnicamente como el test de proporcionalidad. De conformidad con esta propuesta, cuando en un caso concreto chocan dos derechos fundamentales³ que tienen forma de principios, ellos se deben poner en una balanza para hacer un ejercicio valorativo razonable antes de tomar

3. Al respecto, valga aclarar que se habla de choque de principios o derechos fundamentales en igual sentido, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales tienen la forma jurídica y normativa de los principios: es decir, son normas de textura abierta o mandatos de optimización. En otras palabras, se puede decir que todos los derechos fundamentales son principios constitucionales, aunque no todos los principios constitucionales sean derechos fundamentales.

una decisión, teniendo en cuenta los diferentes factores que inciden en el peso de cada derecho. Dichos factores se definen por el teórico como el peso concreto, el peso abstracto y la seguridad empírica de las premisas en relación con los derechos en juego, en un modelo donde no importa lo que se pesa, sino la manera en cómo se lo hace (Uprimny y Rodríguez, 2014). Ahora, esa razonabilidad con la que se espera se tome una decisión, se cierne dentro de lo que Robert Alexy (1993), llama como el test de ponderación o de proporcionalidad. Este consta de tres subprincipios, organizados de tal forma que el anterior es condición necesaria para el posterior: 1. Un test de adecuación o idoneidad; 2. Un test de necesidad; y, 3. Test de proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior significa que solo tiene cabida preguntarse por la necesidad, si la medida tomada es adecuada o idónea, al igual que solo cabe plantearse la proporcionalidad estricta, si aquella disposición se toma como necesaria. “Solo cuando los elementos de necesidad y adecuación concurren podemos hablar del surgimiento de un conflicto que obliga a elegir entre una u otra opción. En este momento es cuando hay lugar a la ponderación” (Ferrerres, 2020, p. 172).

La adecuación comprende una relación de causalidad entre la posible restricción que se produce con la medida y el supuesto principio constitucional que se trata de maximizar o enaltecer. En otras palabras, es una simple verificación causal de que si restrinjo un derecho fundamental es porque estoy maximizando otro. De esa manera, en este primer paso solo se debe verificar que la medida persiga un fin constitucionalmente legítimo y sea adecuada, correcta o causal para conseguir ese fin. Por su parte, la necesidad implica que la decisión sea la menos restrictiva del derecho, dentro de un marco de análisis de varias posibilidades existentes, donde es necesario corroborar la efectiva existencia de esas múltiples alternativas, siendo que ellas son más gravosas que la elegida para el cumplimiento del fin constitucional perseguido; de lo contrario, si alguna de ellas es menos gravosa y cumple con la adecuación, no se superaría el test de necesidad. Finalmente, la estricta proporcionalidad hace referencia a un análisis comparativo costo-beneficio entre los principios en pugna, de tal manera que haya un grado de satisfacción máximo del principio 1, sin detrimento o minimización máxima del principio 2; es decir, que sea una medida justamente proporcional entre la satisfacción del principio 1 en comparación con la lesión o restricción del principio 2, cuya superación se cierne sobre la premisa de una alta satisfacción en virtud de una leve restricción. En otros términos, puede decirse que no se puede restringir fuertemente un principio para lograr una satisfacción débil o mediana del otro principio: la satisfacción debe ser superior a la minimización; los costos no pueden ser

más altos que los beneficios (Alexy, 1993). En palabras del propio Alexy, esta formulación se puede resumir en la premisa de que “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, como se citó en Atienza, 2005)⁴.

En ese contexto, en línea con los postulados de la hermenéutica analógica y la ruptura filosófica que se marca con el positivismo jurídico en tanto formas interpretativas cerradas y silogísticas, la ponderación resulta adherirse a los supuestos analógicos, indicándonos la necesidad de una interpretación equilibrada o proporcional que oscila entre los dos extremos de una controversia, pero que da cabida a varias hipótesis interpretativas, formando una especie de jerarquía entre ellas en una medida de graduación guiada por los argumentos, donde resulta haber un analogado principal y otros secundarios, que llevan a concluir que no hay interpretaciones más verdaderas y más falsas, más válidas o menos válidas, dejando que simplemente unas resultan más adecuadas que otras por ser más ricas, finas o tener mejores soportes técnicos, discursivos o argumentativos (Beuchot, 2007).

1.1. Las críticas

Dentro de las críticas que se han hecho a la figura de la ponderación, que el mismo Alexy y sus adeptos han respondido, valga resaltar la orilla técnico-formal y dogmática con que la mayoría de ellas se estructuran. Ineludiblemente, sus detractores más grandes se encuentran del lado del positivismo o los sectores más conservadores del derecho que se muestran reacios a aceptar algún nivel mínimo de activismo judicial o posibilidades de interpretación amplia de los jueces, siendo enérgicos defensores de una aplicación a raja tabla del derecho. Igualmente, se identifican otras que, más que críticas punzantes, son nociones complementarias o que refutan la pretensión de racionalidad con la que supuestamente se edifica la ponderación (Atienza, 1996).

En ese sentido, se observa que ataques positivistas como los provenientes de Antonio García Amado y Prieto Sanchís (como se citó en González, 2020), entre otros, previenen de la relativización en la garantía de

4. Lo cierto es que en las discusiones constitucionales que tienen lugar la colisión de principios o derechos fundamentales, y, por lo tanto, la ponderación, esta fórmula puede resumirse muy concretamente de la siguiente manera:

El primer paso es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (Alexy, como se citó en Bernal, 2005, p. 99)

derechos fundamentales y la inseguridad jurídica que la ponderación produce al interior de los ordenamientos jurídicos constitucionales, por su alto componente moral y fundamentación axiológica. Se le acusa de no ser intersubjetiva y, por eso, de impulsar altamente la discrecionalidad y subjetividad en la interpretación. Inclusive, se habla de ser una figura retórica que enmascara decisiones amañadas y a través del cual se compara lo inconmensurable. Esta primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. Desde esta comprensión, no hay criterios lo suficientemente sólidos para afirmar una cierta objetividad en la ponderación que sea vinculante para los jueces y que funjan, a su vez, como controladores de su poder, imposibilitando la obtención de respuestas correctas en la solución de casos. De esta forma, se trata de una estructura vacía que se llena de las apreciaciones subjetivas de los jueces (González, 2020).

En línea con las aseveraciones de ser una estructura vacía, aunque con serias matizaciones, se encuentra la crítica que se hace del peso abstracto y la falta de una teoría sustantiva general para determinar el núcleo de los derechos al momento de ponderar. Según esta posición, “Alexy tendría que haber desarrollado algo así como una teoría de la razonabilidad que suministrara algún criterio para elegir, de entre las diversas soluciones racionales, la más razonable. Pero los criterios de racionalidad práctica de Alexy son, al mismo tiempo, demasiado estrictos” (Atienza, 2005, p. 178). Es labor, por lo tanto, de los jueces ver las diferencias cualitativas entre los derechos y sus componentes, cuando se vean envueltos en un ejercicio de ponderación de derechos. En ese sentido, los tres pasos o preguntas que suponen el test de proporcionalidad solo pueden tener lugar si hay una teoría sustantiva de la justicia y los derechos, pues es una labor que no puede dejársele a los jueces porque eso no les corresponde, en la medida en que se tratan de cuestiones externas al mismo principio de proporcionalidad (Ferrerres, 2020).

En igual sentido, dentro de las críticas que acusan a la ponderación de irracional, se sigue la línea positivista de la inconmensurabilidad de los derechos fundamentales, pero aduciendo que los principios no son jerárquicos y, por lo tanto, cualquier medida que los jerarquice en grado de aplicación, resulta ser no racional por más argumentada que sea. Esta posición también se muestra a favor del vacío que deja Alexy en su planteamiento en la falta de criterios serios para la asignación de pesos. Se dice que no hay una unidad de medida para los principios ni una moneda común para fundamentar relaciones de precedencia y subsecuencia en los casos en

los que estos chocan (González, 2020). Según esta línea argumentativa, se tiene entonces una irracionalidad en doble sentido, porque la ponderación auspicia ejercicios irracionales *per se* y no permite predicción de resultados generales. “Las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia ad hoc, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica” (González, 2020, p. 625).

Finalmente, se encuentra una línea crítica impulsada por Habermas, la cual apunta a cuestionar la rigurosidad conceptual y lógica de la ponderación, siendo que por eso no puede concebirse como una forma racional de solución de controversias constitucionales. Para él, simplemente los patrones racionales están ausentes en la ponderación, por lo que resulta inoperante. Al no tenerlos, se cae entonces en arbitrariedad, irreflexión y se sigue la misma estructura vertical y jerárquica del positivismo. No hay un criterio definitorio que hace que el derecho salga de las esferas de lo correcto e incorrecto y lo auténticamente justificado, cayendo en representaciones ideales y abstractas como la mayor o menor adecuación a los principios. Así las cosas, la sentencia sería un juicio de valor que refleja determinada axiología y forma de vida inmersa en ese marco, “pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta” (Habermas, como se citó en González, 2020, p. 636).

En síntesis, podríamos decir que se tienen críticas más intra sistémicas y técnicas que no ponen en duda el contenido ideológico con el que opera la ponderación, ni se hacen de manera material y concreta, sino en el mismo plano de la ficción y abstracción de los postulados constitucionales defendidos por el constitucionalismo liberal moderno y contemporáneo. Caminemos entonces hacia unas notas críticas que sometan a discusión el contenido ideológico de la ponderación, pensándolo desde la realidad colonial de América Latina.

2. LA REALIDAD COLONIAL EN NUESTRA AMÉRICA

Entender la organización del poder mundial en la actualidad, así como su desarrollo, estructuración y análisis de las causas que lo posibilitaron, pasa por exámenes omnicomprendidos de diversos fenómenos históricos que han facilitado este proceso. El mundo, como lo conocemos, vivimos y entendemos hoy, es el resultado de una serie de sucesos, decisiones, visiones y articulaciones sociales, políticas y económicas, cuyo punto de partida, emanaciones y eslabones deben escudriñarse en la materialidad,

las relaciones, lo público, lo privado y la conciencia de las personas. Precisamente, Aníbal Quijano (1992) nos ofrece una de esas ópticas plurales de comprensión. Nos da las luces para entender la forma en cómo las lógicas del proceso colonizador adelantado en América Latina desde 1492 actualmente cumplen un papel supremamente importante en la distribución y detentación del poder a escala global y ha sido determinante en el proyecto racional moderno, que tiene sus manifestaciones en lo jurídico e institucional.

En ese sentido, el colonialismo debe entenderse como una relación de dominación directa, política, social y cultural que ejercieron los europeos sobre los pueblos que conquistaron. Su manifestación es fáctica, empírica y se evidencia en ejercicios de coerción y coacción. De igual manera, el colonialismo como práctica política produjo categorías de discriminación que quisieron significarse y dotarse de contenido como algo natural y ahistórico, es decir, sin entender que surgen como producto de ciertas dinámicas de poder en un momento dado.

Esa es precisamente la explicación que da Quijano (1992) sobre las relaciones desiguales en el mundo, cuyos vínculos intersubjetivos, caminan dentro –pero no únicamente– en las diferencias de clase. Se trata de una elucidación de la estratificación social y división de clases desde el sistema económico, pero también desde el contexto socio político y cultural de dominación producto del colonialismo. Ahora bien, para explicar el colonialismo, Quijano acude a diferentes espacios y niveles en los que este se manifiesta.

En primer lugar, se encuentra el espacio del imaginario de los dominados. Se trata de un lugar que actúa dentro de la persona y es facilitado por formas de represión que recayeron, ante todo, sobre los modos de conocer, de producir conocimiento, de producir perspectivas, imágenes y sistemas de imágenes, símbolos, modos de significación; sobre los recursos, patrones e instrumentos de expresión formalizada y objetivada, intelectual o visual. Como un segundo momento, distingue la imposición de los usos, visiones, creencias, mitos, explicaciones y saberes del colonizador, que “sirvieron no solamente para impedir la producción cultural de los dominados, sino también como medios muy eficaces de control social y cultural, cuando la represión inmediata dejó de ser constante y sistemática” (Quijano, 1992, p. 12). Finalmente, resalta la imposición de una visión mistificada de sus formas y patrones de producción de conocimiento, formas expresivas, al no ponerla en acceso de los dominados o hacerlo de forma fragmentada, conveniente y bajo el amparo de seguir manteniendo la dominación. Se

buscaba cooptar, en alguna medida, a los dominados dando cierto acceso al poder.

Se presenta, en ese sentido, una propuesta teórica seria, material y compleja para comprender la realidad del sistema mundo. La relación de dominación que se gesta desde el colonialismo a las periferias europeas da fe de por qué hoy seguimos tomando decisiones individuales y colectivas, formulando políticas y creando todo tipo de instituciones sobre una sola racionalidad: la producida en Europa desde que se descubrió a América (Quijano, 2000). El poder en el sistema mundo actual sigue siendo colonial. Quienes padecemos el colonialismo permanecemos seducidos por la promesa de Europa y mirando de manera distorsionada nuestra realidad cuando nos vemos al espejo de nuestra vida, pues se nos arrebató lo que somos y no encontramos nuestro propio ser. Somos cómplices callados, conscientes e inconscientes de la colonialidad.

Y estos ejercicios de dominación se hacen a través de la idea de raza como el fundamento subjetivo de la colonialidad y la creencia de que hay espacios y personas superiores e inferiores por razones biológicas. Quijano (2000) afirma que la raza es esa forma de hacerles creer a los pueblos descubiertos que eran inferiores a ellos y, por lo tanto, les debían sometimiento. En tanto raza, se trata de una idea que hizo que se generen identidades no conocidas entre los pueblos americanos, que comenzaron a edificar formas lingüísticas segregacionistas y diferencias jerarquizadas en los roles sociales, lugares y funciones de las personas, cuyo patrón y justificación era la dominación. Se comenzó a fragmentar y clasificar a la sociedad a partir de este concepto, que legitimaba el sometimiento en todos los espacios y que explica hoy la estructura de poder mundial. "(...) los pueblos conquistados y dominados fueron situados en una posición natural de inferioridad y, en consecuencia, también sus rasgos fenotípicos, así como sus descubrimientos mentales y culturales" (Quijano, 2000, p. 2).

De la misma manera, concibe que la dominación sobre sus territorios, el trabajo y recursos productivos hizo que Europa pueda florecer económicamente en relación con otras culturas en el mundo, potenciando una idea muy suya: el capitalismo. Europa encontró en América el espacio perfecto, necesario y sin el cual hoy no pudiese existir en la manera en que lo hace. El proceso de colonialismo supuso también la inclusión en América de un sistema económico, como modo de producción, desconocido y que, hacia confluir todas las formas de producción históricamente conocidas, en una relación ensamblada sobre el capital-trabajo-salario-mercado. En este punto, lo más importante y funcional era precisamente ejercer control sobre el

trabajo, los recursos y los productos, que a la postre posibilitó el dominio de Europa de todo el comercio mundial. Lo anterior contribuyó a que el capitalismo mundial comience a establecer sus raíces y se haya desarrollado.

Se trata de dos fenómenos explícitos que se interrelacionan y explican mutuamente, aunque tienen funcionamiento autónomo. Tanto raza como división del trabajo se vinculan, pero operan en diferentes niveles y con diferentes explicaciones. Se da lo que dice Quijano una división racial del trabajo o colonialidad del trabajo, donde se produce una forma de control de trabajo a cada raza creada, otorgando ciertos beneficios a unas y excluyendo a otras. Esto se mantuvo durante toda la época colonial y fue la misma idea en cómo desde el siglo XVII se comenzó a organizar la sociedad a nivel mundial con la extensión del capitalismo/colonial en todo el orbe, donde Europa fue paulatinamente el centro. “El capitalismo mundial fue, desde la partida, colonial/moderno y eurocentrado” (Quijano, 2000, p. 4). Aquello, puso a Europa en un lugar privilegiado, que hizo que tenga todas las herramientas para ejercer las mismas prácticas de dominación/colonial en el mundo que organizan la estructura del sistema-mundo-capitalista hoy. Dominación que no solo se evidencia en el patrón de poder económico, sino como ese espacio donde subyace el control de la cultura, la subjetividad, los saberes, los símbolos, las formas de otorgar sentido, los significados y la producción de conocimiento. Es decir, a partir del desarrollo de las ideas de raza y control del trabajo, se hegemoniza el proyecto político complejo particular europeo a nivel mundial. Se habla de la formación de un etnocentrismo colonial y una clasificación racial universal.

En el mismo sentido, estos fenómenos políticos se dieron acompañados de una forma de comprender el mundo y la historia, de llegar a la verdad y producir el conocimiento: la racionalidad moderna. A partir de la distinción entre razas y su categorización entre inferiores y superiores, se comienza a hablar que la verdad y la razón solo podría estar en manos de los superiores, desechando totalitariamente lo externo/inferior a ellos. Se crean conceptos entonces para hacer esas diferenciaciones: civilizado-primitivo, occidente-oriental, racional-irracional, moderno-tradicional, lo científico-lo mítico: Europa-No Europa. Se trata de la potenciación de los mitos fundacionales de la historia de la modernidad que se tienen como los únicos válidos y resultan hegemónicos, esto es, de la consideración de que el estado de naturaleza en que vivían los hombres se superó en Europa, pues ellos se volvieron civilizados, y la idea de que las diferencias entre Europa y lo No europeo es producto de diferencias naturales y no asuntos de poder.

La racionalidad moderna europea, produce que ellos se piensen como lo más avanzado en el mundo y se consideren el fin de la historia, es decir, como ese lugar donde todos los menos avanzados deben llegar mediante un tránsito lineal del decurso de la historia donde el último punto es Europa. Hacen promesas ególatras a todos los ciudadanos del mundo, donde solo se logra avanzar si se los alcanza, si se deja en el pasado lo demás. En ese contexto, es necesario comprender que la racionalidad moderna europea es eso, solo una forma de racionalidad moderna; no encierra la complejidad de la modernidad en sí misma. La modernidad es más compuesta y se articula sobre relaciones sociales, materiales e intersubjetivas, cuyas explicaciones se derivan de la comprensión del sistema mundo y patrón de poder mundial actual, las contradicciones sociales del mismo y del proceso histórico que lo produjo: la colonización de América. “A partir de América un nuevo espacio/tiempo se constituye, material y subjetivamente: eso es lo que mienta el concepto de modernidad” (Quijano, 2000, p. 7).

Como producto de la colonialidad y la categorización y organización social de todas las culturas existentes en América en torno a la raza, produjo que no solo ellos fueran despojados de su identidad e historia propia, sino que también se negara y subalternara su papel en la historia y la producción cultural mundial. Desde ese momento, hasta hoy, son consideradas como razas inferiores, primitivas, no evolucionadas o del pasado. Se creó, en ese sentido, una división dicotómica, dual o binaria de la realidad en todas las esferas, cuyo punto de partida era lo europeo, y una visión lineal de evolución que culmina en Europa, propendiendo por la homogenización de las diferencias. Por demás, se trata de un proceso que bebe notable y funcionalmente de aquella concepción separatista entre el cuerpo y el no-cuerpo, dejando la razón por fuera de lo sensible del ser humano, a suerte de instrumentalizar y convertir en simple objeto de exploración y conocimiento al cuerpo, como justificante perfecto para el ejercicio de dominación: los de razas inferiores solo poseían cuerpo, no alma ni razón.

Todo lo anterior ha tenido una consecuencia profunda y fundamental para entender a América hoy: seguimos reflejándonos ante un espejo que no nos indica la realidad de lo que somos ni de lo que requerimos para identificar nuestros problemas y las soluciones para ello. Gracias a la colonialidad/modernidad eurocéntrica capitalista nos vemos de manera parcial, distorsionada y como una ficción. Situación que, además, ha significado la absoluta imposibilidad de construir un auténtico Estado y formas jurídicas con aires de democracia, pues la nación en si misma sigue colonizada, subyugada y segregada, solo que con otra estructura institucional.

La construcción de la nación y sobre todo del Estado-nación han sido conceptualizadas y trabajadas en contra de la mayoría de la población, en este caso, de los indios, negros y mestizos. La colonialidad del poder aún ejerce su dominio, en la mayor parte de América Latina, en contra de la democracia, la ciudadanía, la nación y el Estado-nación moderno. (Quijano, 2000, p. 17)

De esta manera, se tiene que para Quijano el poder hace referencia a explotación, dominación y, por lo tanto, conflicto, pues no es otra cosa que “las diferencias que hay en la sociedad respecto de los recursos que unos tienen, porque cumplen determinadas funciones, para imponer sus decisiones a los demás, o de imponer sus intereses sobre los de otros, porque ocupan determinadas posiciones sociales” (Quijano, s.f., p. 4). Así, el poder no se limita a un solo campo, sino que es una disputa en diferentes espacios donde se desarrolla la vida social del ser humano: trabajo, autoridad, subjetividad, intersubjetividad, familia, sexo, intimidad y, en general, en los distintos roles y relaciones sociales existentes y concurrentes, que, por eso mismo, resultan ser históricas, articuladas, interdependientes, con especificidades propias y delimitantes horizontalmente.

En esa medida, los análisis que del poder se hagan o que tengan que ver con este directa o indirectamente, deben entender que el mismo se ejerce de manera diferenciada en cada ámbito social. Es decir, la tríada de dominación-explotación-conflicto, no opera siempre al mismo nivel y de la misma manera. Así, por ejemplo, la dominación como elemento básico del poder se desarrolla más ampliamente en el ámbito de la subjetividad y la autoridad, resultando preponderante en el contexto actual la raza y la idea de colonialidad vendida por el eurocentrismo; la explotación por su parte se hace más notoria en campos económicos, de trabajo, producción y distribución de riqueza. No obstante, eso no implica capear las discusiones y contenidos morales de uno u otro concepto ni justificar los ejercicios de sometimiento, al estilo liberal, ni tampoco subordinar uno al otro, a suerte de deshistorizarlo o ahistorizarlo, como se deriva de la comprensión de explotación desde el materialismo histórico. Funcionan de manera conjunta y como engranajes complementarios para analizar el poder.

La dominación duradera refuerza la explotación y seguramente ésta hace lo mismo con aquella. Pero ninguna se origina en la otra, ni, en consecuencia, la determina. Tienen ámbitos diferentes, orígenes y carácter diferentes, pero la una no podría existir sin la otra. (Quijano, s.f., p. 9)

De la misma manera, se debe tener presente que aquello siempre supone conflictos y resistencias, siempre existentes tras las conclusiones de una disputa específica en un momento dado, que en ese sentido es contex-

tual e histórica. Para Quijano, en el marco de las disputas, la generación de la reproducción de las relaciones de poder surtidas tras esa batalla supone violencia, pero su reproducción constante a lo largo del tiempo no se hace a través de la normalización de la derrota o el apaciguamiento del conflicto con formas diversas de dominación, así este nunca se ausente. Se tiene entonces que, para él, lo que se conoce como poder social resulta de una co-presencia de los conceptos y ejercicios de dominación-explotación-conflicto en contextos y espacios históricos específicos y en momentos dados. Así, el poder se difumina y está presente en toda la vida social del ser humano: en sus conductas, cotidianidad, relaciones e instituciones, siempre en clave dialéctica como el motor de la historia. Suponer eso, implica reconocer que las relaciones sociales no son producto espontáneo de la voluntad individual de los sujetos en un momento dado, ni tampoco algo externo, inconsciente y predeterminado a ellos, sino más bien articulaciones de poder, es decir, del tríptico dominación-explotación-conflicto, donde el sujeto tiene elemento participativo importante.

Eso supone que, en cada momento histórico concreto, las formas de control producto de la detentación del poder acudan a determinados instrumentos para lograr su hegemonía. De esa manera se comprende la existencia, surgimiento y desarrollo de las instituciones en cada relación social particular, con su adscripción a la totalidad social y al poder comprendido de esta forma. Así, se tiene a la empresa como la forma en que se organizan las relaciones de producción capitalista y se controla el trabajo; la familia burguesa-patriarcal en el control de los roles del sexo y la reproducción; el eurocentrismo en el control de la subjetividad, la verdad, la producción del conocimiento y el imaginario; y, el Estado nación moderno como forma de control de la autoridad a través de la monopolización de la violencia. Pareciese que la ponderación deja de lado la concepción del poder y la construcción del derecho y el constitucionalismo así entendida, siendo incauta con una realidad inescindible de las discusiones que sobre los derechos tengan lugar y abriendo paso a la necesidad de someterse a una crítica desde este horizonte, en clave de generar elucubraciones y formas hermenéuticas transformadoras y liberadoras de la realidad de América Latina.

3. HACIA UNA CRÍTICA DECOLONIAL Y MATERIAL DE LA PONDERACIÓN

Como se ha ido esbozando, se concibe que tanto la formulación y justificación filosófica, como la misma puesta en marcha del aparato de la ponderación, se basa a nuestro juicio en fórmulas sacralizadas que se basan en

abstracciones y elucubraciones lógico-deductivas descontextualizadas⁵. En sus bases axiológicas, la ponderación no discute sobre la situación estructural de opresión y represión en la que viven las mayorías populares de América Latina y gran parte del mundo que ha asumido el modelo constitucional de derecho, producto de la explicada matriz de colonialidad. Es una figura que no solo olvida el disenso y desconoce el conflicto en perspectiva dialéctica, sino que omite la alteridad y exterioridad como una necesidad casi que esencial de la misma propuesta teórica. Olvida que las normas son praxis jurídicas normativas (Salamanca, 2011) y se deja de lado que estas tienen una función semántica de designación de relaciones deónticas existentes en la realidad en un marco definitorio e ideológicamente determinado para ello.

Con la ponderación y su velo a-ideológico se hace juego a la falsa neutralidad y no se ausculta tras la verdadera intención de la norma. Ese resulta ser el más grande inconveniente del uso de esta herramienta en un contexto plagado de injusticias históricas y una realidad colonial producto del proyecto liberal-moderno-capitalista, más allá de sus virtudes y aportes al constitucionalismo contemporáneo y la teoría hermenéutica. Se fundamenta supuestamente en la necesidad de justicia, pero no disputa lo ordenado sobre lo injusto: pretende ser una figura absoluta e ingenua de matización y armonización de los conflictos, en un espacio que exige justicia material más que formal. Se tiene entonces una figura fetichizada, es decir, que convierte a las normas en fines en sí mismos, poniendo al ser humano a su servicio e ideologizada, esto es, en una forma de legitimación de lo establecido, ocultando así lo injusto de ello.

-
5. A manera de ilustración, nótese los principios en los cuales se basa Alexy para hablar de los discursos jurídicos, con base en las reglas que “operan” (o deben operar) en el discurso práctico general, que son los lineamientos para observar al momento de hacer una ponderación:

Las *reglas fundamentales* (...) incluyen: la regla de no-contradicción (ningún hablante puede contradecirse) y la regla de la constancia terminológica interpersonal (Hablantes diversos no pueden usar la misma expresión con significados diversos). Las *reglas de razón* establecen los derechos y deberes fundamentales inherentes a la participación de un hablante en las discusiones (discursos) sobre cuestiones prácticas (inherentes a lo que se debe, no se debe, se puede hacer): por ejemplo, quien se encuentre en condiciones de hablar puede (es decir, tiene el derecho de) tomar parte en los discursos, cualquier hablante puede problematizar cualquier afirmación, cualquier hablante puede expresar sus opiniones, deseos y necesidades, ningún hablante puede ser obstaculizado en ejercicio de tales derechos con constricciones que provengan del interior o del exterior del discurso. Las *reglas sobre la carga de la argumentación* establecen las condiciones en presencia de las cuales un hablante está llamado / no está llamado a justificar una posición propia: por ejemplo, quien haya producido un argumento está llamado a presentar ulteriores argumentos, tan solo en presencia de un argumento contrario. Las *reglas sobre la justificación* establecen los criterios que cualquier regla de comportamiento debe satisfacer para poder ser considerada como racionalmente justificada: por ejemplo, cada uno debe poder aceptar las consecuencias para cualquiera de las reglas por él presupuestas o afirmadas, cada uno debe poder aprobar cada regla, toda regla debe poder ser mostrada públicamente. Por último, las *reglas sobre la transición* establecen en qué condiciones un hablante puede pasar de un tipo de discurso a otro tipo de discurso: por ejemplo, a cada hablante le está permitido en todo momento pasar a un discurso teórico (empírico), a cada hablante le está permitido en todo momento pasar a un discurso de análisis del lenguaje, a cada hablante le está permitido en todo momento pasar a un discurso de teoría del discurso. (Alexy, como se citó en Chiassoni, 2011, p. 40) (Subrayado fuera del texto original)

Cae en el juego discursivo que concibe que una decisión jurídica solo será racional si se justifica desde una instancia metajurídica que cumple con las reglas lógicas del discurso; empero, no se cuestiona sobre las asimetrías reales y los intereses que se esconden bajo el velo de los discursos. En su estructuración técnica como herramienta para solucionar colisiones entre principios hay una romantización inocente *per se* de las instituciones del derecho moderno, claramente manifiesta en su defensa por la dogmática presentada como los límites al positivismo (Atienza, 2005). En consecuencia, presenta una función judicial si activista, pero con presiones sobre lo más objetivo y correcto posible en un marco *ab initio* y ontológicamente marcado como incorrecto y no objetivo. Sin darse cuenta pretende un sesgo ideológico demarcado por la apoliticidad del juez, pues acepta pasivamente los valores ideológicos dominantes y los exalta. Resulta ser defensor de una cultura judicial hegemónica que propugna por la coherencia y neutralidad como su forma para mantener indemnes los privilegios de los dominantes y en igual situación a los dominados. No obstante, lo que se indica es que la actividad judicial presenta, por el contrario, una inexorable dimensión política en virtud de las inevitables opciones valorativas que necesariamente intervienen en toda decisión jurisdiccional (Ferrajoli, 1973)⁶.

Hay una reformulación del principio de independencia judicial que le es indiferente a la ponderación, a pesar de querer limitar la discrecionalidad de los jueces: cae tautológicamente de manera inasible en ello en contra de lo que hipotéticamente significa su génesis, pues con ella se hace apología a eso que siempre será discrecional. No establece un valor guía en su racionalidad, sino que lo deja justamente al arbitrio de los valores del juez a la hora de analizar los casos concretos, interpretar y ejercer justicia, ni tampoco asoma su vista al contexto histórico que fija ese componente ético presente en toda hermenéutica.

Valga recordar que, para Gadamer, interpretar es similar a un diálogo que puede ser tal si se hace entre dos sujetos que hablan el mismo lenguaje y conocen los objetos del tal lenguaje. Por eso resulta de capital importancia

6. Ya lo advertía Duncan Kennedy (1999), cuando reflexionaba sobre lo que oculta la ideología del Estado de Derecho:

en todos los sistemas occidentales, el discurso que los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos utilizan para legitimar la aplicación del poder estatal niegan (suprimen, mistifican, distorsionan, ocultan, evaden) dos fenómenos claves: a) el grado en que las normas establecidas (ya sea que estén contenidas en códigos o en precedentes) estructuran la vida pública y privada de tal manera que confieren poder a unos grupos a expensas de otros, y en general reproducen el sistema de jerarquías que caracteriza la sociedad en cuestión; b) el grado en que el sistema de normas jurídicas tiene vacíos, conflictos y ambigüedades, que son resueltos por jueces que persiguen proyectos ideológicos conscientes, inconscientes o semiconscientes, relacionados con puntos relativos a la jerarquía social. (p. 14)

en los ejercicios de aplicación de derechos leer las tradiciones culturales y las experiencias del mundo de las comunidades y no darlas por sentadas desde lo ya normativamente establecido. Para tomar una decisión judicial en donde hay colisión de principios constitucionales, se debe como un paso ineludible conectar el texto y su contenido con los horizontes históricos de los sujetos y objetos de la interpretación (Pérez, 2018). Entonces ¿cómo desde la ponderación se pretende interpretar, bajo reglas abstractas, los estatutos jurídicos de nuestros textos constitucionales sin reconocer la vigente tradición de colonialidad que atraviesa nuestros sentidos, subjetividades y lenguajes enmascarando el velo ideológico de dominación existente? ¿No sería un oxímoron interpretar la colonialidad de nuestra realidad jurídica desde un instrumento por antonomasia e implícitamente colonial? En palabras más propias de la filosofía de la liberación: ¿cómo interpretar las necesidades vivas de la exterioridad desde la totalidad excluyente?

Pues la ponderación es un instrumento que procura armonizar lo no armonizable a partir de un argumento de racionalidad vacío y abstracto que esquivo análisis reales en las relaciones de poder y como resultado se tiene una figura ingenua, ahistórica y apolítica en un contexto jurídico donde el componente histórico y político atraviesa todo tipo de discusiones y es condición de posibilidad hasta para su propia existencia. Deja de lado que el constitucionalismo liberal no busca racionalizar pacíficamente la sociedad e incluir a todos los ciudadanos en una promesa de avance y prosperidad para todos, sino más bien se edifica como un elaborado y sofisticado esfuerzo para demoler la democracia e instaurar más fácilmente las necesidades del capitalismo con sus consecuencias necropolíticas, crueles e inhumanas inherentes. Se lanza en ristre y sin mayor reflexión como un salvavidas cómplice del sujeto que intencionadamente se ahoga con sus propias aguas. “Que más narcisismo y desvarío infantil que creer que nueve personas interpretando un texto sagrado local van a cambiar una realidad poseída por un sistema que se edifica en la codicia” (Sanín, 2013, p. 21).

Se dice que la ponderación obliga a los interlocutores en el mundo jurídico constitucional a dar un debate sobre derechos y el derecho, pero no se pregunta sobre las raíces y el fundamento de esos derechos o ese derecho. Por lo tanto, pese a ser una herramienta bien intencionada, peca de candidez e indiferencia de lo que resulta ser más determinante a la hora de discutir sobre derechos constitucionales: su fundamento y creación histórica. Se convierte en una herramienta técnica y formal de encriptación

constitucional indisponible para el sujeto constituyente popular⁷ que debe ser el sujeto por antonomasia de determinación del núcleo y garantía de sus derechos, en un contexto de constituciones fetichizadas⁸. Como bien afirma Revenga (2019) “lo interesante no es la ortodoxia interpretativa abstracta e ideal, sino la concreta (y operativa) orto-praxis constatada” (p. 64).

Si bien la ponderación tiene algo de analógica y sus intenciones van en la línea de evitar univocismos y equivocismos al momento de tomar una decisión judicial se queda corta en la propia fundamentación desde lo analógico. Se limita a hacer una elucubración formal y de dogmática constitucional, sin poner de primicia al sujeto o la persona como un elemento central en cualquier hermenéutica analógica. Precisamente, para Beuchot (2007) “la persona, tanto sus derechos subjetivos como lo que se le debe para su vida digna (lo justo), es la fuente principal (el analogado principal) del Derecho” (p. 84). De esa manera se supera la racionalidad formal que se ufana desde la ponderación, dotándola de un contenido material, cuya inclinación básica se cierne sobre la necesidad de producir y reproducir la vida de las personas. Se conjugan así elementos ontológicos, antropológicos y éticos materiales que bregan por la objetividad sin dejar de lado la subjetividad de los intérpretes (Beuchot, 2007).

Como bien lo afirma el mismo autor, la analogía tiene como requisito el diálogo y el sentido comunitario de la construcción de sentido, pero siempre en un contexto sea oral o escrito que pone los propios límites de la interpretación. De esa manera, de lo que debe tratarse a través de las formulaciones hermenéuticas es un sentido de otredad concreta, más que de abstracción concretizadora. Lo que mejor nos prepara para el diálogo y, por lo tanto, para la interpretación es ponernos en el lugar de otro (Beuchot 2010). Con ello se adquieren habilidades dialogales como principio de universalización. No obstante, ello no debe concebirse como un *a priori* de la comunicación al estilo habermasiano, “sino como un *a posteriori* analógi-

7. Al respecto, siendo que las discusiones en torno al poder constituyente rebasan el objetivo del presente documento, se comprende a éste siguiendo lo planteado por Medici (2018):

El poder constituyente es el poder poner y definir en conjunto los medios (siempre culturalmente plurales) para la satisfacción de las necesidades de la vida humana en su circuito natural, supone entonces el fundamento de un juicio crítico de racionalidad reproductiva acerca de la justicia de los sistemas constitucionales realmente existentes. Supone también, no un fundamento contingente de la democracia radical, sino su materialidad (...) Así, el poder constituyente popular es la capacidad de instituir de una comunidad política sobre lo que es, lo que debe ser y lo que podría ser, dentro de las condiciones históricas de factibilidad. (pp. 215-216)

En ese sentido para una lectura panorámica y más completa de este concepto se recomienda revisar: Medici, A. (2016). Otro Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP

8. En efecto, el proceso de fetichización de la constitución ha supuesto que ella en lugar de ser un espacio abierto a una comunidad ampliada de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía y en especial da relevancia a la acción y a la voz de los grupos sociales más postergados y subalternizados, resulta ser un coto cerrado para los operadores judiciales y los doctrinarios del derecho constitucional que tienen la llave de su encriptamiento. (Medici, 2018, p. 218)

co, o una analogicidad no apriorística sino aposteriorística, que nos hace asimilarnos a los demás, analogarnos a ellos, para llevar el diálogo a un desenlace lo más fructífero que se pueda” (Beuchot, 2007, p. 131).

No solo se trata de que haya una mediación analógica entre derecho y moral, sino de construir una hermenéutica que reconozca que los textos jurídicos pertenecen a contextos sociales, políticos y antropológicos desde los cuales se debe interpretar, que, para el caso de América Latina, están atravesados por su realidad e historia colonial. Asimismo, no debe dejarse de lado que la ciencia jurídica ineludiblemente debe ver al ser humano: es el ser humano y no las normas el objeto mismo de toda actividad interpretativa y la base de toda relación ontológica social y jurídica (Beuchot, 2007). Así, se debe reconocer a través de los ejercicios hermenéuticos que, solo se puede preservar el orden jurídico vigente en un marco de toma decisiones moralmente justificadas y contexto de prácticas sociales existentes, “salvo que sea tan injusto que pueda ser mejorado y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocerlo, aun a riesgo de no poder establecer otro con éxito” (Nino, 1994, p. 139).

Un ejercicio hermenéutico comprometido con la transformación y la historia debería desenredar el nudo ideológico que sostiene la estructura jurídica del liberalismo, como única verdad posible e incontestable y así mostrar sus falacias inmanentes. Debería cimentarse sobre la necesidad de la producción y reproducción de la vida de las personas, las comunidades y los pueblos. La hermenéutica y sus herramientas no deben, en consecuencia, ser mecanismos de perfección y perfectibilidad del sistema, sino más bien un bisturí que tienda a su perforación comprometida con la develación de las contradicciones y vacíos más grandes de ese sistema. Debe combatir lo imposible y esa idea de inexorabilidad e irreductibilidad de los textos constitucionales programados por sus más célebres pontífices portavoces y reproductores pasivos (Sanín, 2013).

Se debe reconocer que las sociedades se construyen a través de mitos fundacionales que estructuran funciones e instituciones, donde el derecho se erige como la narrativa, normalización, fetichización e ideologización de ese mito fundacional. En la parte dogmática de las normas es donde se transmite el mito social (Sanín, 2013). De esa manera, la ponderación emerge como un engranaje perfecto para la reproducción de lo que el mito propone: no lo discute, sino que lo petrifica y justifica con los mejores argumentos posibles, en la vetusta idea de comprensión de los derechos como un sistema cerrado y auto atributivo. Las colisiones entre derechos no significan choques dogmáticos intra sistémicos, sino que muchas veces son resultado de controversias entre mundos y realidades opuestas que, en ejercicio dialéctico material, suponen una asimetría real. Poner a dialogar

ingenuamente, como lo propone la ponderación, esas concepciones y horizontes sin tener en cuenta el componente ideológico subyacente en ello, es en consecuencia una propuesta de diálogo ficticia sobre lo que resulta ser hasta indialogable. Es una creencia que cree completo y correcto al sistema, negando sus problemas internos, inseparables e indivisibles.

Por ende, las contradicciones constitucionales no pueden solucionarse con un método interno, pues la contradicción proviene del mismo arreglo constitucional. Cuando la crisis se asoma, ella prueba el fracaso de tal teodicea, la crisis descubre la cortina de la doble moral del sistema que condiciona en series binarias sus contradicciones. (Sanín, 2013, p. 148)

En ese sentido, lo que se procura es que el mito colonial hegemónico en Nuestra América deba ser recusado desde el espacio de los métodos de interpretación, donde resulta imperativo “romper con la difusionista y evolutiva eurocéntrica del constitucionalismo y de las generaciones de derechos desde la alteridad decolonial” (Medici, 2016, p. 196), para que así el discurso de garantías constitucionales manifestadas como derechos o principios no parezca un fantasma sacado de otra época y contexto incapaz de leer lo que tiene en frente y se organice una subjetivación jurídica constitucional comprometida con la justicia y no aliada con la injusticia.

3.1. *Mejor Historizar*

En atención de lo anterior, a manera de propuesta se trae a colación el método de la historización de los conceptos preconizada por Ignacio Ellacuría que resulta perfectamente aplicable a las técnicas de interpretación constitucional en eventos de conflictos de derechos o principios, que coadyuva con la desideologización para una praxis en tránsito hacia la liberación, superando las incompletitudes, contradicciones y vacíos de la tan famosa y extendida práctica de la ponderación en el mundo jurídico⁹. Como parte

9. Valga resaltar que ello hace parte de la propuesta filosófica de realidad histórica que defendió Ignacio Ellacuría y hoy se entiende como su más valioso aporte intelectual. En ese sentido, cuando Ellacuría habla de realidad, lo hace tomando el concepto propuesto por Zubiri quien, desde una perspectiva filosófica, plantea una metafísica de la realidad. Metafísicamente trata de explicar conceptos intramundanos, es decir, de la realidad del mundo que enfrenta y siente el ser humano. Para él, metafísica no es ontología, su metafísica es más bien real. Lo trascendental está en las cosas mismas, no por fuera ni sobre ellas. La realidad tiene algo de *suyo* independientemente de la impresión que el sujeto tenga de ella. En ese sentido, lo real no es real en cuanto tal: es real en cuanto real, independiente de lo que es la cosa en su talidad. Lo que hace a algo real es una respectividad entre las realidades en el marco de una estructura dinámica de lo real (las cosas): esto es lo que las hace de *suyo*. Así, para Ellacuría, la realidad suprema y, por lo tanto, el objeto de la filosofía será la realidad histórica, entendida como metafísica intramundana, no solo por su carácter globalizante y totalizador, sino en tanto realidad histórica: campo máximo de lo real (respectividad de la realidad en el contexto del dinamismo), que supone un momento de realidad que se forma por todos los modos de realidad en respectividad y contexto dinámico. En ese contexto, la historia es un constante de ir hacia nuevas formas de realidad, en donde la interacción de las cosas forma las diversas formas de realidad, produciendo modos de realidad en estadios no jerárquica sino de apropiación que hace que algunos sean más o menos realidad (Ellacuría, 1999).

de su propuesta filosófica de una praxis de liberación socio histórica, se resalta a la historización como un método que sirve para conocer, comprender, develar, desocultar y desideologizar conceptos que, al ser ideologizados por la estructura y las praxis opresoras, requieren verse inmersos en un entramado de liberación¹⁰. Al respecto, se asume que ésta es una herramienta bastante útil para comprender alternativamente los derechos y sus aplicaciones, pues encarna ampliación de horizontes y elucubraciones rigurosas sobre ellos, con una fundamentación en una teoría fuerte y material de la justicia y el bien común.

En ese contexto, según Ellacuría no puede hablarse de derechos sin hacer referencia al bien común. En ese sentido, asevera que existe una concepción formal sobre él, en donde la bondad y eticidad de las conductas del individuo se delimitan en tanto se ejercen en función de ese bien común. Lo contrario significaría incurrir en un acto no ético. “No hay voluntad recta en ningún hombre que busca un bien particular si no lo refiere al bien común como a su fin” (Ellacuría, 2012a, p. 277). Es la búsqueda y la práctica de ello lo que configura la justicia; es decir, la justicia es en la medida que promueva el bien común y el ejercicio de acciones dirigidas a este hacen que la sociedad civil sea justa. La justicia es causa, condición y efecto del bien común.

Se destacan entonces 3 aportes que se derivan de esa comprensión formal de los derechos humanos y el bien común: 1. Al anteponer al bien común como condición de posibilidad de lo justo y del orden social que, por antonomasia, existente en cuanto ese fin, evita justificar éticamente conductas de intereses individuales, que contravengan ese orden, pues no solo se atenta contra el bien de todos, sino que se pone en riesgo la existencia de la sociedad misma. 2. El bien común no se reduce a la sumatoria mecánica e irrestricta de los intereses particulares, sino que su existencia se da ontológicamente dentro del bien común; en otras palabras: el bien común es, porque existe en sí mismo, no porque se llega a él a través del conjunto de bienes sustancial y cualitativamente diferentes a su natura-

10. Según Rosillo & Faz (2015)

El peligro de la ideologización consiste en la legitimación que puede otorgar un sistema injusto, en búsqueda de mantener el *statu quo*, pues se realiza lo bueno y se oculta lo malo que tiene, utilizando expresiones ideales que son contradichas por los hechos reales y por los medios empleados para poner en práctica el contenido de dichos ideales. (p. 96)

leza¹¹. 3. Al ser el bien común la existencia de condiciones estructurales dentro de la sociedad, así como al tener su naturaleza y expresión en la justicia, se establece el norte de las instituciones, las prácticas institucionales y los principios rectores de quienes ejercen las funciones institucionales en ello mismo. Es decir, la legitimidad de las instituciones y quienes ejercen el poder se dará siempre en función con el cumplimiento del bien común y la justicia.

No obstante, esta concepción contiene algunas limitaciones. La realidad es muestra de que, a pesar de ser teóricamente un modelo con buenas intenciones no va más allá y desconoce algunas situaciones de la realidad que son necesarias al analizar el bien común, los derechos humanos y la justicia. No se hace en instancia material, real, sino ideal, abstracta, metafísica. “Dicho, en otros términos, no tiene en cuenta las condiciones reales, sin las cuales la persecución del bien común es engañosa” (Ellacuría, 2012a, p. 281). Por demás, en cuanto al bien común, no hay un análisis completo e historizado de la realidad; se hace a partir de un *locus* limitado por los mismos horizontes y comodidades de quienes las proponen. No es una propuesta como tal de bien común para todos como un todo, sino que ese todo es parcial y solo aplica para quienes son considerados como posibles partes de ese todo, excluyendo a otros seres humanos de quienes se servían hasta para escribir sobre ello. No se generan rutas y caminos concretos para poner las condiciones necesarias para el bien común, sino que se habla de bien común en abstracto. Es una propuesta mistificada del bien común, en tanto, parte de marcos analíticos que suponen que el orden como tal es justo y todo lo que escape a ello, no solo es injusto, sino que por eso mismo ataca el bien común; no se percata de la existencia de contradicciones sociales innegables y con representaciones de intereses contrapuestos, por lo que no hace un análisis auténticamente profundo sobre el bien común.

Se reconoce entonces que igual situación pasa con el discurso de los derechos humanos y constitucionales. No debe perderse de vista que su creación no es espontánea ni producto de rayos divinos de un sujeto metafísico que quiere la paz y la tranquilidad. Se afirma que puede pasar que

11. Lo anterior no significa que Ellacuría desconozca la existencia y necesidad de los bienes personales y derechos de la persona. Al contrario, los reconoce, pero antepone para su desarrollo la realización del bien común, así como critica las prácticas de apropiación individual de lo que nos pertenece a todos. En otras palabras, solo con el bien común se potencia la existencia del bien particular, sin que sea admisible en ese orden querer como propio lo del todo. Por demás Ellacuría (2012a) afirma: “Se propone, por lo tanto, un bien común que sea trascendente a cada uno de los individuos, pero sin ser exterior a ellos; un bien común que sobrepasa lo que es cada uno individualmente considerado, pero en la medida misma en que cada uno se sobrepasa a sí mismo, en su dimensión comunitaria y social” (p. 281).

con los derechos se legitima, vigoriza y potencia, por ejemplo, un estado de cosas (político, económico y social) que violenta derechos fundamentales básicos y auspicia la apropiación individual del todo, imposibilitando de manera esencial la defensa por ellos, cayendo en su inevitable mistificación.

Por lo anterior, según Ellacuría si se quiere superar esas limitaciones y poder identificar la verdad o falsedad de su discurso, es necesario hacer un ejercicio de historización de estos conceptos. En este contexto, para hablar de bien común y derechos se debe hacer una examinación que pase por: 1. Analizar la situación histórica concreta de su verdad real, de su realidad. 2. Ese análisis se hace sobre la participación de la mayoría de la humanidad en los derechos humanos y el bien común. La verdad está entonces en quienes no han sido partícipes de ello (explotados, dominados, oprimidos, negados). 3. Una vez historizado eso, se debe reconocer que el bien no es común y los derechos humanos no se aplican para toda la humanidad. 4. Por lo tanto, se debe propender por la liberación de los no partícipes en ello y son víctimas de la no apropiación de recursos y la negación de sus derechos, donde tanto bien común como derechos humanos deben ser de y para esos oprimidos. Así se hace justicia y se toma la forma de *hacerse justicia*: “Sólo haciendo justicia a los pueblos y a las clases oprimidas se propiciará su auténtico bien común y unos derechos humanos realmente universales” (Ellacuría, 2012a, p. 289). 5. El bien común así concebido es un producto, proceso, herramienta y mecanismo para que se configure una sociedad real, es decir, una donde no existan divisiones que, a su vez, divida ese bien común. Es necesario admitir que en una sociedad donde ello esta fraccionado, no puede pensarse al bien común como algo “para todos”, pues en ella ya existe negación de eso común proveniente de una de las partes divididas y que divide. 6. La lucha por la liberación, el bien común y los derechos humanos no es individual, es decir, no se hace contra sujetos individuales: es estructural, debe ir por la desestructuración de la ordenación que niega, oprime, explota y domina. Eso no implica desconocer los derechos humanos que le corresponden al ser humano por el hecho de serlo, ni de los grupos sociales, pueblos o naciones. 7. El protagonista en ese proceso no es el Estado ni es imposición totalitaria de él, sino la sociedad que debe involucrar a la mayor parte de sus miembros.

En el mismo sentido, considera Ellacuría que las discusiones en torno a los derechos y sus disputas deben darse en tres planos: 1. Epistemológico (en cuanto verdad o falsedad), 2. Ético (en cuanto justo o injusto) y 3. Práxico o político (en cuanto ajustado o desajustado a la realidad). Para ello es que resulta funcional el método de la historización. Dicha formula no implica únicamente hacer un análisis historiográfico de los derechos humanos, sino que conlleva: 1. Verificación empírica de lo epistemológi-

co, ético y práxico. 2. Si el derecho sirve para beneficio de unos pocos y no es efectivo para otros. 3. La existencia de condiciones reales para que el derecho se haga efectivo. 4. Desechar toda matriz idealista de su fundamentación y desideologización de los derechos desde ese horizonte para su formulación. 5. Medir temporalmente las posibilidades de realización de los derechos.

Según él, esto permite develar los intereses políticos e ideológicos que se esconden tras la reglamentación absoluta y abstracta de los derechos, pues discute sobre las formas y realidades materiales de adquisición de derechos e identifica cómo existen algunos derechos que más bien son privilegios y, por lo tanto, niegan su realidad óptica como entidades pertenecientes a la humanidad. Se trata entonces de una propuesta que supera la abstracción, ideologización y matriz ahistórica en la forma de concebir los derechos, y que se enfoca en la defensa del débil contra el fuerte. Los derechos se piensan de manera concreta, histórica y situada. La humanidad no es entonces la sumatoria de hombres únicos y con características universales, sino una realidad concreta y escindida entre quien disfruta los derechos y quien los padece. Hay una relación dialéctica en ello: la realidad está entre los opresores y los oprimidos, entre los dominantes y los dominados, que representan intereses contrapuestos y esencialmente incompatibles, donde el padecimiento y no disfrute de derechos para los oprimidos se da por la privación, despojo y diferenciación promovida por el opresor (Ellacuría, 2012b).

De esa manera, la historización es dialéctica y entiende a los derechos como algo material e históricamente realizable en la medida en que supere dicha privación, despojo, diferenciación y explotación. Es decir, los derechos se concretan dinámicamente en la historia a partir de su teorización sobre lo verdadero, justo y ajustado en cuanto negación de la opresión y la dominación en clave de superación.

Se trata, por tanto, de un proceso negativo, crítico, y dialéctico, que busca no quedarse en la negación, sino que avanza hacia una afirmación nunca definitiva, porque mantiene en sí misma, como dinamismo real total más que como dinamismo lógico, el principio de superación¹². (Ellacuría, 2012b, p. 367)

12. Según Ellacuría, esa ha sido inclusive la matriz de surgimiento de los derechos en general, y los derechos humanos en particular a lo largo de la historia. Las declaraciones de derechos más conocidas y que se han tomado como referente histórico al momento de estudiar los derechos humanos, son fruto de eso. Según él, ellas son producto del esquema: desigualdad existente, conciencia de esa desigualdad, apropiación de ella por una clase emergente, objetivación de la protesta, lucha revolucionaria, vencer en la lucha, justificación de lo nuevo a lo que antes eran privados. En ese sentido, se trata de derechos que se producen por y para una clase social determinada, que devela su carácter ambivalente e ideologizado y fungen como instrumentos legitimadores de los nuevos dueños del poder, a pesar de poner en el ideal el carácter universal de ellos. La universalización, en ese sentido, no resulta más que un mito y estrategia de esa legitimación para la dominación.

En ese sentido, es que la historización se enfoca desde la negatividad y la negación, desde el no-ser e imposibilidad de que sea, de la clase social a la que se refiere. Se trata de una negatividad en tanto realidad negada, es decir, la obstaculización e impedimento para que el dinamismo de superación se dé como hecho concreto (elemento objetivo); y, en tanto realidad negadora, esto es, el sujeto, clase, grupo, institución o estructura que posibilita la negación (elemento subjetivo). Ello genera la acción práxica y dialéctica entre teoría y práctica que deben seguir los no-ser, produciendo a su vez, lo que se concibe como una lucha por los derechos.

En la teoría para descubrir, por negación superadora, cuál es el rostro histórico del derecho deseable y posible; en la práctica para lograr que la lucha por la realización del derecho consiga que se haga justicia y llegue a anular, no necesariamente a aniquilar, la realidad negadora en lo que tiene de negadora (Ellacuría, 2012b, p. 368).

Se tiene una herramienta virtuosa y favorable con la vida y la desideologización, que se piensa más allá de cualquier dualismo entre lo verdadero y lo falso o entre lo válido e inválido, pues pone en su base el hecho de vivir o no como el elemento condicionante de cualquier juicio de valor. Con la historización se hace una apertura a la validez jurídica como un proceso socio histórico y desde una estructura histórica que ve la verdad, lo justo y lo ajustado de los textos constitucionales con la realidad y propone los cambios y medidas necesarias para que los grupos sociales oprimidos y excluidos de todo goce de derechos, enmarquen sus reivindicaciones y vida en el discurso de los derechos. No se genera una simplista dialéctica entre derecho natural y positivo, derecho vigente o derecho nuevo: no se trata de una relación entre el contenido y la forma, sino entre la afirmación o negación de la vida, donde la primera se verifica si la vida se conserva o si por el contrario ella se aplasta (Medici, 2016), que genera un marco de análisis mucho más profundo al momento de solucionar controversias jurídicas.

CONCLUSIONES

La ponderación o test de proporcionalidad goza de gran acogida en los Estados democráticos constitucionales de derecho a lo largo del mundo. Hoy muy pocos tribunales constitucionales piensan en formas hermenéuticas para tomar sus decisiones cuando hay colisiones de principios o derechos constitucionales por fuera de la ponderación. Por el contrario, se ha formado una élite exclusiva y técnica experta en este tema, capaz de manejarla completamente y arriesgarse a complementarla si es necesario. Se trata de

una figura jurídica vagamente desarrollada en Estados Unidos y con un buen desarrollo en la jurisdicción y doctrina jurídica Alemana. Su más notable defensor y teórico es Robert Alexy, quien la ha propuesto como una forma discursiva y argumentativa racional al momento de tomar una decisión judicial cuando se confrontan o hay choque de principios o derechos constitucionales, cuyos objetivos se ciernen sobre la garantía de evitar la discreción judicial absoluta sin caer en univocismos ni equivocismos muy propios de las posturas hermenéuticas existentes hasta el momento, sino más bien desde una pretensión analógica.

Su fundamento se halla inmerso en una teoría del derecho distintiva con más cercanía a un iusnaturalismo moderado, que reconoce la vinculación entre derecho y moral, así como la subjetividad de los jueces y sus posibilidades de activismo, llenando su contenido a partir de una axiología abstracta e ideal y encontrando sentido en las narrativas que las teorías del discurso y la pragmática ponen de presente. Es un intento metafórico riguroso de aplicación de la teoría del discurso general práctico al discurso jurídico específicamente, que acomete tener decisiones judiciales racionales. Para tal fin, requiere el cumplimiento de una serie de pasos que se condensan en los denominados test de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad. Justamente, las críticas más punzantes que se le han hecho provienen de esa orilla positivista que la concibe como un arma a favor de la discreción judicial, la a-cientificidad del derecho y el bloqueo a la seguridad jurídica, así como de aquellos que ven precario el fundamento de racionalidad que defiende, pues cae en pesos abstractos de los derechos y sin sustento en una teoría general de justicia.

No obstante, desde una visión más material resulta que la ponderación no es más que una herramienta descontextualizada y alienada con el fetichismo constitucional, cuyo origen se confirma por las prácticas de encriptación que promueve y han sido el resultado histórico del ejercicio de poder a través de la matriz de la colonialidad tan necesitada en el sistema mundo moderno/colonial del capitalismo. Es una argucia moderna vestida de buenas intenciones progresistas para rescatar los valores irrescatable de la modernidad, que contribuye con la expansión y mantenimiento de la realidad colonial de los pueblos colonizados desde 1492. De esa manera, se propone comenzar a pensar nuevas formas de solución de controversias jurídicas, instituciones y modelos constitucionales más contextualizados y acordes a nuestras realidades latinoamericanas para dejar de importar modelos insatisfactorios que no coadyuvan con una auténtica liberación de nuestros pueblos, sino con la petrificación justificada de su eterna y natural opresión.

Por lo tanto, seguir reflexionando sobre modelos hermenéuticos y de interpretación alternativos, que contribuyan con la liberación de los pueblos nuestros americanos, como se hace desde la historización de los conceptos planteada por Ignacio Ellacuría, sigue siendo un reto pendiente y una necesidad dentro de los estudios críticos del derecho desde América Latina. Ellos necesariamente deben recurrar las dinámicas de la totalidad y plantearse desde la exterioridad, como una exigencia ética, histórica y política desde nuestro lugar de enunciación cultural y epistémico, para así también ir superando la colonización de nuestro ser, saber y pensamiento. La tarea es que la academia y operadores jurídicos latinoamericanos comencemos a pensar más por nosotros mismos y con base en nuestra realidad, dejando idolatrías ególatras y descontextualizadas; de ir edificando hombro a hombro una ciencia a favor del ser humano oprimido, despojado y empobrecido por el sistema mundo moderno-colonial-capitalista para que esta no quede vacía ni artificial. La idea es que nos llamemos la atención “sobre el peligro de extraviarnos en los esquemas de nuestros propios pensamientos, olvidando que estos esquemas a menudo no proyectan la más ligera sombra sobre el mundo exterior” (Fuller, 1989, p. 71).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (1996). Argumentación jurídica. En: E., Garzón & Francisco, L. (ed.). *El derecho y la justicia* (pp. 231-238). Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: IJ UNAM
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Xpress Estudio Gráfico y Digital.
- Beuchot, M. (2007). *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP
- Beuchot, M. (2010). *Hermenéutica, analogía y derechos humanos*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (Trad. Pau Luque S. & Maribel Narváez M.). Barcelona: Marcial Pons.
- Ellacuría, I. (1999). *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador, El Salvador: UCA Editores.
- Ellacuría, I. (2012a). Historización del bien común y de los derechos humanos en una sociedad dividida. En Juan A. Senet (Ed.), *La lucha por la justicia. Selección de*

- textos de Ignacio de Ellacuría (1969-1989)* (pp. 275-292). Bilbao, España: Editorial Universidad de Deusto.
- Ellacuría, I. (2012b). Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. En Juan A. Senet (Ed.), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio de Ellacuría (1969-1989)* (pp. 365-376). Bilbao, España: Editorial Universidad de Deusto.
- Ferrajoli, L. (1973). *Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/238033034/Luigi-Ferrajoli-Magistratura-democratico-y-el-ejercicio-alternativo-de-la-funcion-judicial>
- Ferreres, V. (2020). Más allá del principio de proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. (46), pp. 161-188.
- Fuller, L. (1989). *El caso de los exploradores de la caverna*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- García, M. (1982). América Latina no quiere ser un alfil sin albedrío. *Granma*. Recuperado de <https://www.granma.cu/mundo/2019-05-21/america-latina-no-quiere-ser-un-alfil-sin-albedrio-21-05-2019-22-05-08>
- González, A. (2020). La ponderación en la aplicación judicial del derecho (pequeño boceto histórico y teórico). *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), pp. 558-655.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y decisión en la restricción judicial: Una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Medici, A. (2016). *Otro Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP
- Medici, A. (2018). Cultura jurídica y teoría constitucional. Iusmaterialismo situado contra el fetichismo y la encriptación. En: Rosillo, A. & Luevano, G. (coord.). *En torno a la crítica del derecho*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP.
- Nino, C. (1994). *Derecho, moral y política: Una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pérez, A. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Quijano, A. (1992). Colonialidad y modernidad / racionalidad. *Perú Indígena*, 13 (29), pp. 11-20.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En: Edgardo Lander (Ed.). *Colonialidad del saber y eurocentrismo*. Buenos Aires, Argentina: Unesco-Clacso.
- Quijano, A. (s.f.). *La colonialidad y la cuestión del poder*. Recuperado de <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/58.pdf>
- Revenge, M. (2019). Sobre el derecho constitucional y sus fundamentos (III). El constitucionalismo de los derechos e interpretación de la Constitución. *Revista Derechos en Acción*, 5 (14), pp. 27-78.

- Rosillo M., A. & Faz A., L. (2015). Hermenéutica histórica y hermenéutica analógica. Un diálogo entre el pensamiento de Ignacio Ellacuría y de Mauricio Beuchot. En Alejandro Rosillo M. & Ramón M. Pérez M. (Coord.), *Historizar la justicia. Estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría* (pp. 87-108). México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C. & Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Salamanca, A. (2011). *Teoría socialista del derecho (iusmaterialismo)* (Tomo I). Quito: Editorial Jurídicas del Ecuador.
- Sanín, R. (2013). *Teoría crítica constitucional*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát - UASLP.
- Uprimny, R. & Rodríguez, A. (2014). *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y Universidad Nacional de Colombia.

ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICADA AL TELETRABAJO EN AMÉRICA LATINA (COLOMBIA, MÉXICO Y PERÚ)

Camilo Ignacio Salazar¹

Fecha de recepción: 9 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 17 de agosto de 2020

Referencia: SALAZAR, Camilo (2020). *Estudio comparado sobre la legislación aplicada al teletrabajo en América Latina (Colombia, México y Perú)*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 11. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: El teletrabajo surge como consecuencia del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), convirtiéndose en una modalidad laboral novedosa que tiene presencia en buena parte de los países de América Latina. Esta circunstancia originó de manera paralela desarrollos normativos, al introducir modificaciones sustanciales a los elementos básicos de la relación laboral. La pretensión de este trabajo es realizar un estudio comparativo de las legislaciones vigentes en Colombia, México y Perú, países donde los teletrabajadores adquieren cada día mayor presencia, afectando el mercado laboral, la jurisprudencia y la doctrina laboral.

Palabras claves: teletrabajo, flexibilización, legislación, relación laboral.

ABSTRACT: Teleworking arises as a result of the development of new information and communication technologies (ICTs), becoming a new form of work, which has allowed regulatory developments previously unknown

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

in labor law. This circumstance makes possible to do comparative studies about the regulation of telework, which is the subject of this article, which will focus its research on the legislations of Colombia, Mexico and Peru.

Keywords: Telecommuting, flexibilization, legislation, working relationship

INTRODUCCIÓN

Internet es el instrumento creado en los últimos tiempos, que conecta a millones de personas y entidades académicas, científicas, culturales, políticas, religiosas, sociales, comerciales, y puede ser considerada como “omnitemática” (Trejo, 1993, p. 33). Hoy se ha abierto la posibilidad de trabajar a distancia, a través de redes y aplicaciones desde teléfonos inteligentes, y en ese sentido, surge el teletrabajo considerado como un nuevo fenómeno del mundo laboral, cuyos efectos apenas comienzan a evaluarse en relación con la generación de empleo, inclusión y flexibilidad.

En el presente artículo se realizará un estudio comparativo de la legislación aplicable al teletrabajo en América Latina, teniendo como referente los convenios y directrices de la OIT, específicamente en los países de Colombia, México y Perú. Colombia por ser pionera de esta modalidad laboral al alcanzar una cifra de 123.000 teletrabajadores en 2018 (Min Tic, 2018). Además de asumir la presidencia del grupo del Teletrabajo de la ELAC 2020, estrategia que plantea el uso de tecnologías digitales como instrumentos de desarrollo sostenible (CEPAL, 2020); México por su parte, no sólo es una de las economías más importantes de América Latina, sino que, en este país el teletrabajo ha tenido un auge acelerado por las iniciativas de sus gobernantes y la masificación de la tecnología. Actualmente el 2.5% de la población laboral activa en México trabaja en la modalidad de teletrabajo, siendo una herramienta importante a la que han recurrido las empresas, además de ayudar a incrementar hasta 45% su productividad (Valencia, 2017); Perú, país vecino merece destacarse, dada la novedad de su reciente regulación en comparación con la normatividad internacional vigente, por cuanto el teletrabajo no surge como consecuencia de la necesidad de la población económicamente activa, sino que responde a iniciativas gubernamentales por promover la actividad laboral para colectivos vulnerables, por ejemplo, los discapacitados.

Las regulaciones de estos tres países permitirán hacer comparaciones en aspectos como el contrato de teletrabajo, el régimen de seguridad social, los riesgos laborales, y los derechos colectivos, identificando sus falencias

y fortalezas. Finalmente se plantearán algunas conclusiones y nuevos interrogantes que pueden dar origen a futuras investigaciones.

METODOLOGÍA

Se aplicará un método de investigación mixto, en cuanto se recurrirá al análisis cualitativo, que permita comprender el sentido, el contexto y los alcances de la legislación aplicable al teletrabajo en Colombia, México y Perú, con el fin de determinar si las mismas cumplen con los postulados del trabajo decente de conformidad con los estándares establecidos por la OIT y si en efecto corresponde a las nuevas necesidades del mercado laboral.

Así mismo, se recurrirá a las cifras generadas en el mundo del trabajo, su incidencia en los porcentajes generales del desempleo y sus posibilidades para enganchar a sectores poblacionales específicos (mujeres, personas con discapacidad, y jóvenes, entre otros). Estas cifras son novedosas, teniendo en cuenta que el auge de esta figura laboral data de finales del siglo XX, como resultado de las transformaciones implícitas en las tecnologías de la información y la comunicación y los nacientes fenómenos jurídicos derivados de estas.

Se presentará de esta forma una interrelación entre lo cuantitativo y cualitativo como base para la comprensión integral de la problemática.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál es el tratamiento jurídico dado al teletrabajo en Colombia, México y Perú y cuál su incidencia en el mercado laboral?

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio comparativo de la legislación aplicable al teletrabajo en América Latina (Colombia, México y Perú) y determinar su incidencia en el mercado laboral

1. ANTECEDENTES

Hacia el año 1973, el físico norteamericano Jack Niles implementó un nuevo modelo de trabajo con el que buscaba optimizar los recursos, para ello encontró la solución en evitar el desplazamiento de los trabajadores hacia las empresas. El pretendía que las personas trabajen desde sus casas, utili-

zando las comunicaciones remotas disminuyendo los problemas de transporte y así mitigar la crisis del petróleo.

Con el paso de los años, esta modalidad de trabajo encontró complemento en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, revolucionando la manera de prestar un servicio y desarrollar un trabajo. Las empresas descubrieron que el teletrabajo ofrece ciertos beneficios como son: el incremento de la productividad y reducción de costos fijos, mejora de la calidad de vida de los trabajadores e incentiva el trabajo en equipo, promueve la inclusión social, aporta al mejoramiento de la movilidad en las ciudades y reduce los índices de contaminación e impulsa el uso y apropiación de las nuevas tecnologías (Portal Teletrabajo, 2019). De este modo, algunos países europeos deciden adoptar el nuevo modelo. En Latinoamérica la figura del teletrabajo fue regulada en algunos países y en otros aún se debaten proyectos de ley; en los tres países objeto de investigación, hay desarrollos que concentran la atención de este estudio.

Colombia en el año 2008 expidió la Ley 1221 de 2008, que define y regula esta modalidad laboral en el país y el 1 de mayo del 2012 el Decreto 0884 de 2012 Reglamentario de la Ley de Teletrabajo.

El teletrabajo en Perú, fue regulado por la Ley N° 30036 del 5 de junio de 2013; sin embargo, su vigencia comenzó con la promulgación del decreto reglamentario 017 en 2015, fecha a partir de la cual, las empresas peruanas pudieron efectivamente acceder a esta modalidad de trabajo, cobijadas por una reglamentación que les brinda seguridad jurídica (Castro, 2017).

Por su parte México, vio la necesidad de introducir en su ley federal del trabajo esta nueva modalidad laboral, modificando el artículo 311 referente a Trabajo a domicilio e introduciendo un capítulo adicional exclusivo sobre teletrabajo en el año 2012.

2. LA OIT Y EL TELETRABAJO

El convenio C 177 de 1996 de la OIT y la recomendación 184 del mismo año emplean el término “Trabajo a domicilio”, y se ha convertido en un motor de transformación debido a su evolución hacia formas de trabajo más complejas y sofisticadas (Ushakova, 2015). Es decir, el concepto de trabajo a domicilio se ha adaptado a los cambios que se presentan en las relaciones de trabajo con la intervención de las nuevas tecnologías (TIC).

Al tenor literal del artículo primero del convenio 177 del año 2000 de la OIT, el trabajo a domicilio es aquel que una persona, realiza: (i) En su do-

micilio o en otros locales, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii) a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello.

En el mencionado artículo queda implícita la posibilidad del trabajador de realizar su labor con la intervención de las tecnologías de la información y la comunicación.

El artículo tercero del Convenio 177 de 2000 impone a los Estados partes que adopten, apliquen y revisen periódicamente su política nacional en la materia, haciendo énfasis en la promoción de la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los trabajadores con una relación laboral tradicional. Esta igualdad de trato se debe manifestar según el artículo 4 del convenio en los siguientes puntos: (a) El derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; (b) La protección contra la discriminación en el empleo y en la ocupación; (c) La protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; (d) La remuneración; (e) La protección por regímenes legales de seguridad social; (f) El acceso a la formación; (g) La edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; y (h) La protección de la maternidad.

Para la OIT, el trabajo realizado de manera remota ocasionalmente por fuera de las instalaciones o el lugar habitual del trabajo no llenaría los supuestos para ser considerado como teletrabajo, en consecuencia, las actividades deberán ser desarrolladas de manera continua y únicamente por medios electrónicos o telemáticos desde una localización diferente a las instalaciones de la empresa contratante (Ushakova, 2015). Como tal, las TIC juegan un papel importante en esta nueva modalidad del trabajo, lo que genera beneficios tanto para el trabajador como para el empleador, pero de igual forma, por la ambigüedad o falta de una reglamentación efectiva podría generar desigualdad en la forma de contratación y a la hora de asumir responsabilidades como las referentes a seguridad social, aunado a nuevos retos como el control del tiempo de trabajo.

En síntesis, para la OIT el concepto actual de teletrabajo se resume en 3 ítems necesarios en la relación laboral para poder hablar de un contrato de teletrabajo: la organización, la localización y la tecnología (Ushakova, 2015), con fundamento en la igualdad.

2.1. Trabajo decente y teletrabajo

El objetivo principal de la OIT es promover el trabajo decente, que implica que todas las personas tengan oportunidades para realizar una actividad

productiva que aporte un ingreso justo, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias; que ofrezca mejores perspectivas de desarrollo personal y favorezca la integración social (LA Network, 2018).

En Latinoamérica, como consecuencia de los procesos de transformación en el mundo del trabajo, resulta necesaria la formulación de políticas en función de la justicia social y la promoción del trabajo decente. Al respecto, la agenda 2030 de la OIT se basa en el compromiso de eliminación de la pobreza, la protección de los derechos humanos, la promoción de la igualdad de género, el combate contra las desigualdades, la construcción de sociedades pacíficas, justas e inclusivas y la protección duradera del planeta y sus recursos naturales (OIT, 2016). En ese sentido, el trabajo decente se convierte en instrumento y objetivo de desarrollo sostenible, e implica que el teletrabajo: 1. Garantice el mismo status legal para hombres y mujeres, dando especial atención a la protección de la maternidad, ya que la mujer como madre y principal responsable del cuidado doméstico y familiar, sigue siendo la principal causa de su discriminación en el trabajo. 2. Sea productivo y remunerado para hombres y mujeres. 3. Fomente la igualdad de condiciones de los mecanismos de protección social, debido a que los patrones de empleo, especialmente para las mujeres, en general, son más inestables. 4. Promueva y haga valer la posibilidad que tienen los trabajadores de representarse y hacer valer su voz (OIT, 2009).

El teletrabajo deberá entonces contar con las condiciones necesarias para que las personas accedan a empleos de calidad, estimulando la economía sin dañar el medio ambiente. También tendrá que haber oportunidades laborales para toda la población en edad de trabajar (ONU, 2018).

Los anteriores son los parámetros internacionales a los que deben sujetarse los Estados miembros de este organismo, para el caso objeto de estudio, Colombia, México y Perú. En el siguiente acápite nos concentraremos en el análisis de las normativas nacionales, para determinar si las mismas se ajustan al marco internacional referido al teletrabajo.

3. MARCO CONSTITUCIONAL APLICABLE AL TELETRABAJO

3.1. Colombia

La Carta Constitucional colombiana consagra en su articulado derechos que garantizan la protección de los trabajadores y dan un margen de legalidad a la creación de nuevos empleos y formas de trabajo. Tenemos, artículo 25 que consagra el derecho al trabajo y la protección especial en todas sus modalidades, agregando que en todo caso debe realizarse en condiciones

dignas y justas. Este es el fundamento para reclamar que el teletrabajo, una forma de prestación personal y subordinada de servicios, merece la protección legal y por lo mismo, debe garantizarse para su ejecución condiciones dignas y justas.

El artículo 26 el cual establece la libertad de escogencia de profesión u oficio guardando silencio como es obvio, frente a las modalidades en que va a desarrollarse dicha profesión u oficio.

Por su parte, el artículo 39 referente al derecho de constituir sindicatos por parte de los trabajadores y empleadores, al no establecer distinciones, permite que los teletrabajadores puedan ejercer el derecho constitucional a la organización sindical, con las mismas prerrogativas de los demás sectores de trabajadores; los artículos 55 y 56 que consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, no incluyen la modalidad o forma contractual para fijar excepciones o tratos diferenciales.

Los artículos 48 y 49 establecen los derechos a la seguridad social en pensiones, salud y riesgos para todas las personas, independizando la obligatoriedad de la seguridad social, vinculada a la condición humana, de la existencia o no de una vinculación laboral.

El artículo 53, consagra los principios mínimos fundamentales que regirán el derecho al trabajo; el artículo 54 que establece la obligación del Estado de propiciar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud. Este mando constitucional dio origen a la Ley 1221 de 2008, por ser el teletrabajo una figura incluyente encaminado a brindar oportunidades de acceso a un trabajo digno.

La Corte Constitucional de Colombia se pronuncia frente al teletrabajo en tres providencias que se destacan, y que se han dado en pro de la igualdad que debe existir entre un trabajador tradicional y un teletrabajador. En primer lugar, en Sentencia C-337 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) se declaró la existencia de una omisión legislativa relativa en el literal c), numeral 6, del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 que trata el tema del sistema de subsidio familiar, declarándose la exequibilidad condicionada del mencionado artículo bajo el entendido de que se incluya el sistema de subsidio familiar a los teletrabajadores, en los términos y condiciones de la normatividad que lo regula.

Más adelante, la sentencia C 351 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en relación con una demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008 por omisión legislativa relativa, en razón de que no se estableció la participación de las organizaciones sin-

dicales en la construcción de la denominada Política Pública de Fomento al Teletrabajo, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, bajo el entendido de que las organizaciones sindicales harán parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la Política Pública de Fomento al Teletrabajo. En dicha sentencia también se señaló que el uso de las tecnologías de la comunicación implica la transformación de las formas de subordinación, la cual se da a través de sistemas operativos, que incluso pueden ser más estrictas que las formas de subordinación tradicional, teniendo en cuenta que en desarrollo de esta modalidad la dirección, orientación y vigilancia del empleador se realiza a distancia y no directamente del ejercicio de las actividades por parte del trabajador. De esta manera, los computadores, tablets o celulares no solo se convierten en un instrumento de trabajo, sino también en un elemento de control para el empleador.

Es menester destacar que la Corte ha dejado por sentado que la especial protección de la vinculación laboral se deriva del Estado Social de Derecho; dicha protección no se limita al acceso a un empleo, sino que incluye, entre otras, la posibilidad de trabajar en condiciones dignas, para desempeñar una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada (Corte Constitucional, C-593-014). En ese orden de ideas, la legislación aplicable al teletrabajo reconoce que se está en presencia de una verdadera relación laboral, en aras de regular esta nueva forma de subordinación, y evitar posibles abusos y el desconocimiento de los derechos laborales.

El más actual pronunciamiento se da en la Sentencia T-254 del año 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), referente a una solicitud de ajuste de las condiciones laborales en razón de discapacidad, incluyendo aquellas relativas a la incorporación en programas de teletrabajo. De este asunto queda en evidencia el deber de inclusión social y las obligaciones correlativas que surgen en cabeza del empleador. La Corporación ha hecho referencia a la importancia de la inclusión en el ámbito laboral, como parte esencial en el camino para combatir los tratos discriminatorios a los que históricamente han estado sometidas las personas con discapacidad.

De lo anterior se concluye que el teletrabajo es una alternativa de generación de empleo y un modelo de flexibilización del contrato laboral, que debe ser sometido a límites que garanticen el efectivo goce de los derechos, la dignidad y la justicia en el desarrollo del mismo.

3.2. Perú

La Constitución peruana en su artículo 22 consagra el trabajo como un deber y un derecho, al igual que en la Constitución colombiana. Manifiesta que “Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Además, el artículo 23 determina que “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan” (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política de 1993). Y claramente impone la regla de que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento” (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política de 1993). Por último, el artículo 26 Constitucional contiene los principios que rigen la relación laboral, siendo estos la Igualdad de oportunidades sin discriminación, el Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley y la Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Frente al tema de teletrabajo, la sala de derecho Constitucional y social permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, solo se ha pronunciado en la Sentencia de casación laboral N° 275 del 8 de junio de 2012, tratando el tema de la tercerización, dándole al teletrabajo la connotación de ser un instrumento que permiten llevar a cabo la descentralización de las actividades de las organizaciones, ubicándolo en categoría semejante a los contratos de obra y servicios, el trabajo autónomo y el para subordinado, trabajo a domicilio, empresas de trabajo temporal y grupos de empresas.

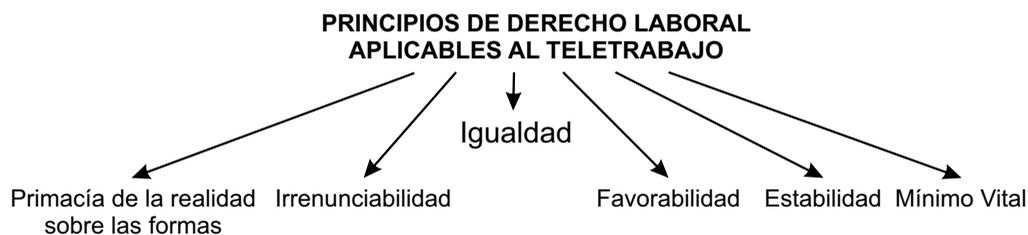
3.3. México

En cuanto al marco normativo constitucional de México, encontramos el artículo 123 superior, el cual establece que: “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley” (Congreso Constituyente, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917). Se indica que aspectos como salario, horario laboral, derecho de huelga, seguridad social y todo lo referente a un contrato laboral se encuentra consignado en el artículo 123. Al respecto, es menester destacar la importancia de la Constitución mexicana de 1917, considerada como la primera Constitución social del mundo, cuyos famosos artículos 5 y 123 son una auténtica declaración de principios y un código constitucional

del trabajo individual y colectivo. De esta constitución se desprende el derecho al trabajo, acogido por otros países y que ingresaría luego en las Constituciones de Perú en 1933 y de Colombia en 1936 (Arese, 2017).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, da un impulso a la inclusión de la regulación del teletrabajo al expedir la Sentencia 2014515 de junio de 2017, que estableció el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para fomentar nuevas tecnologías de la información y la comunicación, asegurando a los particulares el acceso a éstas. Lo anterior contribuirá en el progreso y desarrollo integral de la sociedad en su conjunto.

Estructurado el marco constitucional del trabajo, se puede deducir que en las tres normativas analizadas las nuevas formas especiales de contratación, como en el caso del teletrabajo, se encuentran igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se garantizan todos los derechos de rango Constitucional.



Gráfica 1. Fuente: Creación propia.

4. MARCO LEGAL APLICABLE AL TELETRABAJO

4.1. Generalidades

4.1.1. Colombia

La necesidad de regulación de esta modalidad laboral, tiene su razón de ser según la exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, en la que se establece:

(...) poner al servicio de nuestra comunidad el gran avance que han tenido la tecnología de la información y las comunicaciones, generando a través de ellas nuevos empleos, incrementando la productividad y la competitividad de las empresas, ofreciendo nuevas formas de empleo a personas con alguna discapacidad y padres o madres cabeza de familia. (Congreso de la República, 2008)

De esta manera, el Congreso expidió la Ley 1221 de 2008 con el objeto de promover y reglamentar el teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y auto empleo, a través de la utilización de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones.

El artículo 2 de la ley en comento define el teletrabajo como:

una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. (Congreso de la República, 2008)

Mismo artículo que enlista tres modalidades de teletrabajo:

- *Autónomos.* son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
- *Móviles.* son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles.
- *Suplementarios.* son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.

El decreto 0884 del 30 de abril de 2012 reglamentario de la mentada ley, sostiene que el teletrabajo representa una *relación laboral*, derivando en todas las consecuencias jurídico-laborales que ello implica.

Cabe mencionar que en relación a la definición de teletrabajo adoptada por la OIT enmarcándolo en la modalidad de trabajo a domicilio, tenemos que en Colombia el trabajo a domicilio está regulado por los artículos 89 a 93 del Código Sustantivo del Trabajo, independientemente del teletrabajo. Se denota del trabajo a domicilio como característica divergente al teletrabajo, la posibilidad del trabajador de recibir ayuda de su familia en la ejecución de su actividad, situación frente a la cual la Corte Suprema de Justicia –en adelante CSJ– se pronunció en sentencia del 16 de octubre de 1957, estableciendo que esa labor del miembro de la familia constituye una “ayuda” por motivo del nexo de sangre o de ley, por lo tanto, excluye por completo cualquier indicio de subcontratación en el que pueda expo-

nerse al empleador al reconocimiento de acreencias laborales infundadas (Jaimes, 2017). Y, en un segundo pronunciamiento, en sentencia del 10 de noviembre de 1998 la CSJ señala la existencia de subordinación en la relación de trabajo a domicilio.

4.1.2. Perú

Perú al igual que Colombia, desarrolló una legislación especial para la figura del teletrabajo. Se trata de la Ley 30036 de 2013, la cual en su artículo segundo indica su definición:

el teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado “teletrabajador” en la empresa con la que mantiene vínculo laboral a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores. (Gobierno de Perú, Ley 30036 de 2013)

De igual forma, el Decreto Supremo número 017 - 2015-TR, reglamentario de la mencionada ley, enlista sus modalidades:

Forma completa: El teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo o del local de la entidad pública; pudiendo acudir ocasionalmente a estos para las coordinaciones que sean necesarias.

Forma mixta: El teletrabajador presta servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo o local de la entidad pública. No se considera teletrabajador al trabajador o servidor civil que ocasionalmente presta servicios fuera del centro de trabajo o entidad pública. (Gobierno de Perú, Decreto No. 017 de 2015)

En el ordenamiento jurídico peruano el teletrabajo y el trabajo a domicilio se encuentran regulados separadamente, así el trabajo a domicilio, está regulado en el artículo 155 del Decreto Legislativo 728, Ley del Fomento del Empleo.

Para la abogada Sánchez Castro (2017), la regulación del teletrabajo en Perú está dirigida especialmente a propiciar la inserción de poblaciones vulnerables y sectores deprimidos al mercado laboral. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 3 del decreto legislativo número 1098, que es la ley de organización y funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, se establece el deber de buscar que esta población tenga preferencia especial para prestar servicios bajo la modalidad de teletrabajo. El objetivo es contrarrestar las dificultades de accesibilidad, traslado y discriminación que muchas veces sufre este colectivo, al permitir vencer las barreras físicas y que el teletrabajador sólo es calificado por su competencia

profesional o técnica, ello mejora su autoestima, así como las posibilidades de acceso sólido y productivo al mercado laboral (Castro, 2017).

4.1.3. México

México no tiene una ley propia para esta modalidad laboral, sino que tras una reforma a la Ley Federal del Trabajo se incluyó el capítulo XII Bis referente al teletrabajo, que en su artículo 330-A. manifiesta:

Será considerado como teletrabajo a la forma de organización laboral a distancia en la que el trabajador en relación de dependencia efectúa, total o parcialmente, actividades remuneradas fuera del lugar de trabajo, utilizando tecnologías de la información y la comunicación. Para fines de esta Ley, a los trabajadores que laboran bajo esta modalidad se les denomina teletrabajadores. (Cámara de Diputados, 1970)

La normativa mexicana no nos ofrece una descripción expresa de las modalidades de teletrabajo, y en relación con el trabajo a domicilio, la Ley Federal del Trabajo lo define separadamente en su artículo 311.

La exposición de motivos de la reforma a la Ley Federal del Trabajo establece que el teletrabajo se convierte en una opción viable que produce beneficios a la sociedad, a las organizaciones y al medio ambiente, mediante la generación de empleo y como contribución a la construcción de sociedades más incluyentes, participativas y con mejor calidad de vida, donde es posible conciliar vida y trabajo.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX

TELETRABAJO		
COLOMBIA	PERÚ	MÉXICO
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Ley 1221 de 2008 ⊗ Decreto 884 de 2012 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Ley 30036 de 2013 ⊗ Decreto Supremo 017-2015 - TR 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Reforma a la ley federal del trabajo Capítulo XII Bis Art. 330A
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Forma de organización laboral 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Modalidad especial de Prestación de Servicios 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Forma de Organización laboral
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Subordinación 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Subordinación 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Subordinación
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Flexibilidad Sin la presencia física del trabajador 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Flexibilidad Sin la presencia física del trabajador 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Flexibilidad Sin la presencia física del trabajador
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Respuesta a los altos índices de desempleo 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ La Inclusión es el fin principal 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Generación de empleo
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Implementación de las TIC 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Implementación de las TIC 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Implementación de las TIC

Gráfica 2. Fuente: Creación propia.

Se tiene entonces, que en las tres normativas objeto de estudio el teletrabajo se considera como una forma de “organización laboral” y que parte de la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Se derivan entonces una serie de beneficios como, por ejemplo, eliminar la rigidez, la optimización de recursos, disminución de costos de la empresa y un factor determinante como lo es la inclusión.

4.2. El contrato de teletrabajo

La definición colombiana de teletrabajo establecida en la Ley 1221 de 2008, puede generar ambigüedad para determinar el tipo de relación que genera la modalidad del teletrabajo, es decir, esta puede interpretarse como civil y/o laboral. Sin embargo, el decreto 0884 de 2012 en su artículo 2° despeja la incertidumbre dejando al teletrabajo como una figura exclusiva del derecho laboral cuando establece que esta modalidad se desarrolla mediante un “(...) contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente (...)”

Hablando de Perú, en la definición de la ley podemos identificar cuatro hitos importantes que dotan de laboralidad al teletrabajo: (i) desempeño de labores sin la presencia física del trabajador, (ii) desempeño subordinado, (iii) el vínculo laboral se desarrolla a través de las TIC y (iv) mediante el uso de las TIC se ejerce el poder de dirección y fiscalización del empleador (Culqui y González, 2016), por lo tanto, se basa en la ley laboral vigente y no en las normas civiles.

La norma mexicana, consagra al teletrabajo como una modalidad de trabajo adicional a las tradicionales dentro de la Ley Federal del Trabajo, no hay duda sobre su naturaleza, por lo tanto, cualquier discrepancia entre las partes se tendrá que dirimir en el ámbito exclusivo de materia laboral.

De la experiencia europea, para identificar *laborabilidad* en el desarrollo de actividades de teletrabajo, encontramos los siguientes criterios: La Sentencia del Tribunal Superior del 22 de abril de 1996 establece como factores de *laborabilidad* el control estricto del trabajo, la penalización del retraso, la asignación de zonas de trabajo y realización del trabajo siempre por la misma empresa. Más adelante, la Sentencia 3321 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 30 de septiembre de 1999 establece que todo el trabajo es laboral cuando se de una comunicación continua con la empresa, sumado a un control y dirección. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias del 14 de abril de 2000 sigue la misma línea, incluyendo como factor la entrega de medios materiales por la empresa, criterio que es reiterado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de diciembre de 2005 (Ríos, 2017).

En ese sentido, el teletrabajo cuenta con los tres elementos esenciales del contrato de trabajo señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano, en la normativa mexicana en el Título segundo, Capítulo I, Artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, y en la normativa peruana en el Título I, Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Estos elementos se abordarán a continuación:

4.2.1. Actividad personal

Implica que el trabajador se obliga a la realización de una labor por sí mismo, es una obligación *intuitu personae*, lo que significa que se celebra en especial consideración a las calidades y cualidades de la persona. Ahora bien, en la modalidad de teletrabajo, la prestación del servicio se lleva a cabo sin la presencia física del trabajador en las instalaciones del empleador, por lo tanto, para hacer posible que esta figura adquiriera la protección de todas las prestaciones derivadas de una relación de trabajo, en Colombia, el artículo 6 numeral primero de la Ley 1221 de 2008, Perú artículo 2 de la Ley 30036 de 2013 y México Capítulo XII Bis artículo 330-A de la Ley Federal del Trabajo, eximen al teletrabajador de las obligaciones de concurrencia y permanencia que se desprenden del artículo 158 y ss. del C.S.T. colombiano, siendo las únicas condiciones que se diferencian de una relación laboral tradicional.

4.2.2. Subordinación

Es la manifestación de la relación entre empleador (facultad de mando y control) y trabajador (obediencia de órdenes), con límite en el respeto a la dignidad y los derechos mínimos del trabajador. En esta modalidad, por tratarse de una prestación de servicios con presencia no física en el centro de labores y otros elementos característicos de la autonomía, se considera a la subordinación más difícil de identificar (Sanguineti, 2010), al presentarse a través del uso de tecnologías de la información. Sin embargo, en los últimos tiempos existen enormes posibilidades de supervisión que propician los avances tecnológicos y que dan lugar a un tipo de control empresarial extremadamente intenso (Selma, 2019).

Una de las manifestaciones de la subordinación es el cumplimiento de horarios, al respecto, el Acuerdo Marco de la Unión Europea para el Teletrabajo, señala que el trabajador gestionará la organización de su tiempo, evitando el desconocimiento de la jornada máxima legal, haciendo que los tiempos y las tareas sean susceptibles de medición. En Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla y León del 3 de febrero de 2016 se establece como obligación el control de la jornada en el caso de teletra-

bajo, como parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud, siendo la empresa la que ha de registrar la jornada del trabajador día a día, sin que la comprobación de la conexión del trabajador al internet empresarial y de su actividad en la red, suponga en principio y en condiciones normales la invasión del espacio protegido bajo el concepto de domicilio. En el ejemplo francés, tenemos la Ley *El Khomri* de principios de 2017, que trata el derecho a la desconexión, donde insta a las empresas “a garantizar un uso razonable de las herramientas digitales”. Con el objetivo de que los trabajadores disfruten del adecuado tiempo de descanso y vacaciones y así lograr un equilibrio entre vida profesional y personal (El Tiempo, 2017). A lo que se suma la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 17-7-1997 que declaró nulas las instrucciones empresariales que obligaban a mantener una conexión ininterrumpida y en todo momento de los teléfonos móviles del empleado con los de la empresa y los de los clientes, estableciendo un precedente importante.

4.2.3. Salario

Como en cualquier contrato de trabajo, el salario se puede convenir libremente en sus diversas modalidades, la Ley 1221 de 2008 colombiana establece que, para el teletrabajo, debe tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad (Art. 6), garantía que tiene correspondencia con el principio de igualdad contenido en los artículos 10 y 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto al auxilio de transporte, el Decreto 884 de 2012 estableció que cuando no demande gastos de movilidad, no hay lugar a este pago. De igual manera, cuando en el teletrabajo es verificable el tiempo laborado y exceda lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, genera reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos. Frente a dicha regulación se debe informar que a los teletrabajadores no les es aplicable el recargo nocturno (Congreso de la República, Ley 1221 de 2008, Art. 6).

De igual manera, al teletrabajador en Perú se le reconoce las mismas acreencias laborales y prestacionales que a un trabajador convencional, incluyendo una justa remuneración (Decreto Supremo, Art. 6).

México ampara las mismas condiciones y garantías de los trabajadores presenciales, a fin de que los teletrabajadores gocen de un trabajo decente y de igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación,

seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales, entre otras (Cámara de Diputados, Nueva Ley Federal del Trabajo, Art. 330-c).

En síntesis, la modalidad del teletrabajo es de naturaleza laboral y, por lo tanto, lleva consigo la incorporación de los derechos mínimos del trabajador, lo cual aplica para México, Perú y Colombia. En segundo lugar, cuando se presenten controversias surgidas de esta relación contractual, es el juez laboral el competente para conocer de ellas. En tercer lugar, en el estudio publicado por el Consejo Económico Social de la Unión Europea se advierte: “de que esta nueva forma de actividad laboral pueda utilizarse como fórmula encubierta de reducción de plantillas y de trabajo precario y mal pagado que propicia la explotación de las minorías menos favorecidas” (Consejo Económico y Social, 2001). Por ello, en el ámbito internacional se han adoptado medidas encaminadas a evitar, por ejemplo, abusos en las jornadas laborales, sancionar la discriminación entre los teletrabajadores y los empleados convencionales, la defensa a la intimidad del teletrabajador, la garantía del descanso remunerado, entre otras (Thibault, 2001).

4.3. Acuerdo de teletrabajo

Para la implementación del teletrabajo se requiere la existencia de un acuerdo expreso y escrito entre las partes (Colombia, Decreto 884 de 2012, Art. 3), éste opera cuando existe un contrato de trabajo previo a tener la condición de teletrabajador. Es un documento anexo en el cual se deben determinar entre otras cosas: los días y los horarios de trabajo, las responsabilidades de custodia de los elementos de trabajo y la devolución de los que han sido suministrados por parte de la compañía, así mismo, cuál es la legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual, seguridad de la información y, en general, cuáles son las sanciones que por su incumplimiento puede acarrear el teletrabajador (Min Tic, 2018).

Es importante aclarar que el acuerdo de teletrabajo no reemplaza el contrato de trabajo previamente firmado por las partes, en ese sentido, no se podrá incorporar condiciones que desmejoren garantías, derechos y demás prerrogativas que tenga el empleado.

En el caso peruano, la información que se debe consignar en el contrato, es muy similar a las normativas estudiadas: Especificación de los medios tecnológicos requeridos y el responsable de proveerlos, condiciones de utilización, medidas sobre la gestión y seguridad de la información, la jornada y los mecanismos de supervisión y control de las labores.

En cuanto a México, no se ha pronunciado sobre algunos aspectos atinentes al contrato de teletrabajo. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) da a entender que los vacíos que se generen se rigen también por las normas generales de la misma legislación. También señala que las condiciones de teletrabajo se harán constar por escrito con la información personal del trabajador y del patrón, información de tiempo y espacio; remuneración, así como naturaleza, calidad y cantidad del trabajo.

4.3.1. Reversibilidad

Consiste en la posibilidad de renunciar a la calidad de teletrabajador y volver a ocupar su puesto de trabajo en las instalaciones del empleador. El numeral 10° del artículo 6° de la Ley 1221 de 2008 colombiana, establece que

La vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador. Los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional. La reversibilidad no opera en el caso de que se contrate por primera vez a un teletrabajador. (Congreso de la República, Ley 1221 de 2008)

En Perú, el artículo 4 de la Ley 30036 de 2013, establece el carácter voluntario y reversible del teletrabajo, aunque la propia norma señala que “El empleador puede denegar dicha solicitud en uso de su facultad de directriz”. Esta disposición no otorga una adecuada protección, toda vez que no todos los trabajadores se adecuan a esta modalidad de trabajo, por lo que, a un trabajador que no le resulte idóneo, su única alternativa ante la negativa de la reversibilidad, será la renuncia, afectando su derecho a la estabilidad en el empleo (Culqui y González, 2016).

Por su parte en México, el Artículo 311 bis. Establece la reversibilidad como derecho de que gozan tanto los trabajadores a domicilio como los patrones para modificar las condiciones de trabajo, a efecto de que éste sea realizado de forma presencial o no.

A nivel internacional tenemos que la OIT recomienda establecer un plazo adecuado para que el trabajador pueda ejercer el derecho a retornar a la modalidad presencial (OIT, 2011). Al respecto, el Acuerdo Marco Europeo señala que solo en los casos donde el teletrabajo no forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, aplica la reversibilidad, a petición del trabajador o del empleador (Culqui y González, 2016), y por último tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Cuarta de lo Social del 11 de abril de 2005, señalando que el paso al teletrabajo se

deberá producir de mutuo acuerdo entre la empresa y el trabajador, y no puede hacerse arbitrariamente.

4.3.2. Dotación y equipos de trabajo

El artículo 6 numeral 7 de la Ley colombiana 1221 de 2008 establece el deber del empleador de brindar la dotación y el mantenimiento de los equipos de teletrabajo, y el trabajador se obliga a restituirlos cuando termine el contrato. Todo lo relacionado con el cuidado de equipos y uso de los mismos, al igual que, con los programas y el uso de la información, debe estar estipulado dentro del Reglamento Interno de Trabajo.

En la normativa mexicana se abre la posibilidad de que los medios tecnológicos y de ambiente requeridos pueden ser otorgados por el empleador o pueden ser aportados por el trabajador según acuerdo de las partes. De este modo, las responsabilidades de custodia de equipos, programas y manejo de información están supeditadas a esa situación (México, Ley Federal del Trabajo, Art. 330-B). De igual forma en Perú, la legislación indica que en el contrato que se celebre debe indicarse claramente quién provee los equipos tecnológicos que se usarán en la labor, así como también el uso que se les imprima (Perú, Decreto Supremo 017 de 2015, Art. 1).

4.4. Seguridad Informática

Dentro de los aspectos más importantes a considerar en la implementación del teletrabajo en cualquier país, se encuentra la seguridad informática. El hecho de que la información de la organización empiece a ser consultada de forma remota, supone una serie de riesgos por pérdida de datos o filtraciones de los mismos, por lo que es necesario tomar las medidas necesarias al momento de adoptar el modelo. Es por ello que el Reglamento interno de trabajo debe contener todo lo referente a protección de datos personales, propiedad intelectual, seguridad de la información y, las consecuencias por incumplimiento del teletrabajador. Según el portal web del Teletrabajo (2019), la seguridad de la información se basa en preservar la *confidencialidad*, de acceso a la información solo por personas autorizadas; la *integridad* al salvaguardar la exactitud de la información y métodos de procesamiento para evitar ser alterados por terceros; la *disponibilidad* de la información al personal autorizado; la *autenticidad* al asegurar la validez de la información, evitando la suplantación de identidades; la *auditabilidad* mediante un sistema para control posterior; la *protección a la duplicación* al asegurar que una transacción sólo se realiza una vez, a menos que se especifique lo contrario; el *no repudio* al evitar que una entidad alegue ante terceros que no ha enviado o recibido

información; la *legalidad* por cumplimiento de las leyes, normas, reglamentaciones y disposiciones a las que está sujeta la entidad.

4.5. Seguridad Social

Para el caso colombiano, el Decreto 884 de 2012 señala en sus artículos 7, 8 y 9 que los teletrabajadores deben estar debidamente afiliados al Sistema de Seguridad Social Integral por parte del empleador de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, así como a las cajas de compensación familiar (art. 7) Para ello, el pago de los aportes se debe efectuar a través de la planilla integrada de liquidación de aportes (PILA).

En México, en cuanto a las obligaciones y responsabilidades del empleador sobre seguridad social y riesgos, el artículo 330-D de la Ley Federal del Trabajo establece que serán precisadas en una norma oficial mexicana de aplicación exclusiva para los teletrabajadores, que actualmente no se ha creado, por lo cual se tendrá que remitir a las instituciones de seguridad social contemporáneas como lo son el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para el sector privado y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) para el sector público.

En Perú, los teletrabajadores gozan de seguridad y salud en el trabajo, en las mismas condiciones que lo hacen los trabajadores convencionales, de este modo se aplica a los trabajadores la Ley 26790, ley de modernización de la seguridad social peruana. Se tiene que el teletrabajador puede ser acreedor de uno o varios seguros, siendo tres obligatorios coligados a la relación laboral: i) Seguro social de salud, ii) Seguro Vida Ley, que cubre muerte natural, muerte accidental e invalidez total o permanente por accidente. iii) El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que se contrata a favor de empleados o trabajadores que realicen trabajos de riesgo contemplados en una lista taxativa de actividades.

4.6. Riesgos laborales

El teletrabajador goza y mantiene afiliaciones y aportes incluidos los de ARL, así como lo dictamina el artículo 6, literales c) y e) del numeral 6 de la Ley 1221 de 2008. El teletrabajador debe presentar, antes del inicio de la labor contratada, un reporte de sus condiciones de trabajo, para la identificación de las mismas y la implementación de los correctivos a los que haya lugar.

En lo que respecta a los accidentes que puede tener el teletrabajador en su casa durante la jornada laboral, deben ser reportados como accidentes de trabajo a la ARL en la que se encuentre afiliado. Además, el

empleador debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional y debe contar con una red de urgencias en caso de accidente o enfermedad del teletrabajador cuando este se encuentre laborando (Min Tic, 2018).

Es importante destacar que el empleador también debe suministrar los elementos de protección que requiera el trabajador y que debe garantizar una formación e información suficiente sobre los riesgos, y la prevención de estos, respecto a la utilización de equipos informáticos. Por su parte el teletrabajador está en la obligación de seguir las instrucciones del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo y, además, debe asistir periódicamente a los programas de promoción y prevención que adelanten la ARL o el empleador (Min Tic, 2018).

En Perú, existe cierta discusión respecto a si el teletrabajador es acreedor al seguro complementario de Trabajo de Riesgo, en el sentido de que dado que realiza actividades dentro de un contexto digital no se ve expuesto a un escenario de riesgo susceptible de ser subsumido en alguna de las actividades obrantes en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, por lo cual una primera conclusión es que el teletrabajador no tendría derecho al Seguro Complementario de Riesgo (Acosta, 2019).

México por su parte, remite a las normas laborales ordinarias a fin de hacer efectiva la protección de Riesgos del teletrabajador, sin más especificidades, dejando ciertas lagunas legales, dadas las características especiales de esta modalidad.

Alejandra Selma Penalva, profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, plantea una controversia, en lo que respecta al teletrabajo móvil, el teletrabajador tiene libertad total de movimientos durante su prestación de servicios, por lo que queda expuesto a posibles accidentes que pueda sufrir recorriendo diversos trayectos durante la jornada laboral. Por la comodidad que ofrecen muchos medios informáticos portátiles, bien podría desplazar el medio informático a través de diferentes estancias de la casa, o incluso, entre diversos domicilios, queda entonces difuso identificar si esos desplazamientos se dan en interés de la empresa y ser susceptibles de dar lugar a la aplicación del concepto de accidente *in itinere*, o si son desplazamientos realizados en exclusivo interés del trabajador, De igual manera plantea que la excesiva flexibilización en la admisión del lugar de prestación de servicios, podría dar lugar a situaciones de fraude, a través de las cuales se intente fingir el carácter profesional de una contingencia que en realidad ha sufrido el

trabajador en un contexto totalmente alejado de sus obligaciones laborales (Selma, 2016).

Situación que no es igual en los casos en los que únicamente se recurre de forma parcial al teletrabajo, pues se mantendrá intacta la posibilidad de sufrir un accidente *in itinere*, ya que en esta modalidad de organización del trabajo no evita en modo alguno que sean constantes los desplazamientos realizados por el trabajador entre su propio domicilio y la sede física de la empresa (Selma, 2016).

Por último, la profesora plantea un cuestionamiento que resulta interesante para la proyección de futuras investigaciones en el ámbito colombiano, consistente en determinar si ¿existen mecanismos útiles para salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores implicados en estas nuevas formas de organización del trabajo?

4.7 Derechos colectivos

Hablando de la legislación colombiana, los teletrabajadores pueden hacer parte de sindicatos o asociaciones, con fundamento en la igualdad de trato entre los teletrabajadores y los demás trabajadores (Congreso de la República, Ley 1221 de 2012, art. 6). En ese sentido, los teletrabajadores podrán ser amparados por el fuero sindical, siempre y cuando se encuentre inmerso en una de las condiciones establecidas en el Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo. En el caso de la huelga, puede ser realizada por vía telemática, iniciándose la misma con la convocatoria, la administración y luego la adhesión de los teletrabajadores interrumpiendo su prestación mediante el apagado.

En el caso peruano, el literal E del artículo 6 del Decreto supremo consagra expresamente el derecho de libertad sindical para los teletrabajadores, aduciendo que, en ningún caso la aplicación o el cambio de modalidad de prestación de servicios de un trabajador o servidor civil a la modalidad de teletrabajo podrá afectar el ejercicio de sus derechos colectivos.

México, dada la gran laguna jurídica frente a aspectos del teletrabajo, se tiene que éste se regula en la Ley Federal del Trabajo, reconociendo igualdad de derechos con los trabajadores presenciales, de lo cual se deriva entonces la garantía de los derechos de negociación colectiva. Es de anotar que, según un artículo de reciente publicación de la Asociación Mexicana en Dirección de Recursos humanos, el 20 de septiembre de 2018 el Senado de la República aprobó la adhesión al Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre “El derecho de sindicación y de negociación

colectiva” (Amedirh, 2018) que, se espera lleve a una buena práctica de la libertad sindical.

En la experiencia internacional se tiene que el teletrabajo ha sido promovido por organizaciones sindicales, como es el caso de los sindicatos españoles, especialmente frente a la problemática de vinculación de los teletrabajadores, asumiendo que de configurarse subordinación deberán realizarse los pagos correspondientes de conformidad con la Ley (Min Tic, 2018). En el caso francés, fueron los sindicatos quienes contribuyeron activamente al desarrollo del teletrabajo en este país, de lo cual se tiene aportes como el carácter voluntario del teletrabajo, la reversibilidad, la igualdad de derechos con aquellos trabajadores en sede de la empresa, respeto por la vida privada, la asignación de equipos debe darse por parte del empleador, lo referente a seguridad social, reglamentos de salud y seguridad, etcétera. (Min Tic, 2018).

4.8. Vigilancia y control

Las normativas han creado instituciones con el objetivo de llevar a cabo esa función. En Colombia, la Ley 1221 de 2008 crea la Red Nacional de Fomento al Teletrabajo (art. 4), la cual estará integrada por instituciones públicas y privadas, encabezadas por el Ministerio de la Protección Social, y se establece un sistema de inspección, vigilancia y control (art. 5). En ese sentido, el artículo 7 de la mencionada ley consagró la obligación de registro de teletrabajadores ante los inspectores del trabajo, o quien haga sus veces, con el fin de que lleven a cabo un seguimiento al eficaz ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la legislación laboral colombiana. Sin embargo, quedarían limitados por el derecho a la intimidad y privacidad, por lo tanto, el acceso al lugar de trabajo solo será posible bajo previa autorización del trabajador; eso en el caso en que se desarrollen en un lugar específico, la situación se torna aún más compleja en el caso de los teletrabajadores de la modalidad móvil.

Para el caso mexicano,

El lugar donde se efectúe el trabajo, ya sea el domicilio o cualquier otro lugar, en la medida de lo posible, deberá ser reconocido como equivalente a otros lugares de trabajo de la empresa, y por eso podrá ser inspeccionado por el patrón o sus representantes, e inclusive las autoridades laborales, previo aviso al trabajador, en virtud de las condiciones relativas a las inspecciones de salud y de seguridad que deben estar incluidas en el contrato de trabajo y/o en el reglamento interior de la empresa. (Cárdenas, Romero, Garzón y Arredondo, 2017, s.p.)

La Ley Federal del Trabajo mexicana en su artículo 330 establece que las autoridades laborales deberán establecer una red nacional de asesoría, promoción y fomento del teletrabajo entre organizaciones sociales, privadas y públicas, que facilite la inclusión laboral de jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y adultos mayores en esta forma de organización laboral. Adicionalmente, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) será el organismo encargado de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores contratados bajo este y cualquier otro esquema.

En Perú, la vigilancia y control al teletrabajo se encuentra supeditada al Sistema de Inspección del Trabajo y Promoción del Empleo que orienta y fiscaliza el cumplimiento de las normas relacionadas al teletrabajo.

4.9. Sector público

El teletrabajo en Colombia, se da del mismo modo tanto en el sector privado como en el público, es decir, se encuentra presente el acuerdo entre las voluntades y las tareas y funciones se desarrollan por fuera de las instalaciones de la entidad.

El artículo 6° del Decreto 884 de 2012 establece que, para los servidores públicos, las entidades deberán adaptar los Manuales de Funciones y Competencias Laborales, con el fin de permitir y facilitar la implementación del teletrabajo como una forma de organización laboral. Por su parte el artículo 8° del mismo decreto establece en el segundo inciso, que el empleador –en este caso la entidad pública– deberá incorporar mediante resolución las condiciones especiales para que opere el teletrabajo, estableciendo como mínimo el objeto y ámbito de aplicación y la modalidad que la entidad implementará.

El artículo 10 del mencionado decreto señala que cuando las actividades no demanden gastos de movilidad, no habrá lugar al reconocimiento del auxilio de transporte, asunto que debe ser tratado en el acto administrativo que reglamente el teletrabajo (Min Tic, 2018).

Por su parte, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 establecieron la obligación de evaluar por parte de las entidades públicas y sus organismos a los empleados, en consecuencia, el artículo 11 del Decreto 884 de 2012 dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil deberá adoptar el instrumento que permita medir el desempeño del teletrabajador.

El acto administrativo que otorga la condición de teletrabajador deberá contener, además de lo establecido en el artículo 3° del Decreto 884 de 2012, la necesidad o justificación de la implementación, la vigencia de esta

modalidad, las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente, el horario, las obligaciones del teletrabajador, forma y lugar de entrega de productos o los servicios que le han sido asignados, las relacionadas con la custodia de los elementos de trabajo asignados y aquellas sobre la información que en virtud de sus labores están bajo su responsabilidad (medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir), derechos de los teletrabajadores y las obligaciones de la entidad (Min Tic, 2018).

Lo referente a la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral se da bajo los mismos criterios que en el sector privado.

En el caso de entidades públicas, no se podrá teletrabajar de manera indefinida. Cumplido el plazo, podrá renovarse de nuevo, mediante otro acto administrativo.

Perú, adicional a lo anterior y orientado hacia el objetivo de la norma, el empleador por entidad pública debe evaluar la aplicación de la modalidad de teletrabajo para garantizar el cumplimiento de la cuota de empleo de las personas con discapacidad de conformidad con la Ley número 29973, así también debe garantizar la continuidad de la prestación del servicio de trabajadoras y servidoras civiles gestantes y lactantes, responsables del cuidado del niños, adultos mayores, personas con discapacidad familiares directos en estado grave o terminal que sufren un accidente grave.

México, no señala en su normativa de forma específica lo referente al sector público para la implementación del teletrabajo, sin embargo, como ya se ha dicho en párrafos anteriores, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) da a entender que los vacíos que se generen se rigen también por las normas generales de la misma legislación, por lo que los teletrabajadores serán destinatarios de la ley en igualdad de condiciones que los demás funcionarios públicos.

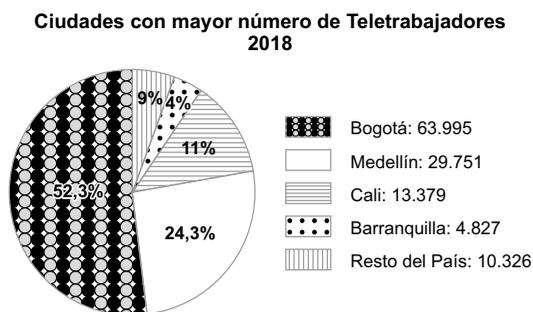
5. CIFRAS DEL TELETRABAJO

5.1. Colombia

En el año 2012, a la firma del Decreto 0884, el número de teletrabajadores era de 31.553. En el año 2018 el teletrabajo se consolida en Colombia con 122.000 teletrabajadores, cuadruplicando la cifra en solo 6 años. Según esta estimación, Bogotá ocupa el primer lugar con más del 50% de teletrabajadores, seguida por Medellín y en tercer lugar Cali, dejando al resto del país con solo el 9% de teletrabajadores.

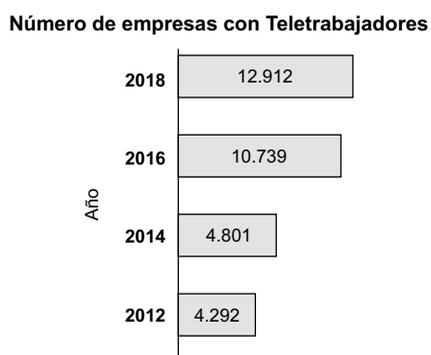


Gráfica 3 - Fuente: MinTIC (2018).

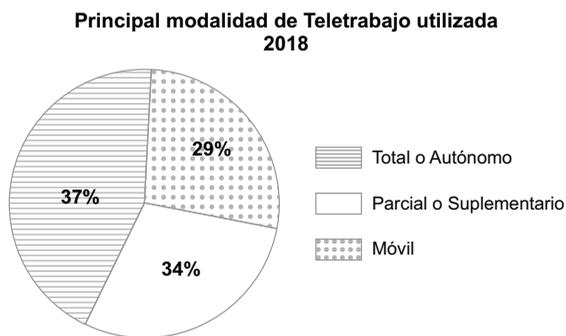


Gráfica 4 - Fuente: MinTIC, (2018)

De igual manera, se triplicó el número de empresas que implementan el teletrabajo, al pasar de 4.292 en 2012 a 12.912 en 2018; los teletrabajadores se discriminan de la siguiente manera, teniendo en cuenta que se aplica para todo tipo de empresas: grandes 8.921, medianas, 25.918, y pymes 87.439. La modalidad de teletrabajo con mayor acogida es Total o Autónomo, utilizada por el 37% de empresas.



Gráfica 5 - Fuente: MinTIC, (2018)



Gráfica 6 - Fuente: MinTIC, (2018)

El informe resalta que las empresas destacan el aumento en la productividad en un 39%, el ahorro en costos operativos y fijos en un 37%, el ahorro de tiempo de los trabajadores, agilidad y aprovechamiento de herramientas tecnológicas de un 27%, un incremento en la motivación de los trabajadores del 25%, y mejoramiento del ambiente laboral del 25%.

5.2. México

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), para el primer trimestre de 2018 la población económicamente activa de

México alcanzó los 54.590.773 trabajadores (Efiempresa, 2018). Ahora bien, según un artículo de la Universidad Internacional de Valencia, el 2,5% de esa población trabaja en la modalidad de teletrabajo, También destaca que México se encuentra entre los países que encabezan la tendencia de actividad laboral mediante teletrabajo (Valencia, 2018).

5.3. Perú

Según el blog de Milagros Castro (2018), en Perú se tiene conocimiento de empresas que con anterioridad a la promulgación de la norma ya venían implementando teletrabajo, así tenemos a IBM, Laboratorios Roche, Repsol, entre otras.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la primera entidad estatal en implementar teletrabajo, de lo cual destaca que para 2018 el trabajo individual mejoró en hasta 30%; el trabajo colectivo mejoró en hasta 10%; el 75% aumentó el tiempo disponible para su familia. Indecopi cuenta con 25 teletrabajadores y se proyecta llegar a 150 teletrabajadores en el 2020 (Perú21, 2019).

Según el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), Perú en 2016 empezó con 648 teletrabajadores, pero para el 2018 se proyectaron unos 867 más. Y, para el 2019 se sumarían otros 630, de los cuales, 545 de los puestos estarían en Lima (Torres, 2019).

Según un artículo del diario oficial del Bicentenario Peruano, la meta sectorial es contar con 34.000 teletrabajadores al 2021 (Elperuano, 2017).

5.4. El teletrabajo en Nariño - Colombia

Para el año 2019, la población total nariñense es de 1.809.116 habitantes, y para el trimestre de julio a septiembre la tasa de desempleo de Pasto fue del 10,4%. Al respecto, a nivel nacional existen 508.274 empresas, Nariño representa el 2,4% con 13.329 (SENA, 2019). Para el año 2017 del total de empresas colombianas que han implementado algún programa de teletrabajo, en su mayoría, esto es un 44,6% se dedican a actividades de desarrollo de sistemas informáticos y procesamiento de datos (DANE, 2018). De acuerdo con la ingeniera Ingrid Chávez, funcionaria de la Secretaría de las TIC de la Gobernación de Nariño, en este departamento existe un documento denominado *Gloster Tics*, que es aquel que contiene la información de todas las empresas que desarrollan software. En Nariño se han encontrado 85 empresas de tecnología, especialmente de arquitectura y desarrollo de software que ofrecen sus servicios a empresas nacionales e

internacionales, y de ahí su interés en acceder al teletrabajo. Sin embargo, la funcionaria manifiesta que la implementación del teletrabajo en el departamento tiene sus tropiezos. Aduce que la Secretaría de las TIC de la Gobernación de Nariño es de reciente creación en el año 2016, iniciando a tratar precisamente el tema de teletrabajo. Hasta la fecha, esta modalidad laboral no ha sido implementada al no cumplir con criterios, tales como que su configuración está hecha para grandes ciudades para evitar que las personas se desplacen a sus lugares de trabajo, y factores especialmente financieros y de seguridad informática. Actualmente el Departamento no está preparado para abrir sus datos, por lo que se está trabajando en una política de seguridad de datos que a 2019 se encuentra muy avanzada, sin embargo, presenta límites por el aspecto financiero. (Chávez, comunicación personal, octubre 15 de 2019).

Otra de las razones por las cuales los departamentos han retrasado la inclusión del teletrabajo dentro de sus planes de desarrollo, es debido a que su implementación es voluntaria, hasta el momento no es una obligación. Lo que se suma a factores de carácter tecnológico y socioeconómico de cada región, en el sentido de que no todas las personas tienen computador con acceso a internet. En Nariño, al implementarse los KVD (Kiosco vive digital) y los PVD (punto vive digital), muchas personas han podido acceder por primera vez a internet. Los KVD están en las veredas, y se ha dado el caso en que mucha gente no había visto nunca un computador (Chávez, comunicación personal, octubre 15 de 2019).

En síntesis, la figura del teletrabajo acarrea nuevos retos para el Estado y las empresas, tomando en cuenta las condiciones socioeconómicas de cada departamento. La política Nacional está dirigida a fortalecer esta modalidad en las principales ciudades del país, y es necesario una revisión de las directrices, además de un impulso financiero y logístico para poder implementar el teletrabajo en todas las regiones.

6. LA MUJER FRENTE AL TELETRABAJO

Es menester tener en cuenta que el desempleo sigue siendo mayor para las mujeres que para los hombres. En enero de 2018, la brecha de género aumentó hasta los 7,1 puntos porcentuales, esto quiere decir que mientras la tasa de desempleo de los hombres llegaba al 9,8 %, para las mujeres era 16,9% (elcolombiano, 2019).

Al observar las estadísticas de la ciudad de Bogotá sobre el número de teletrabajadores, el 69% son mujeres; mientras un 31% de hombres teletrabaja (Min Tic, 2019), la mujer es la que tiene mayor presencia en esta

modalidad laboral. De acuerdo con el DANE (2018), a finales de 2018, no solo las mujeres representan el 50,7% de una población de 48,5 millones de colombianos, sino que son mayoría en términos de población en edad de trabajar (51,1% de un total de 39 millones de trabajadores). Tenjo (2016) encuentra que vivir en pareja está asociado a una tasa de desempleo mayor para las mujeres y una tasa de participación menor respecto a los hombres y sugiere que puede explicarse debido a que socialmente a las mujeres se les asigna el cuidado del hogar y a los hombres la responsabilidad económica de este.

Ahora bien, el teletrabajo se convierte en un instrumento de generación de empleo, sin embargo, según el blog Género y Economía (2012) se discute en el sentido de si esta modalidad repercute de manera negativa en las mujeres, puesto que implica que sigan vinculadas al ámbito doméstico, y a su papel tradicional. Por otra parte, al trabajar bajo esta modalidad será muy complicado delimitar y separar la jornada laboral de la personal.

Se considera necesario fomentar un cambio cultural y social a fin de conseguir una corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito doméstico, de lo contrario la mujer seguirá trabajando jornadas extenuantes en actividades tanto laborales como domésticas, ya sea en teletrabajo o en cualquier modalidad laboral (Gálvez, A. y Tirado, F., 2009).

CONCLUSIONES

Las tres normativas del teletrabajo objeto de estudio, tienen como fundamento la igualdad y promueven el acceso al empleo en condiciones dignas y justas; son regulaciones inclusivas y aportan a la protección del planeta y sus recursos naturales. En ese sentido, se concluye que las mismas se encaminan al cumplimiento de los postulados del trabajo decente de la OIT.

De los tres países estudiados, Colombia es el que presenta un mayor desarrollo legislativo y jurisprudencial para el teletrabajo, cuyo aporte se produjo con la Ley 1221 de 2008 y su decreto reglamentario, que otorgan mayores garantías a los teletrabajadores, igualando sus derechos con los trabajadores presenciales, y brinda mayor seguridad jurídica a las empresas que optan por su implementación. Perú, a pesar de que la implementación de esta modalidad laboral es incipiente, la normativa abarca los aspectos más importantes que otorgan un margen de legalidad en condiciones de igualdad y dignidad. En México, por el contrario, tiene mayor auge el teletrabajo, sin embargo, la norma es bastante limitada al no ser una regulación exclusiva, pues no consagra una definición precisa, ni modalidades de teletrabajo, instancias, políticas públicas, entre otras cues-

tiones importantes que otorguen seguridad jurídica, con la desventaja que esto conlleva.

Las normativas analizadas tienen como fundamento la aplicación de los principios del trabajo a la relación con los/las teletrabajadores, cuya base es la igualdad, por cuanto en dicha relación, están presentes los tres elementos de la relación laboral (actividad personal, subordinación y salario).

Las regulaciones objeto de estudio, garantizan los derechos de seguridad social, riesgos laborales y de negociación colectiva, sin embargo, cada normativa los desarrolla de manera diferente, adecuando las normas laborales convencionales a las características del teletrabajo.

La más novedosa y controversial característica del teletrabajo es la flexibilización, especialmente en lo que tiene que ver con el deber de concurrencia y permanencia del trabajador. Se identifica entonces que de ella derivan dificultades en la práctica, tales como el control del cumplimiento de la jornada laboral, el factor subordinación y la desconexión con la organización empleadora.

La flexibilidad del teletrabajo permite la vinculación al mundo laboral de las mujeres con obligaciones familiares y actividades de cuidado, al permitir conjugar en un mismo espacio las actividades propias de la maternidad, el cuidado y la actividad laboral.

Una desventaja de la flexibilización propia del teletrabajo es la inseguridad en la remuneración, puesto que predispone a los empleadores a hacer ajustes económicos a través de la limitación en el tiempo y duración del trabajo, evitando la remuneración del tiempo de trabajo fijo y completo, situación que puede generar una barrera para superar la brecha de desigualdad salarial, que según las estadísticas afecta en mayor medida a las mujeres, convirtiéndose en la práctica en una forma de mantener la desigualdad laboral.

Otra crítica fuerte a esta modalidad laboral, es la posible afectación al derecho a la intimidad y privacidad de los teletrabajadores, que entra a jugar un papel importante, debido a que como el trabajo se ejecuta fuera de las instalaciones del empleador, ejercer una debida vigilancia podría constituirse en una intromisión en el goce de los derechos individuales antes señalados.

El teletrabajo supone un reto para las organizaciones sindicales, teniendo en cuenta que el espacio tradicional de desarrollo de las actuaciones sindicales es el centro de trabajo donde convergen todos los trabajadores y, parece claro que la dispersión geográfica de los teletrabajadores, conduce

a una fragmentación. En este sentido, queda planteado el siguiente cuestionamiento ¿Es necesario que las organizaciones sindicales modifiquen su activismo adaptándose a estas nuevas realidades, ya que los teletrabajadores también gozan del derecho de asociación o negociación sindical?

Por último, el teletrabajo es un aporte a la reducción de los índices de desempleo al ser la modalidad más incluyente para acceder al mercado laboral, sin embargo, para su implementación requiere de un accionar del Estado con apoyo logístico, tecnológico y financiero, teniendo en cuenta el aspecto económico y sociocultural de cada región.

REFERENCIAS

- Acosta. C. (2019). *Comentarios en torno al aseguramiento del teletrabajador en el ordenamiento jurídico peruano*, Recuperado de: www.cielolaboral.com
- Amedirh. (2018). *Libertad sindical en México: Aprueba Senado adhesión al Convenio 98*, Recuperado de: <https://www.amedirh.com/servicios/noticias/libertad-sindical-en-mexico-aprueba-senado-adhesion-al-convenio-98>
- Arese, César (2017). Los derechos humanos laborales en las Constituciones latinoamericanas (el centenario de la Constitución de Querétaro). *Revista Latinoamericana Derecho y Sociedad* (25). Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702017000200183
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Cámara de Diputados (1970, 01 de abril). Ley Federal del Trabajo.
- Cárdenas, L., Romero, G., Garzón, J. y Arredondo, M. (2017). *El teletrabajo como una oportunidad en el desarrollo de la industria de las Tics, análisis legal*. Recuperado de: https://prosoft.economia.gob.mx/Imagenes/ImagenesMaster/Estudios%20Prosoft/Reporte%20final%20FREF_29.pdf
- Castro, Milagros (2018). *El rincón del derecho*. Recuperado de: <http://castromilagros.blogspot.com/2018/11/teletrabajo.html>
- Castro, R. (2017). *Teletrabajo: Una nueva tendencia de desarrollo laboral en el Perú*. Recuperado de: https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r717_2/inf_esp_ed_dig_717.pdf
- Castro, S. (2017). Teletrabajo en Perú: Una herramienta de acercamiento a poblaciones vulnerables. *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, 5 (1). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/460076>
- Cepal (2020). *Agenda digital para América Latina y el Caribe*. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/proyectos/elac2020>

- Chávez, I. (2019). *Comunicación personal*. Octubre 15 de 2019.
- Colombia. Congreso de la República (2008, 16 de julio). Ley 1221 “por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones.”
- Colombia. Corte Constitucional (2011, 01 de octubre). Sentencia C-337, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2013, 19 de junio). Sentencia C 351, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2014, 20 de agosto). Sentencia C-593, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2016, 17 de mayo). Sentencia T-254, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (1998, 10 de noviembre). Sentencia de la Sala de casación laboral, Referencia Expediente No. 11155 Acta No. 43, M.P. José Roberto Herrera Vergara. Bogotá.
- Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2018). *Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación en empresas 2017*. Recuperado de: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/tic/bol_empresas_2017.pdf
- Colombia. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2018a). *Cuarto Estudio de Penetración del teletrabajo en Empresas Colombianas*. Recuperado de: <https://www.teletrabajo.gov.co/w3-article-75985>
- Colombia. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2018b). *Libro Blanco, el ABC del teletrabajo en Colombia*. Recuperado de: https://www.teletrabajo.gov.co/622/articles-8228_archivo_pdf_libro_blanco.pdf
- Colombia. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2019). *Teletrabajar: Práctica laboral que le ahorraría al trabajador un millón de pesos al año*. Recuperado de: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/100427:Teletrabajar-practica-laboral-que-le-ahorraria-al-trabajador-un-millon-de-pesos-al-ano>
- Colombia. Presidencia de la República (1950). *Código Sustantivo del Trabajo*.
- Congreso Constituyente Democrático (1993). *Constitución Política del Perú*. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Congreso Constituyente (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/mov/Constitucion_Politica.pdf
- Corte de Justicia de la Nación mexicana (2017, 15 de junio). Sentencia 20145, M.P. Alberto Pérez Dayán. Lima.
- Corte Suprema de Justicia del Perú (2012, 08 de junio). Sentencia de casación laboral N° 275, M.P. Yrivarren Fallaque. Lima.

Culqui y González (2016). El teletrabajo: Una innovadora forma de organización del trabajo, una herramienta de inclusión laboral y su regulación jurídica en el Perú. *Revista Derecho & Sociedad*, (46), pp. 95-109.

Efiempresa (2018). *Teletrabajo México, tomando impulso social y económico*. Recuperado de: <https://efiempresa.com/blog/efiempresa-teletrabajo-mexico/>

El Tiempo (2017). Francia reconoce el derecho a desconectarse fuera del horario laboral. *El Tiempo*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/francia-aprueba-derecho-a-desconectarse-fuera-del-horario-de-trabajo-30146>

Elcolombiano (2019). Mujeres y mercado laboral. *El Colombiano*. Recuperado de: <https://www.elcolombiano.com/opinion/editoriales/mujeres-y-mercado-laboral-CG10341517>

ElPeruano (2017). Prevé el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 34,000 teletrabajadores habrá en el país al 2021. *El Peruano*. Recuperado de: <http://www.elperuano.pe/noticia-34000-teletrabajadores-habra-el-pais-al-2021-57204.aspx>

España. Tribunal Superior de Justicia (1996, 22 de abril). Sentencia de 22 de abril de 1996, M.P. D. Benigno Varela Autran. Madrid.

España. Tribunal Superior de Justicia (1997, 17 de julio). Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

España. Tribunal Superior de Justicia (1999, 30 de septiembre). Sentencia 3321. Madrid.

España. Tribunal Superior de Justicia (2000, 14 de abril). Sentencia del 14 de abril de 2000, M.P. María Eladia Felgueroso Fernández. Asturias.

España. Tribunal Superior de Justicia (2005, 21 de diciembre). Sentencia del 21 de diciembre de 2005. Cataluña.

España. Tribunal Supremo de Justicia (2016, 03 de febrero). Sentencia del 3 de febrero de 2016. Castilla y León.

España. Tribunal Supremo (2005, 11 de abril). Sentencia de la Sala Cuarta, de lo Social, M.P. Aurelio Desdentado Bonete.

Gálvez, A. y Tirado, F. (2009). *Teletrabajo y regímenes de compromiso: Mujeres y crítica del modelo laboral presencial*. Recuperado de: <http://www.psicoperspectivas.cl/index.php/psicoperspectivas/article/viewFile/64/75>

Género y Economía (2012). *Teletrabajo: Una liberación o una esclavitud para la mujer*. Recuperado de: <https://generoyeconomia.wordpress.com/2012/03/27/teletrabajo-una-liberacion-o-una-exclavitud-para-la-mujer/>

Jaimes, N. (2017). *Contrato a domicilio, aspectos clave para trabajar desde fuera de la empresa*. Recuperado de: <https://actualicese.com/contrato-a-domicilio-aspectos-clave-para-trabajar-desde-fuera-de-la-empresa/>

- LA Network (2018). *Trabajo decente y crecimiento económico: Por qué es importante*. Recuperado de: <https://la.network/trabajo-decente-crecimiento-economico-importante/>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2018). *Trabajo decente y crecimiento económico*. Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2009), *La igualdad de género como eje del trabajo decente*. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2016). *Plan estratégico de la OIT para 2018-2021*, Ginebra, Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_531676.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (1996). *Convenio 177 “Sobre el trabajo a domicilio”*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX-PUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322
- Perú. Congreso de la República. (2013, 05 de junio). Ley No. 30036 “Ley que regula el trabajo”.
- Perú. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. (2013, 27 de diciembre). Resolución Suprema N° 422-2013.
- Perú21 (2019). Teletrabajo aumentó en 30% la productividad de los trabajadores, según Indecopi. *Perú 21*. Recuperado de: <https://peru21.pe/economia/teletrabajo-aumento-en-30-la-productividad-de-los-trabajadores-segun-indecopi-noticia/>
- Portal del Teletrabajo en Colombia (2019a). *Beneficios del teletrabajo*, Recuperado de: <https://www.teletrabajo.gov.co/622/w3-article-8365.html>
- Portal del Teletrabajo en Colombia (2019b). *Teletrabaje con seguridad*, Recuperado de: <https://www.teletrabajo.gov.co/622/w3-article-4643.html>
- Ríos. I. (2017). *El teletrabajo*. Recuperado de: www.uria.com
- Sanguinetti, W. (2010). *El teletrabajo “realmente existente” y su problemática*. Blog dedicado al derecho del trabajo y las relaciones laborales. Lima. Recuperado de: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/09/20/el-teletrabajo-realmente-existente-y-su-problematika/>
- Selma, A. (2016). El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas. *Temas Laborales*, (134), pp. 129-166.
- Selma, A. (2019). *Las peculiaridades prácticas del control en la empresa*. Recuperado de: <https://revistas.um.es › analesderecho › article › download>
- Selma, J. (2015). *El teletrabajo, ¿una solución?* (Tesis de pregrado). Universidad Miguel Hernández, Elche, España.

- Servicio Nacional de Aprendizaje [SENA]. (2019). *Cifras regionales del mercado laboral*, Recuperado de: <https://observatorio.sena.edu.co/Mercado/EstructuraEmpresarial>
- Tenjo, J., Álvarez, O. y Jiménez, M. (2016). *Diferencias en las tasas de desempleo por género*. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/313667526_Diferencias_en_las_tasas_de_desempleo_por_genero
- Thibault, J. (2001). *El teletrabajo*, *Revista del Ministerio del Trabajo y asuntos sociales*, CES, Colección estudios de Madrid. Recuperado de: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/26/recen7.pdf
- Torres, A. (2019). *Proponen que el teletrabajo sea obligatorio para empresas*. Recuperado de: <https://larepublica.pe/economia/2019/09/30/ministerio-de-trabajo-proponen-que-el-teletrabajo-sea-obligatorio-para-empresas-indecopi/>
- Trejo, R. (1993). *La nueva alfombra mágica, usos y mitos de internet, la red de redes*. México: Ed. Diana S.A.
- Unión Europea (2001). Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo.
- Ushakova, T. (2015). El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿Una regulación superada o todavía aplicable? *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. Recuperado de: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/332/428
- Valencia (2017). *El 2,5% de la población laboral activa en México trabaja en la modalidad de teletrabajo*. Recuperado de <https://www.universidadviu.com/25-la-poblacion-laboral-activa-mexico-trabaja-la-modalidad-teletrabajo/>

INDICE DE AUTORES

JAIRO CABRERA PANTOJA

Abogado, Master en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Master en Derecho Ambiental y Doctor en Derecho de la Università Degli Studi di Palermo Italia. Docente titular de la Universidad Católica de Colombia. Docente de posgrado de la Universidad de Nariño, del Cauca, Surcolombiana y Libre de Colombia,

SANTIAGO GUERRERO ZAMBRANO

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

NATALIA MARISOL VILLARREAL

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

SEBASTIÁN ALEJANDRO GARCÍA CAICEDO

Abogado, Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Maestrando en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigador miembro del Grupo de Trabajo “Crítica jurídica y conflictos socio políticos” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso).

CAMILO IGNACIO SALAZAR BRAVO

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño.

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

ANA PATRICIA PABON MANTILLA

Docente Universidad Autónoma de Bucaramanga, Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho y Especialista en docencia universitaria de la Universidad Industrial de Santander.

CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA

Docente de la Universidad del Sinú, Universidad de Cartagena y Universidad Católica. Magister en Derecho Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Sinú.

ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO

Docente Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social Universidad de Salamanca, Magister en Pedagogía de la Universidad de la Sabana, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Master oficial en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca.

JAIRO CABRERA PANTOJA

Abogado, Master en Derecho Público de la Universidad Externado y Master en Derecho Ambiental Università degli Studi di Palermo, Italia. Doctor en Derecho de la Università degli Studi di Palermo, Italia

JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia y Juez Penal en Bogotá.

MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto (2012), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-, Quito (2014). Cursa una Especialización en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto. Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-. Quito

MIEMBROS INTERNOS

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

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

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Público y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Docente de Pregrado y Postgrado de la Universidad de Nariño.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

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

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través

de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN).

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. PALABRAS CLAVES: Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. EXTENSIÓN: El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. TIPO DE LETRA: Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. MÁRGENES: 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. SANGRÍA: Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. ESTRUCTURA: El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3,...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. IMÁGENES: El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. PALABRAS EN LATÍN: Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. AGRADECIMIENTOS: Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. PONENCIAS: Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

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

El autor deberá enviar:

Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)

- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.

Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:

- Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
- Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.

Los árbitros brindarán la siguiente calificación:

- No publicable. El artículo no se publicará.
- Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación

- **Publicable con correcciones:** En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.

La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

8. RECIPROCIDAD

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

9. DATOS DE CONTACTO

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

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 _____

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